

CARMINE VOLPE – presidente di sezione del Consiglio di Stato

Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*.

<http://www.giustizia-amministrativa.it/>

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il rafforzamento del “progetto” di liberalizzazioni. 3. Gli interventi conseguenti alle esigenze segnalate dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato. 4. Gli interventi conseguenti a criticità contenute nell’art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, e ad alcuni aggiustamenti. 5. La previsione di un sistema di benchmarking e di un decreto ministeriale quadro per le liberalizzazioni. 6. Considerazioni e conclusioni.

1. Introduzione.

La l. 12 novembre 2011, n. 183, dal titolo “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”, nota anche come “legge di stabilità 2012”, ha apportato ulteriori cambiamenti alla disciplina sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. In particolare, l’art. 9, dal titolo “Liberalizzazioni dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, nato nel corpo di un maxi emendamento presentato dal Governo al relativo disegno di legge, ha introdotto - con decorrenza 1° gennaio 2012 (si veda l’art. 36 della stessa) - alcune modifiche e aggiunte all’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, noto anche come il decreto legge manovra di ferragosto^[1].

La materia si connota sempre di più di quel dinamismo normativo divenuto, soprattutto a partire dal 2008, una costante e recentemente accelerato dall’esito del referendum svoltosi il 12 e 13 giugno 2011^[2]. Tuttavia il recente intervento legislativo intende superare alcune criticità che erano già state segnalate all’indomani dell’entrata in vigore del citato art. 4 del d.l. n. 138/2011^[3] e connota di ulteriori novità il settore delle società pubbliche^[4].

Le modifiche e le aggiunte perseguono le seguenti finalità, espressamente elencate all’art. 9, comma 2, primo periodo, della l. n. 183/2011:

- “realizzare un sistema liberalizzato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica attraverso la piena concorrenza nel mercato”;
- “perseguire gli obiettivi di liberalizzazione e privatizzazione dei medesimi servizi” secondo quanto previsto dall’art. 4 del d.l. n. 138/2011;
- “assicurare, mediante un sistema di benchmarking, il progressivo miglioramento della qualità ed efficienza di gestione dei medesimi servizi”.

In particolare le novità possono essere raggruppate in misure tendenti a:

- a) rafforzare il “progetto” di liberalizzazioni;
- b) corrispondere ad esigenze segnalate dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato;
- c) risolvere criticità contenute nel citato art. 4 del d.l. n. 138/2011 e apportare alcuni aggiustamenti;
- d) prevedere un sistema di benchmarking e l’adozione di un decreto ministeriale quadro per le liberalizzazioni.

La tecnica è quella della novella, per cui tutte le novità vengono inserite nel testo dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011.

2. Il rafforzamento del “progetto” di liberalizzazioni.

L’art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011 ha operato una decisa sterzata verso le liberalizzazioni; mentre l’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008 era soprattutto incentrato sulle privatizzazioni.

Al centro di tutto la delibera quadro con cui gli enti locali “verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica...liberalizzando tutte le attività economiche...e limitando...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”. Si passa all’attribuzione di diritti di esclusiva solo in via residuale, qualora la liberalizzazione non riesca a soddisfare i bisogni della comunità (art. 4, commi 1, 2 e 4, del d.l. n. 138/2011).

La delibera quadro viene ulteriormente rafforzata nella sua centralità e nei suoi contenuti e diviene condizionante della stessa possibilità di attribuire diritti di esclusiva (o privativa).

Con la lett. a) dell’art. 9, comma 2, della l. n. 183/2011 - aggiungendo un periodo al comma 2 dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011 - si prevede che l’ente locale, al momento dell’adozione della delibera quadro di cui al comma 2 del citato art. 4, valuti anche l’opportunità di procedere all’affidamento simultaneo, mediante procedura ad evidenza pubblica, di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui sia dimostrabile che una scelta del genere possa conseguire risultati economicamente vantaggiosi.

In questo modo viene ripristinata la disposizione contenuta nell’art. 23-bis, comma 6, primo periodo, del citato d.l. n. 112/2008, che consentiva il detto affidamento temporaneo.

