

GERARDO GUZZO\*

## I spl di rilevanza economica dopo il *restyling* del d.l. n. 138/2011: “nuove” regole e vecchie questioni.

**SOMMARIO:** Introduzione. 1. I principi generali della riforma e l'articolo 23 bis del d.l. n. 112/2008. 2. Le nuove regole degli affidamenti *in house*. 3. I meccanismi di affidamento del servizio con gara: l'inquadramento delle società miste. 3.1. La strutturazione delle società miste e il problema dell'estraterritorialità. 4. Il regime transitorio. 5. La disciplina delle incompatibilità. 6. Le società municipalizzate. 7. Considerazioni finali.

### Introduzione.

La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica con l'articolo 4 del [d.l. n. 138 del 13 agosto 2011](#) [\[1\]](#) vive l'ennesima travagliata stagione di “cambiamenti”.

Nello specifico, l'intervento del legislatore è stato inserito nella manovra finanziaria aggiuntiva a quella prevista dal d.l. n. 98 del 30 giugno 2011, convertito nella legge n. 111 del 16 luglio successivo, che conteneva la previsione dell'obiettivo della parità di bilancio da raggiungersi entro il 2014.

Il precipitare degli eventi finanziari dettato dall'innalzamento dello *spread* tra i titoli di Stato italiani e quelli tedeschi e il *downgrade* del debito degli USA, hanno indotto le Autorità italiane, su indicazione di quelle europee, ad aggiustare il tiro della manovra ed anticipare l'obiettivo della parità di bilancio al 2013. In questo contesto particolarmente complesso - caratterizzato dall'esigenza un po' diffusa di tutti gli Stati di ridurre la spesa pubblica e contemporaneamente elaborare delle politiche di sviluppo al fine di scongiurare lo spettro incombente della recessione - ha visto la luce la “nuova” disciplina dei servizi pubblici locali secondo i *desiderata* espressi dalla consultazione elettorale del 12 e 13 giugno 2011. Non a caso, la rubrica della norma che contiene l'intera regolamentazione della materia recita: *Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'unione europea*.

Nel complesso, l'architettura del testo ripropone il vecchio articolo 23 bis atteso che la Corte costituzionale con la nota sentenza n. 24/2011, aveva ammonito il legislatore italiano che, qualora all'esito della consultazione referendaria la precedente disciplina fosse stata abrogata, non vi sarebbe stata alcuna reviviscenza del vecchio impianto normativo contenuto negli articoli 112 e seguenti del d.l. n. 267/2000, ma avrebbero trovato

impianto normativo contenuto negli articoli 112 e seguenti del d.lgs. n. 20/11/2000 ma avrebbero trovato applicazione i principi comunitari che avevano già ispirato la stesura della riforma del 2008 contenuta nel d.l. n. 112.

In generale, resta invariata l'opzione che privilegia l'interpello del mercato per l'affidamento della gestione di un SPL di rilevanza economica essendo possibile l'affidamento cosiddetto *in house* soltanto per quei servizi di valore pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, sempre che sussistano i requisiti del "controllo analogo" e che la società pubblica svolga la parte più importante dell'attività prevalentemente a favore dell'ente costituente.

Riguardo alle società miste viene riproposta la soglia del 40% della partecipazione privata al di sotto della quale non sarebbe possibile costituire moduli societari misti mentre, con specifico riferimento al regime transitorio, vengono fissati nuovi termini. Interessante, poi, è l'introduzione e il dettaglio delle cause di incompatibilità; disciplina, questa, dettata chiaramente dalla necessità di abbattere i costi che si aggiunge alla previsione di una commissione di gara per la scelta del gestore, i cui membri sono stati opportunamente gravati anch'essi da stringenti cause di incompatibilità.