La modifica di cui alla lett. b) del citato art. 9, comma 2 - aggiungendo la parola “anche” al comma 3 dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011 - intende evitare che le finalità della prevista trasmissione della delibera quadro all’Autorità garante della concorrenza e del mercato siano limitate alla predisposizione della relazione prevista dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287 e consentire anche

l'esercizio, da parte della stessa Autorità, di ulteriori funzioni a essa già attribuite dalla legislazione vigente.

L'Autorità, con riguardo ai suoi poteri, ne esce rafforzata. Ma la modifica assume particolare significato anche a seguito dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990, aggiunto dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (così detto decreto "salva Italia"), il quale ha legittimato l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali (quale è quello di cui trattasi), i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato^[5].

La lett. c) del citato art. 9, comma 2, aggiunge al comma 4 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 un ulteriore periodo, con il quale si stabilisce che, nel caso in cui l'ente locale non proceda alla verifica di cui al comma 1 del medesimo art. 4 o comunque non adotti la delibera quadro volta a verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, il medesimo ente non può procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi di quanto previsto sempre dal medesimo art. 4.

Il "progetto" di liberalizzazioni viene ulteriormente potenziato dalla previsione di un decreto ministeriale da adottare entro il 31 dicembre 2012, di cui alla lett. m) del citato art. 9, comma 2, che aggiunge il comma 33-ter all'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e di cui si dirà al paragrafo 5.

3. Gli interventi conseguenti alle esigenze segnalate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella segnalazione in data 26 agosto 2011, aveva svolto alcune osservazioni con riferimento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 138/2011^[6]. Alcune modifiche apportate dall'art. 9, comma 2, della l. n. 183/2011 intendono rispondere (o meglio corrispondere) proprio alle dette osservazioni.

La lett. d) del citato art. 9, comma 2 - aggiungendo un periodo al comma 13 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011 - intende evitare che le amministrazioni, le quali non intendono procedere agli affidamenti tramite gara ricorrendo invece alla gestione "in house", frazionino il servizio e il relativo affidamento; eludendo, in tal modo, la soglia di 900.000 euro annui prevista al comma 13 del medesimo art. 4.

La successiva lett. e) - inserendo un periodo al comma 32, lett. a), dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 - apporta una modifica al regime transitorio di cui al medesimo comma 32, lett. a), al fine di evitare che possano essere esentati dalla cessazione anticipata ivi prevista gli affidamenti diretti non conformi a quanto stabilito in materia di gestioni "in house" dal comma 13 del citato art. 4; il richiamo è alle ipotesi in cui non sussistono i tre requisiti che consentono l'affidamento "in house"

(totale partecipazione pubblica, controllo analogo e prevalenza dell'attività a favore dell'ente o degli enti che esercitano il controllo).

La modifica di cui alla lett. l) del citato art. 9, comma 2 - sostituendo l'ultimo periodo del comma 33 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 - intende evitare il rischio di effetti distorsivi della concorrenza conseguenti all'eccessiva limitazione della partecipazione alle procedure a evidenza pubblica e che possano favorire l'aggiudicazione al precedente affidatario. Si prevede che gli affidatari diretti di servizi pubblici locali possano comunque concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura competitiva a evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero attraverso l'affidamento "in house", purché in favore di soggetto diverso.

In tal modo - sostituendo l'ultimo periodo del comma 33 del citato art. 4, il quale aveva interamente riprodotto l'ultimo periodo del comma 9 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008^[7] - vengono superate tutte le difficoltà che erano conseguite all'applicazione dell'ultimo periodo del comma 9 del citato art. 23-bis^[8].

Ora, quanto consentito dal nuovo ultimo periodo del comma 33 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 costituisce eccezione, limitatamente allo spazio temporale previsto (ultimo anno di affidamento), ai divieti stabiliti dai periodi precedenti dello stesso comma e in particolare a quello di cui al primo periodo, malgrado il divieto medesimo sia espressamente stabilito "per tutta la durata della gestione".