## **1. I principi generali della riforma e l'articolo 23 bis del d.l. n. 112/2008.**

La "nuova" disciplina dei SPL di rilevanza economica contenuta nell'articolo 4 del d.l. n. 138/2011, a differenza di quella contenuta nell'abrogato articolo 23 bis, non trova applicazione nei confronti della gestione del servizio idrico integrato, quale conseguenza dell'esito referendario e, dunque, si applica, per effetto del comma 34, nei confronti del servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, del servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, del servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, nonché riguardo alla gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475. Il comma 1 dell'articolo 4 del d.l. n. 138/2011, a sua volta, conferma la regola generale cristallizzata nell'abrogato articolo 23 bis: l'affidamento con gara della gestione dei SPL di rilevanza economica.

Il principio, nella codificazione della norma, ne esce rafforzato in virtù del fatto che il precedente articolo 3, rubricato *Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche*, nell'ottica della modifica dell'articolo 41 della Costituzione, introduce nel nostro sistema ordinamentale il principio a tenore del quale *l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge*.

Nello specifico, la norma in parola dispone che *Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una **gestione concorrenziale** dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", **liberalizzando** tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata **non risulti idonea** a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*. Dalla lettura del testo della disposizione emerge nitidamente come l'opzione legislativa seguita dal Legislatore sia proprio quella di verificare principalmente l'opportunità di affidare la gestione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica con gara, riproducendo lo schema già presente nell'articolo 23 bis del decreto legge n. 112/2008 che prevedeva un sistema "ordinario" di affidamento

con selezione ed uno “in deroga”, mediante affidamento diretto.

Alla stessa stregua dell'abrogato d.P.R. n. 168/2010, recante le norme di attuazione dell'articolo 23 *bis*, il d.l. n. 138/2011 prevede lo svolgimento di un'istruttoria tesa, da un versante, ad accertare il fallimento del sistema concorrenziale riguardo a determinati servizi pubblici e, da un altro, ad evidenziare i benefici derivanti dal *mantenimento di un regime di esclusiva del servizio* in capo al soggetto pubblico. I risultati dell'istruttoria, come già previsto nel testo del citato d.P.R. n. 168/2010 costituiscono parte integrante di *una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.*

Il deliberato, poi, è soggetto a particolari forme di pubblicità notizia e deve essere trasmesso all'Autorità garante della concorrenza e del mercato affinché questa possa relazionare al Parlamento secondo quanto previsto dalla legge n. 287/1990. Il decreto legge n. 138/2011, inoltre, conferma la necessità di una verifica periodica dei risultati dell'istruttoria a partire dal dodicesimo mese dall'entrata in vigore del decreto legge e successivamente secondo quanto previsto dagli ordinamenti degli enti locali.

La verifica si rende necessaria in ragione della *mission* propria dei servizi pubblici locali: la produzione di beni ed attività volte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. Per questo motivo viene fatto obbligo agli enti locali di definire, se necessario, *gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo* (comma 5).

I successivi commi 6 e 7 dell'articolo 4, nel riprodurre letteralmente i commi 6 e 7 dell'articolo 2 dell'abrogato d.P.R. n. 168/2010, richiamano gli articoli 8, commi 2 *bis* e 2 *quater* e 9 della legge n. 287/1990 istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato [\[2\]](#) allo scopo dichiarato di evitare effetti distorsivi della concorrenza. Infatti, il comma 7 dell'articolo 4, pur aprendo alla possibilità che i soggetti gestori dei servizi pubblici possano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono tenuti a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti.

## **2. Le nuove regole degli affidamenti in house.**

Il decreto legge n. 138/2011 disciplina le ipotesi di affidamento *in house* al **comma 13 dell'articolo 4**. Si tratta della disposizione che più di ogni altra dovrebbe garantire l'adeguamento della disciplina dei SPL di rilevanza economica agli esiti del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011. Infatti, rispetto a quanto previsto dal d.P.R. n. 168/2010, la soglia entro la quale viene reso possibile l'affidamento *in house* passa dall'originario tetto massimo dei 200.000 euro agli attuali **900.000 euro**.