4. Gli interventi conseguenti a criticità contenute nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, e ad alcuni aggiustamenti.

Con riferimento al regime transitorio di cui al comma 32 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, la lett. f) dell'art. 9, comma 2, della l. n. 183/2011 - sostituendo alcune parole contenute nel comma 32, lett. d), del citato art. 4 - è volta a chiarire che la privatizzazione delle società a partecipazione pubblica quotate in borsa incide anche in presenza di patti parasociali.

La successiva lett. g) - inserendo il comma 32-bis all'art. 4 del d.l. n. 138/2011 - affida ai prefetti il compito di verificare il corretto adempimento, da parte degli enti locali, dell'attuazione del regime transitorio previsto al comma 32 del medesimo art. 4. In caso di inottemperanza il prefetto assegna agli enti inadempienti un termine perentorio entro il quale provvedere. Decorso inutilmente tale termine, si prevede che il Governo, ricorrendone i presupposti, eserciti il potere sostitutivo ai sensi

dell'art. 120, comma secondo, della Cost. e secondo le modalità previste dall'art. 8 della l. 5 giugno 2003, n. 131.

La norma, che trova un recente antecedente nell'art. 16, comma 28, del citato d.l. n. 138/2011^[9], tende a superare l'impasse degli enti locali che, malgrado la cessazione dell'affidamento disposta "ex lege" dal comma 32 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, non procedono ai fini di un nuovo affidamento (con l'indizione della gara).

Con le lett. h) e i) del citato art. 9, comma 2 - modificando il comma 33, rispettivamente, primo e secondo periodo, dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 - si escludono dai divieti di partecipazione alle gare per l'affidamento della gestione dei servizi di cui trattasi le società miste (pubblico e privato) e, quindi, non solo, come prevedeva il comma 33 del citato art. 4, il socio privato. Quest'ultima previsione normativa - già contenuta nell'art. 23-bis, comma 9, del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008 - era stata disapplicata dalla giurisprudenza amministrativa^[10] in quanto contraria ai principi comunitari (trattandosi pur sempre di procedura a evidenza pubblica). In particolare, il divieto per le società miste, sempreché costituite previa gara cosiddetta a doppio oggetto, era di dubbia compatibilità con il diritto comunitario e, in particolare, con le libertà di erogazione dei servizi e di circolazione dei capitali.

Finisce in tal modo il divieto di extraterritorialità per le società miste, sempreché costituite ai sensi del comma 12 del citato art. 4 del d.l. n. 138/2011 e l'ipotesi si diversifica nuovamente - mentre prima invece si era allineata - da quella di cui all'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, nella parte in cui prevede che le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di servizi strumentali all'attività da esse svolta, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e non possono svolgere prestazioni (lavori, servizi e forniture) a favore di altri soggetti pubblici o privati né partecipare ad altre società o enti. Divieto, quest'ultimo, che riguarda le sole società costituite o partecipate dalle amministrazioni locali per la produzione di servizi strumentali alla loro attività e, quindi, in funzione e a supporto della stessa, e non anche le società, sia a totale capitale pubblico sia miste, costituite per lo svolgimento di servizi pubblici locali^[11].

La differenza di disciplina può trovare una sua *ratio* nella diversità sostanziale che caratterizza l'ipotesi dell'impresa che svolge servizi strumentali all'attività amministrativa dell'ente pubblico e quella della società la quale esercita un'attività rivolta al pubblico in regime di libera concorrenza (ossia gestisce un servizio pubblico); e nel primo caso la disciplina restrittiva si giustifica proprio con esigenze di tutela della concorrenza^[12].

Con la lett. n) del citato art. 9, comma 2 - introducendo un nuovo periodo all'inizio del comma 34 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 - si inserisce la clausola di prevalenza delle disposizioni generali, contenute nel citato art. 4, rispetto a quelle di settore incompatibili, al fine di chiarire il rapporto tra le nuove norme e quelle di settore evitando interpretazioni che configurino tale rapporto come un'ordinaria relazione tra norma generale e norma settoriale.