In sostanza, il legislatore della manovra finanziaria aggiuntiva ha stabilito, in deroga all'affidamento con gara, *che se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta “in house”*. E' di tutta evidenza che, innalzando l'asticella dell'affidamento fino a 900.000 euro di valore complessivo, si dilata la possibilità per gli enti locali di gestire un servizio pubblico di rilevanza economica in regime di autoproduzione.

Tuttavia, va rilevato che tale opzione legislativa non incide sull'architettura di base della riforma che fissa il principio generale della gara quale meccanismo principe di affidamento della gestione. L'impianto della norma, seppur in linea con i *desiderata* referendari, presta il fianco ad alcune considerazioni critiche.

In particolare, è facile gioco osservare come la mancanza di un sistema di controllo che investa la verifica del valore complessivo del servizio da affidarsi possa costituire un pericoloso momento di elusione della normativa con la conseguenza che, senza adeguati riscontri, gli enti locali ben potrebbero affidare senza gara la gestione di servizi di valore superiore alla somma complessiva di 900.000 euro. In tal senso, sarebbe auspicabile la previsione di un organismo di controllo terzo, capace di "testare" la correttezza dei dati elaborati dall'ente locale azzerando il rischio di effetti distorsivi il libero gioco della concorrenza. Allo stesso organismo, inoltre, dovrebbe essere demandato anche il compito di accertare la sussistenza dei due requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria (e nazionale) per poter procedere all'affidamento *in house*: il "controllo analogo" e il "criterio della parte più importante dell'attività".

Si tratterebbe di un controllo a valle che completerebbe quello dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato avente ad oggetto l'istruttoria compiuta dall'ente locale relativamente al fallimento del sistema concorrenziale in ordine all'affidamento di taluni servizi. I successivi **commi 14 e 15 dell'articolo 4**, riproducendo quanto già disposto dall'abrogato articolo 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, prevedono rispettivamente l'assoggettamento delle società *in house* al **patto di stabilità** ed alle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 163/2006 in materia di acquisto di beni e servizi. L'assoggettabilità dei moduli societari *in house* al patto di stabilità suscita qualche perplessità alla luce della **sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010** che ha espunto proprio il riferimento al patto di stabilità previsto nella lettera *a*) del comma 10 dell'articolo 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 sul presupposto dell'attrazione della materia nell'ambito del coordinamento della finanza pubblica di competenza concorrente e non esclusiva dello Stato[3].

L'attuale formulazione del comma 14 dell'articolo 4 del d.l. n. 138/2011, nel far riferimento alla definizione delle modalità di assoggettamento al patto di stabilità alla concertazione, sembra escludere ancora una volta le Regioni, con conseguente sospetto di illegittimità costituzionale della norma.

### **3. I meccanismi di affidamento del servizio con gara: l'inquadramento delle società miste.**

L'affidamento con gara della gestione di un SPL di rilevanza economica trova cittadinanza nel **comma 8 dell'articolo 4 del d.l. n. 138/2011**. La norma rappresenta una sorta di completamento del precedente comma 1 che impone agli enti locali di verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali liberalizzando tutte le attività economiche in grado di garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Nel dettaglio, la disposizione prevede che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avvenga *in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità*. La norma richiama, nella sostanza, la primitiva formulazione del comma 2 dell'articolo 23 *bis*

dando la stura alle medesime perplessità sollevate dal precedente testo.

In prima battuta, è possibile cogliere dalla lettura dell'attuale stesura della disposizione come il legislatore non abbia inserito tra i soggetti partecipanti alla gara le società miste. Anzi, dalla lettura combinata del comma 8 e del comma 12 dell'articolo 4 sembrerebbe che l'affidamento della gestione del servizio a società miste costituisca una sorta di *tertium genus* che si aggiunge a quello disposto con gara e in modo diretto, neutralizzando, di guisa, la portata estensiva della locuzione *società in qualunque forma costituite*. Infatti, l'inciso *Fermo restando quanto previsto ai commi 8, 9, 10 e 11*, contenuto nel comma 12 dell'articolo 4, pare scorporare la gara aperta a tutti gli imprenditori o società in qualunque forma costituite da quelle *procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio* cui fa riferimento sempre il comma 12. L'osservazione non è di poco momento dal momento che la questione impatta direttamente il sistema di controllo previsto dal legislatore al comma 1 dell'articolo 4.

In sostanza, il problema è capire se nell'ipotesi in cui un ente locale intenda affidare la gestione di un SPL di rilevanza economica ad una società mista sia tenuto o meno a compiere la verifica di realizzabilità della gestione concorrenziale facendo appello al sistema imposto dal precedente comma 1. In altri termini, la questione è se le società miste, nell'inquadramento compiuto dal d.l. n. 138/2011, costituiscano o no delle ipotesi di liberalizzazione e, in quanto tali, rientranti tra le società in *qualunque forma costituite* cui fa riferimento il comma 8 dell'articolo 4.

In caso contrario, si dovrebbe immaginare una sorta di “zona grigia” all'interno della quale si collocherebbe tale meccanismo di affidamento della gestione sottraendolo alle verifiche previste per i casi di “ordinario” affidamento con gara. Altro aspetto controverso riguardante la costituzione delle società miste è quello che investe la dinamica concorsuale. Infatti, da una lettura congiunta dei commi 12 e 26 dell'articolo 4 sembrerebbe che il decreto legge n. 138/2011 non abbia abbandonato l'opzione della doppia gara indicata dal Consiglio di Giustizia della Regione Siciliana con le note sentenze n. 589/2006 e 719/2007 [\[4\]](#).

Infatti, la lettura del **comma 26 dell'articolo 4**, essenzialmente dedicato alle cause di incompatibilità che investono i membri della commissione prevista dal comma 11, lett. e), evidenzia come ad una gara indetta da un ente locale per l'affidamento della gestione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica possa partecipare anche una società partecipata dalla P.a. che la indice. Il che significa, in un certo senso, negare quanto previsto nel precedente comma 12, in specie alle lettere b) e c), decisamente più in linea con la giurisprudenza comunitaria e nazionale (Adunanza Plenaria n. 1/2008).

L'attuale strutturazione del testo di legge, pertanto, sembrerebbe configurare un improbabile doppio binario: da un lato, quello caratterizzato dal meccanismo di selezione costruito sull'unica gara; da un altro, quello della doppia gara, vale a dire una tesa a costituire il modulo societario misto ed un'altra volta alla scelta del soggetto gestore del servizio. Se così fosse, si riproporrebbero tutte le perplessità già sollevate al tempo della teorizzazione di tale dinamica selettiva, la più evidente delle quali resta indubbiamente quella relativa all'ammissione ad una procedura di evidenza pubblica di un soggetto partecipato dallo stesso ente che ha indetto la selezione, con conseguente *vulnus* ai principi comunitari di tutela della concorrenza, parità di trattamento e divieto di discriminazione.

### 3.1. La strutturazione delle società miste e il problema dell'estraterritorialità.

Altro problema controverso, non espressamente affrontato dal legislatore del 2011, riguarda l'extraterritorialità delle società miste. Si tratta di un aspetto intimamente legato alla strutturazione dei moduli societari misti ed al ruolo effettivo svolto all'interno degli stessi dal *partner* privato. Riguardo tale ultimo profilo, il comma 12 dell'articolo 4 conferma che il socio privato selezionato debba detenere una partecipazione non inferiore al 40% del capitale sociale e debba vedersi attribuire specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. In pratica, viene riprodotta la norma contenuta nel comma 2 dell'abrogato articolo 23 *bis* del d.l. n. 112/2008. La stessa dinamica di selezione del *partner* privato, fatta salva la previsione contenuta nel comma 26 di cui si è detto nel paragrafo precedente, riproduce il contenuto dell'articolo 3, comma 4, del d.P.R. n. 168/2010, prevedendo che il bando di gara o la lettera di invito assicurino che: *a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento; c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.*

Il comma 12 dell'articolo 4 va letto in combinato disposto con il precedente comma 11 che, sebbene abbia il dichiarato intento di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, dovrebbe trovare applicazione anche riguardo alla selezione del socio privato.