La disposizione, già contenuta nel comma 1 del citato art. 23-bis, assume rilievo nel trasporto pubblico locale con riguardo alle norme di settore contenute nell'art. 61 della l. 23 luglio 2009, n. 99 e nel regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, in vigore dal 3 dicembre 2009. La citata clausola di prevalenza comporta che non si applica il principio secondo cui la legge speciale, anche se precedente, non è derogata da quella generale successiva; conseguentemente, nel trasporto pubblico locale trova applicazione il comma 13 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 in tema di condizioni legittimanti il ricorso all'affidamento "in house" e il successivo comma 32 sul regime transitorio.

La lett. o) del citato art. 9, comma 2, inserisce il comma 34-bis all'art. 4 del d.l. n. 138/2011:

a) chiarendo che il medesimo art. 4 si applica al trasporto pubblico regionale e locale, ferma restando l'esclusione per il trasporto ferroviario di cui al comma 34 del medesimo art. 4^[13], e risolvendo in tal modo ogni dubbio relativo al trasporto regionale non ferroviario;

b) facendo salvi, relativamente al trasporto pubblico regionale, gli affidamenti già deliberati in conformità all'art. 5, paragrafo 2, del regolamento CE n. 1370/2007; il quale ha consentito alle autorità competenti di "procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale...esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture" e previsto il controllo analogo anche in mancanza di proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica competente.

5. La previsione di un sistema di benchmarking e di un decreto ministeriale quadro per le liberalizzazioni.

In adesione a un'osservazione contenuta nella segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in data 26 agosto 2011^[14], con la lett. m) dell'art. 9, comma 2, della l. n. 183/2011 si introduce il comma 33-bis all'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011.

Nella specie la detta Autorità aveva segnalato la mancanza di "misure di garanzia dell'efficienza e della qualità della gestione del servizio" sotto forma di valutazioni di "benchmarking" che, a

prescindere dalla natura (pubblica o privata) del gestore, accompagnino il processo di riforma dei servizi pubblici locali.

La norma, che assume carattere di centralità nella politica di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, prevede, al fine di assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione dei servizi stessi e di effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni, l'obbligo per gli enti affidatari di rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati, nonché ogni ulteriore informazione necessaria alle predette finalità.

La stessa lett. m) aggiunge un ulteriore comma al citato art. 4, il comma 33-ter, che prevede l'adozione, entro il 31 gennaio 2012, di un decreto ministeriale^[15] al fine di definire i criteri per la verifica sulla realizzabilità della gestione concorrenziale e l'adozione della delibera quadro di cui ai commi 1 e 2 del medesimo art. 4, le modalità attuative del nuovo comma 33-bis, nonché ulteriori misure necessarie ad assicurare la piena attuazione delle disposizioni di cui all'art. 4.

In tal modo la delibera quadro sull'assetto concorrenziale dei servizi pubblici locali, che gli enti locali dovranno adottare entro il 13 agosto 2012 (ossia entro dodici mesi dall'entrata in vigore del d.l. n. 138/2011) e comunque "prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi", assume precisi connotati e deve muoversi entro spazi predefiniti - soprattutto con riguardo alla prevista analisi di mercato - per indirizzare e uniformare l'attività degli enti, i quali, si ricorda, ai sensi dei commi 1 e 2 del citato art. 4 del d.l. n. 138/2011, devono:

- liberalizzare "tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio";

- limitare, "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";

- evidenziare "per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio".

Il termine del 31 gennaio 2012 è vicino e ci si augura che il decreto ministeriale quadro possa intervenire entro tale data. In mancanza dello stesso, anche se non si tratta di termine perentorio, non può consentirsi agli enti locali di prescindere dall'adozione della delibera quadro qualora intendano sottrarre settori alla liberalizzazione e procedere con l'attribuzione di diritti di esclusiva; attraverso l'affidamento previa gara, anche a doppio oggetto ai fini della costituzione di una società mista, oppure direttamente a favore di un soggetto in "house" nei casi consentiti dal comma 13 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011. In sostanza, il decreto è essenziale per il buon funzionamento del

meccanismo disegnato dai primi quattro commi del citato art. 4 ma la sua mancanza non ne può condizionare l'operatività.