Nel dettaglio, la norma chiarisce che nel bando di gara o nella lettera di invito venga specificato che la disponibilità, a qualunque titolo, delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio, escluda che essa possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte concorrenti. Inoltre, la stessa norma, sempre riguardo al contenuto del bando di gara o della lettera di invito, prescrive che:

1) venga assicurato che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;

2) che sia indicata, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore, fermo restando che, in ogni caso, la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti. Inoltre, al fine di evitare che si creino delle posizioni dominanti distorsive della concorrenza, è previsto che il bando o la lettera di invito possa prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento.

Elemento di indubbia importanza, peraltro già presente nella precedente disciplina e confermato dall'attuale **comma 11 dell'articolo 4**, è la previsione di una **commissione giudicatrice** cui il bando o la lettera di invito demanda la valutazione delle offerte.

Tale organo collegiale deve essere nominato dall'ente affidante e deve essere composto da soggetti esperti nella

specifica materia nei confronti dei quali trovano applicazione specifiche e stringenti cause di incompatibilità. Infine, sempre la *lex specialis* deve indicare i criteri e le modalità con cui individuare i beni strumentali e le relative pertinenze necessarie per la prosecuzione del servizio che devono essere ceduti al nuovo gestore, oltre che quelli occorrenti per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore, al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione, per i beni non interamente ammortizzati. In linea con l'abrogato d.P.R. n. 168/2011, il comma 11 dell'articolo 4 stabilisce che il bando o la lettera di invito preveda l'adozione di **carte dei servizi** al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.

Ma il vero aspetto nodale relativo alle società miste resta quello dell'operatività *extra moenia*. Il decreto legge n. 138/2011 si è limitato a riprodurre nel comma 33 dell'articolo 4 il precedente comma 9 dell'abrogato articolo 23 *bis* del d.l. n. 112/2008. Com'è noto, la norma ha dato luogo a diverse interpretazioni giurisprudenziali<sup>[5]</sup> che hanno finito per alimentare un clima di incertezza in merito al corretto significato della stessa. Le recenti pronunce del Consiglio di Stato hanno aperto alla possibilità dell'extraterritorialità dei moduli societari misti. Tuttavia, sarebbe stato opportuno che il legislatore della manovra finanziaria avesse chiarito definitivamente la questione allineandosi al dettato giurisprudenziale decisamente conforme al portato comunitario.

#### **4. Il regime transitorio.**

Il decreto legge n. 138/2011, per effetto dell'esito della consultazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011, ha riscritto il regime transitorio degli affidamenti non conformi alla disciplina comunitaria e alle disposizioni di legge contenute nel d.l. n. 138/2011, rimodulando le date di cessazione dei relativi affidamenti. La norma che contiene la nuova "calendarizzazione" è il **comma 32 dell'articolo 4**.

Nello specifico, la disposizione stabilisce che:

1) gli **affidamenti diretti** relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di cui al comma 13 (900.000 euro annui), nonché gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi di cui alle successive lettere da b) a d) cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del **31 marzo 2012**;

2) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del **30 giugno 2012**;

3) le gestioni affidate direttamente a **società a partecipazione mista pubblica e privata**, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla **scadenza prevista nel contratto di servizio**;

4) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla **scadenza**

**prevista nel contratto di servizio**, a condizione che la **partecipazione pubblica** si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al **40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015**; ove siffatte condizioni **non si verificano**, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del **30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015**. Nella sostanza, la norma riproduce il riparto temporale utilizzando gli stessi criteri e gli stessi parametri impiegati nel precedente comma 8 dell'articolo 23 *bis* differendo semplicemente le date cessazione del servizio.

## **5. La disciplina delle incompatibilità.**

Il decreto legge n. 138/2011 detta una serie di norme tese ad evitare, da un lato, che possano avere luogo doppi incarichi, con l'evidente fine di tagliare i costi della politica, e, da un altro, che si verificano fenomeni per così dire di "casta". Le disposizioni in parola sono quelle contenute nei **commi da 19 a 27 dell'articolo 4**. Si tratta delle disposizioni già contenute nell'articolo 8 dell'abrogato d.P.R. n. 168/2010<sup>[6]</sup>, rubricato *Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione*, cui è stata aggiunta la controversa previsione contenuta nel comma 26 dell'articolo 4 del d.l. n. 138/2011. In particolare, viene riproposto il divieto per gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, di svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti.

Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Parimenti, al fine di evitare affidamenti di incarichi dettati da sole ragioni di appartenenza familiare, è stato opportunamente confermato che il divieto che riguarda amministratori, dirigenti e responsabili di uffici o servizi si estenda anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale. Con particolare riferimento ai componenti la commissione prevista dal comma 11, lettera e), dell'articolo 4, sono state dettate una serie di disposizioni contenute nei commi 22-24.

In particolare, viene imposto ai componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali di non aver svolto né svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta. In più, coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, di cui al comma 21, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale. Infine, sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi. Un'ultima notazione riguarda l'applicabilità delle norme che investirebbe solo nomine e gli incarichi da conferire successivamente all'entrata in vigore del decreto legge.

L'assunto non convince. Infatti, le nomine compiute sotto la vigenza della precedente disciplina, di eguale tenore, e fino all'abrogazione dell'articolo 23 *bis* e del relativo regolamento di attuazione (d.P.R. n. 168/2010) continuano a produrre i propri effetti, atteso che l'effetto abrogativo del referendum opera con **efficacia ex**



## **nunc e non certamente ex tunc.**

Infatti, nell'ipotesi in cui la Corte Costituzionale dichiara incostituzionale una legge o un atto avente forza di legge, gli effetti della pronuncia colpiscono la norma censurata dal giorno successivo alla pubblicazione sulla G.U. della decisione. Gli effetti della sentenza colpiscono, inoltre, anche i rapporti in corso, ai sensi dell'articolo 30, comma 3, della legge n. 87/1953. Diversamente, nel caso in cui l'abrogazione discenda da un referendum indetto su iniziativa popolare, l'articolo 37 della legge n. 352/1970 stabilisce che l'effetto abrogativo si produce *a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale*. Principio, questo, confermato anche dall'articolo 2 della legge n. 332/1987. Dunque, gli effetti abrogativi del referendum hanno cominciato a prodursi dal 21 luglio 2011, giorno successivo alla pubblicazione del d.P.R. n. 113/2011 sulla G.U. n. 167 S.O. del 20 luglio 2011, lasciando impregiudicate le nomine avvenute in regime di applicazione della pregressa normativa di eguale contenuto.

## **6. Le società municipalizzate.**

Un capitolo a parte della manovra finanziaria aggiuntiva è quello dedicato alle società municipalizzate. Il decreto legge n. 138/2011 vi dedica l'intero **articolo 5**, rubricato *Norme in materia di società municipalizzate*.

La disposizione è attraversata dall'evidente *ratio* di incentivare la dismissione di partecipazioni azionarie in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, diversi dal servizio idrico. In sostanza, i Comuni, le Province e le Regioni che decidano di privatizzare servizi pubblici locali come energia, trasporti, ambiente potranno utilizzare **la somma di 500 milioni di euro** prelevata dal Fondo infrastrutture da spendere per la realizzazione di nuove infrastrutture. Tale *bonus*, tuttavia, non è a disposizione *sine die*. Infatti, la prima *tranche* di finanziamento, **pari a 250 milioni di euro**, potrà essere fruita solo per i prossimi **sedici mesi**.

La **seconda tranche, anch'essa pari a 250 milioni di euro**, sarà concessa a chi venderà partecipazioni azionarie **entro il 2013**. Si tratta di una quota di finanziamento non gravata dal patto di stabilità e che non potrà superare per ogni singola assegnazione il valore della quota azionaria della società ceduta.