6. Considerazioni e conclusioni.

La materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è in continuo dinamismo, non solo normativo ma anche giurisprudenziale^[16] e fattuale (referendum del giugno 2011). Il dinamismo consegue alla contrapposizione e alla conseguente oscillazione tra due dottrine alternative: la prima, nota anche con il nome di "socialismo municipale", che è contraria alla liberalizzazione dei servizi pubblici e propensa, invece, alla loro gestione diretta da parte di aziende pubbliche che operano in regime di monopolio; la seconda, viceversa, favorevole alla liberalizzazione dei servizi stessi.

L'esito del referendum del giugno 2011 ha visto affermarsi la prima dottrina specie con riguardo al servizio idrico, mentre l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011 tende alla piena affermazione della seconda dottrina.

Si è già ricordato come liberalizzazioni e privatizzazioni - nello scopo di rilanciare lo sviluppo in un momento di crisi economica e finanziaria - costituiscono i due punti salienti intorno a cui ruota tutta la filosofia del citato art. 4.

Il processo di liberalizzazioni, nel settore di cui trattasi, esce ulteriormente rafforzato dalla legge di stabilità 2012. Il che risponde all'intendimento manifestato dal Governo nella recente lettera dell'Italia all'Unione Europea del 27 ottobre 2011, nella quale, con riguardo al detto settore, viene detto che si intendono varare disposizioni al fine di rafforzare "il processo di liberalizzazione e privatizzazione prevedendo che non è possibile attribuire diritti di esclusiva nelle ipotesi in cui l'ente locale affidante non proceda alla previa verifica della realizzabilità di un sistema di concorrenza nel mercato, ossia di un sistema completamente liberalizzato" e di prevedere "un ampliamento delle competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonché un sistema di *benchmarking* al fine di assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione e di effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni".

Ciò nella convinzione, di matrice europea, che la tutela della libera concorrenza produce effetti benefici non solo per il mercato, e quindi per le imprese di settore che vi operano, ma per gli stessi utenti, destinatari dei servizi. L'applicazione del principio di concorrenza dovrebbe garantire anche l'efficienza, l'efficacia e l'economicità dei servizi. Nell'interesse di tutti i protagonisti del settore: enti pubblici affidanti, soggetti gestori e utenti. Quindi, la liberalizzazione non è fine a se stessa ma costituisce modalità per il raggiungimento di un risultato.

Tuttavia si è venuta a creare una prima divaricazione tra il servizio idrico e gli altri servizi pubblici locali. L'art. 4 del d.l. n. 138/2011 si applica al servizio idrico solo per le norme sulle incompatibilità (comma 34, primo periodo, dello stesso).

Ulteriore divaricazione si verifica anche con riguardo all'intera normativa posta dal citato art. 4, il quale non si applica (ai sensi del comma 34, secondo periodo):

a) al servizio di distribuzione del gas naturale, di cui al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (in cui, tra l'altro, non è previsto l'"in house", ai sensi dell'art. 14 del medesimo decreto);

b) al servizio di distribuzione dell'energia elettrica;

c) al servizio di trasporto ferroviario regionale;

d) alla gestione delle farmacie comunali.

Tutti servizi ai quali si applica esclusivamente la relativa disciplina di settore.