In sostanza, la norma ha introdotto un meccanismo premiale a beneficio di chi privatizza consentendo l'utilizzo dei fondi FAS, previsti dall'articolo 6-*quinquies* del d.l. n. 112/2008, vale a dire quelle risorse non spese o recuperate dalla vecchia programmazione 2000-2006. Il problema, semmai, è vedere se gli enti locali e le Regioni saranno in grado di gestire delle procedure così complesse e sofisticate peraltro senza che il legislatore abbia chiarito se occorra o meno una procedura di evidenza pubblica nella scelta del privato.

## **7. Considerazioni finali.**

La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica contenuta nell'articolo 4 del d.l. n. 138/2011 costituisce un adeguamento normativo all'esito referendario e ai precetti comunitari.

In linea di massima, essa presenta lo stesso impianto dell'abrogato articolo 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 completato da disposizioni di dettaglio già contenute nel d.P.R. n. 168/2010 che della precedente disciplina rappresentava il regolamento di attuazione. L'elemento di discontinuità rispetto al passato è indubbiamente costituito dalla inapplicabilità dell'articolo 4 al servizio idrico integrato, fatta eccezione per i commi 19-27 relativi

alle cause di incompatibilità. Nel complesso l'impianto, per quanto condivisibile nei suoi aspetti generali, presenta alcune incertezze.

In primo luogo, non è chiaro se il meccanismo di affidamento della gestione di un SPL di rilevanza economica ad una società mista postuli l'unica gara, come previsto dalla disciplina comunitaria e dalla giurisprudenza italiana, a cominciare dalla storica sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1/2008, oltre che dallo stesso comma 12 dell'articolo 4.

Infatti, il comma 26, aggiunto proprio dal legislatore del 2011, nel condivisibile intento di evitare commistioni tra i commissari di gara e gli amministratori dell'ente locale che bandisce la gara alla quale concorre anche una società partecipata dallo stesso soggetto pubblico affidante, sembra ipotizzare per l'affidamento della gestione di un servizio ad una società mista il sistema della doppia gara a suo tempo teorizzato dal CGARS con le note sentenza n. 589/2006 e 719/2007, sconfessato successivamente dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 1/2008. Sarebbe auspicabile, pertanto, che il legislatore, in sede di conversione del decreto, ritorni sull'argomento e chiarisca che l'affidamento della gestione del servizio a società miste avviene esclusivamente secondo lo schema dell'unica gara.

Sempre rimanendo in tema di società miste, nel testo della riforma è stato riprodotto il vecchio **comma 9 dell'articolo 23 bis** che tante incertezze ermeneutiche aveva sollevato. Sarebbe opportuno che, anche in questo caso, il legislatore recepisce in modo chiaro l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa tesa a valorizzare l'impatto della gara volta alla scelta del *partner* privato ai fini della tutela effettiva della concorrenza ed il ruolo operativo svolto da quest'ultimo nella gestione. In altri termini, una maggiore trasparenza sull'extraterritorialità delle società miste ritualmente costituite conferirebbe maggiore linearità al testo di legge.

Qualche perplessità, inoltre, suscita anche il comma 14 che sottopone le società *in house* al patto di stabilità interno secondo le modalità definite con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo. I dubbi discendono dal portato della sentenza della Corte Costituzionale n. 325/2010[7] che ha espunto dal precedente comma 10 dell'abrogato articolo 23 *bis* il riferimento contenuto nella lettera a) in merito all'assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità.

In sostanza, questo il ragionamento dei giudici, l'ambito di applicazione del patto di stabilità rientra nella materia del "coordinamento della finanza pubblica", come più volte chiarito dalla stessa Consulta (sentenze n. 237 e n. 284 del 2009). Trattandosi di ambito materiale riservato alla competenza legislativa concorrente Stato-Regioni, spetta alle Regioni l'elaborazione della disciplina di dettaglio.

Nello specifico, sembra che il legislatore abbia voluto demandare le modalità operative e, dunque, la disciplina di dettaglio, alla concertazione governativa, vale a dire *con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo*, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008[8], riproponendo lo stesso problema di tenuta costituzionale. Infine, non convince l'articolo 5 dedicato alle privatizzazioni delle società municipalizzate nella parte in cui non subordina la dismissione delle partecipazioni azionarie in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica all'espletamento di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente applicazione del regime premiale.