Restano, quindi, nell'orbita dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 solo i rifiuti, il trasporto locale e regionale (non ferroviario) - per i quali si applicano, rispettivamente, anche il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (codice dell'ambiente: artt. 200 e seguenti) e il d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 - nonché i servizi pubblici cosiddetti innominati, nel caso in cui abbiano i connotati del servizio pubblico (quali, ad esempio, l'illuminazione cimiteriale, il servizio calore, il verde pubblico). Il che rappresenta solo una parte del settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Rimangono ancora insoddisfatte le esigenze di regolazione (nei trasporti, rifiuti e servizi pubblici innominati); che, invece, hanno trovato soddisfazione in altri settori (gas ed energia e recentemente servizio idrico^[17]). La regolazione, infatti, è esigenza di tutti i servizi pubblici locali, in quanto le regole della gestione devono essere fissate da un soggetto distinto sia dagli operatori che dai soggetti pubblici affidanti; soggetto al quale demandare pure compiti di vigilanza e controllo.

L'auspicio è che il settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica possa trovare una quiete normativa e regolatoria quanto meno per far sedimentare la nuova disciplina. I problemi conseguenti all'instabilità regolatoria non incentivano gli investimenti, senza i quali il detto settore non è destinato a progredire, e tengono lontani gli operatori stranieri.

Nella ricerca di esigenze di certezza giuridica restano sullo sfondo ancora aperti problemi connessi al servizio idrico. Tre su tutti:

a) si richiede ancora l'unitarietà dell'ambito? La risposta dovrebbe essere affermativa, data la vigenza dell'art. 147, comma 2, del d.lgs. n. 152/2006^[18],

b) modalità di affidamento (oltre all'evidenza pubblica, azienda speciale o solo "in house"?);

c) tariffa^[19].

Ad una prossima occasione la soluzione di siffatti problemi. Intanto, nella continuità del dinamismo normativo, ben vengano disposizioni destinate a migliorare il quadro normativo pochi

mesi fa disegnato sulle ceneri dell'effetto abrogativo del recente referendum; disposizioni che solo l'attuazione nel tempo potrà rappresentare banco di prova della loro efficacia e adeguatezza.

Ma la prima scadenza del regime transitorio è vicina (31 marzo 2012, ai sensi dell'art. 4, comma 32, lett. a, del d.l. n. 138/2011) e tutti i diversi soggetti che operano nel mondo dei servizi pubblici locali hanno sempre più sete di certezze. Si potranno dissetare o continuerà l'arsura?

* Lo scritto è pubblicato in www.giustamm.it, n. 12-2011.

[1] Sulle modifiche apportate dalla legge di stabilità n. 183/2011 in materia di servizi pubblici locali si veda: F. Gavioli, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in www.ipsoa.it; G. Guzzo, *Brevi riflessioni su i nova dei SPL dopo la legge di stabilità n. 183/2011*, in www.giustamm.it, n. 12-2011. Sull'individuazione della materia dei servizi pubblici locali rispetto a quella dei servizi strumentali e sulla differenza tra servizi pubblici e appalti pubblici di servizi si rimanda, da ultimo, a E. Trenti, *Orientamenti in materia di qualificazione del servizio di pubblica illuminazione e sintetiche considerazioni in merito alla innovativa categoria giuridica dell'appalto di servizio pubblico locale*, in www.lexitalia.it, n. 11/2011.

[2] Il riferimento è all'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, e alle successive modificazioni [avvenute nel 2009 a opera dell'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (cosiddetto decreto Ronchi o salva infrazioni), convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166], nonché al regolamento di attuazione approvato con d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168. Al riguardo si rimanda a C. Volpe, *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in www.giustamm.it, n. 10-2011. Si veda anche F. Foggia, *Condizioni per l'accesso paritetico al mercato dei servizi delle società miste e delle società cd. "di terza generazione" (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17)*, in *Riv. nel diritto*, 2011, 1504.

[3] Il richiamo è alle criticità segnalate da C. Volpe, *op. cit.*, nel paragrafo 11.

[4] Sul fenomeno delle società a partecipazione pubblica, di rilievo, da ultimo, L. Barra Caracciolo, *Società a partecipazione pubblica e correlazioni con le dinamiche del bilancio pubblico*, in www.giustamm.it, n. 11-2011.

[5] Ai sensi del comma 2 del citato art. 21-bis, "L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni".