Il rischio che si corre in una soluzione del genere è che possano essere privilegiati soggetti vicini all'ente

Il rischio che si annida in una soluzione del genere e che possano essere privilegiati soggetti vicini all'apparato politico non in grado di soddisfare pienamente i requisiti di efficacia ed efficienza richiesti per lo svolgimento del servizio, con conseguente violazione del principio di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa. In conclusione, si tratta di una disciplina che è in larga parte condivisibile ancorché attraversata da qualche "leggerezza" certamente emendabile in sede di conversione.

---

*\*Professore di Diritto Pubblico dell'Economia presso l'Università degli Studi della Calabria e partner dello studio legale internazionale Cristofano, Guzzo & Associates.*

[1] Il d.l. n. 138/ 2011 è stato pubblicato sulla G.U. n. 188 del 13 agosto 2011 ed è entrato in vigore il giorno successivo. Per una consultazione integrale del testo si rinvia a [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); n. 7-8/2011.

[2] L'articolo 9 della legge n. 287/1990, rubricato *Autoproduzione*, prevede che *1. La riserva per legge allo Stato ovvero a un ente pubblico del monopolio su un mercato, nonché la riserva per legge ad un'impresa incaricata della gestione di attività di prestazione al pubblico di beni o di servizi contro corrispettivo, non comporta per i terzi il divieto di produzione di tali beni o servizi per uso proprio, della società controllante e delle società controllate.*

*2. L'autoproduzione non è consentita nei casi in cui in base alle disposizioni che prevedono la riserva risulti che la stessa è stabilita per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa nazionale, nonchè, salvo concessione, per quanto concerne il settore delle telecomunicazioni. L'articolo 8, rubricato *Imprese pubbliche e in monopolio legale*, al comma 2 bis, stabilisce che *Le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società separate. A sua volta, l'articolo 8, comma 2 quater, dispone che *Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese di cui al comma 2 rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi di cui al comma 2-bis beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del medesimo comma 2, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti.***

[3] Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. Guzzo, *La Corte Costituzionale e il Consiglio di Stato indicano le nuove regole dei SPL locali*", in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) ; n. 2/2011.

[4] Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. Guzzo, *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*; Giuffrè Editore; 2009.

[5] In senso positivo all'extraterritorialità delle società miste: T.a.r. Calabria, Reggio Calabria; sentenza n. 561/2010; CdS, Sezione V, sentenza n. 77/2011. Per un commento su quest'ultima pronuncia si rinvia a G. Guzzo, *Il "nuovo corso" della disciplina dei spl: Corte Costituzionale e Consiglio di Stato ancora alla ricerca di una strada comune*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it); 22 febbraio 2011. In senso contrario all'extraterritorialità: T.a.r. Lombardia, Milano, sentenza n. 8/2010; T.a.r. Sardegna, Cagliari, sentenza n. 1371/2008.

[6] Per un più approfondito esame del d.P.R. n. 168/2010, si rimanda a G. Guzzo, *La disciplina dei SPL dopo il varo del regolamento di attuazione*", in [www.sspal.it](http://www.sspal.it); 22 ottobre 2010.

[6] Per un più approfondito esame del d.l. n. 100/2010, si rimanda a G. Guzzo, *La disciplina del SPL dopo il varo del regolamento di attuazione*, in [www.sspal.it](http://www.sspal.it); 22 ottobre 2010.

[7] Per un commento sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 325/2010 si rinvia a G. Guzzo, *Il “nuovo corso” della disciplina dei spl: Corte Costituzionale e Consiglio di Stato ancora alla ricerca di una strada comune*; *op. cit.*

[8] Il testo dell'articolo 18, comma 2 bis, del d.l. n. 112/2008 così recita: *Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, da emanare entro il 30 settembre 2009, sono definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.*



\* Inizio pagina