[6] Si tratta di una nota del presidente dell'Autorità indirizzata ai presidenti di Senato e Camera e al presidente del Consiglio dei ministri, nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 22 della l. n. 287/1990, ad oggetto <<AS864 – Disegno di legge AS n. 2887 di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo">>.

[7] Secondo cui "I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti". Si tratta di norma inserita a seguito di un emendamento presentato in Senato in sede di esame del disegno di legge di conversione in legge del d.l. n. 135/2009.

[8] Le difficoltà conseguivano all'individuazione della "prima gara successiva alla cessazione del servizio" che, se riferita al servizio in affidamento diretto, sarebbe inapplicabile in quanto una volta cessato l'affidamento diretto il soggetto affidatario ritorna "in bonis", essendo parificato a chiunque intenda partecipare a una gara.

[9] Secondo cui "Al fine di verificare il perseguimento degli obiettivi di semplificazione e di riduzione delle spese da parte degli enti locali, il prefetto accerta che gli enti territoriali interessati abbiano attuato, entro i termini stabiliti, quanto previsto dall'articolo 2, comma 186, lettera e), della legge 23 dicembre 2009, n. 191, e successive modificazioni, e dall'articolo 14, comma 32, primo periodo, del citato decreto-legge n. 78 del 2010, come da ultimo modificato dal comma 27 del presente articolo. Nel caso in cui, all'esito dell'accertamento, il prefetto rilevi la mancata attuazione di quanto previsto dalle disposizioni di cui al primo periodo, assegna agli enti inadempienti un termine perentorio entro il quale provvedere. Decorso inutilmente detto termine, fermo restando quanto previsto dal secondo periodo, trova applicazione l'articolo 8, commi 1, 2, 3 e 5 della legge 5 giugno 2003, n. 131".

[10] Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222, in www.giustizia-amministrativa.it. Di rilievo il passo seguente: "...detto affidamento a società mista costituita riusciva, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello attuato mediante pubblica gara, per cui sarebbe risultata irragionevole ed immotivata, anche alla luce dei principi dettati dall'U.e. in materia [v. comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del

diritto comunitario degli appalti pubblici (p.p.p.i.) 2008/C91/02 in G.u. U.e. del 12 aprile 2008], l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in atto”.

^[11] Cons. Stato: ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8/2011; sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1, 155.

^[12] Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326, in *Foro it.*, 2010, 3, 786.

^[13] Si addivene alla tesi secondo cui tutto quello che non appartiene al livello statale è considerato locale, anche se regionale.

^[14] Citata alla nota 6.

^[15] Da parte del ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i ministri dell'economia e delle finanze e dell'interno, sentita la Conferenza unificata.

^[16] Il riferimento è soprattutto alle decisioni della Corte costituzionale del 2010 e del 2011 richiamate da C. Volpe, *op. cit.*. Si tratta di Corte cost. 26 gennaio 2011, n. 24 e 17 novembre 2010, n. 325, in *Foro it.*, 2011, rispettivamente, 3, 671 e 5, 130, nonché di Corte cost. 26 gennaio 2011, nn. 25 e 26, entrambe in *Foro it.*, 2011, 670.

^[17] L'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, istituita dall'art. 10, comma 11, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, è stata soppressa dal d.l. n. 201/2011 (art. 21, commi 13 e 19), che ha trasferito all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e alla vigilanza della tariffa relativa ai servizi idrici.

^[18] Secondo cui “Le regioni possono modificare le delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali per migliorare la gestione del servizio idrico integrato, assicurandone comunque lo svolgimento secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto, in particolare, dei seguenti principi:

a) unità del bacino idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui, tenuto conto dei piani di bacino, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine, in favore dei centri abitati interessati;

b) unitarietà della gestione e, comunque, superamento della frammentazione verticale delle gestioni;

c) adeguatezza delle dimensioni gestionali, definita sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici”.

^[19] Il problema consegue all'eliminazione, a seguito del referendum, dal comma 1 dell'art. 154 del d.lgs. n. 152/2006, del criterio che determina la tariffa tenendo conto “dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito”.