

**La nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo le modifiche introdotte dall'articolo 15 del d.l. 135/2009 convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009**

(di Luigi Alla)

**SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Conferme della previgente disciplina. - 3. Ambito di applicazione: tra la (vocazione alla) disciplina orizzontale e le esclusioni settoriali. - 4. Modalità di gestione - 5. Regime transitorio. - 6. Disposizioni sulle società quotate. - 7. Regime dei divieti per gli affidatari diretti. - 8. Rinvio alla disciplina regolamentare ex comma 10. - 9. Problemi ancora aperti.**

**1. Premessa.**

Con la Legge 20 novembre 2009, n. 166<sup>1</sup> è stato convertito, con modificazioni, il decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, il cui articolo 15, rubricato *Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza locale*, modifica la disciplina dettata dall'articolo 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 133/2008 (di seguito: articolo 23 bis).

Come era agevole prevedere il passaggio in Parlamento non poteva non incidere sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (di seguito: SPL), apportando modifiche, anche di non marginale rilievo, al testo originario<sup>2</sup>.

Di seguito, dopo aver brevemente richiamato le disposizioni non modificate dall'articolo 15, vengono illustrati i tratti principali della disciplina attualmente vigente in materia di SPL.

L'inquadramento della disciplina dettata dall'articolo 23 bis, sarà effettuato sulla base dei seguenti profili di interesse: ambito di applicazione della disciplina; modalità di gestione; regime transitorio; disposizioni sulle società quotate; regime dei divieti previsti per gli affidatari diretti; rinvio alla disciplina regolamentare ex comma 10.

Nella parte finale della nota sarà effettuato un sintetico riferimento ad alcune delle principali questioni ancora *aperte* e sulle quali le modifiche da ultimo introdotte alla disciplina dell'affidamento dei SPL non hanno inciso in maniera significativa.

**2. Conferme della previgente disciplina.**

Rimangono immutate, in quanto non modificate dall'articolo 15 del d.l. 135/2009, le previsioni relative:

- alla finalità ed ai principi ispiratori dell'intervento normativo. In base al comma 1, dell'articolo 23 bis, la disposizioni dettate in tema di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, espressamente ritenute «*in applicazione della disciplina comunitaria*», sono finalizzate a «...*favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale*», garantendo, al contempo «...*il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai*

<sup>1</sup> Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 274 del 24 novembre 2009, Suppl. Ord. n. 215.

<sup>2</sup> Il ddl di conversione del d.l. 135/2009 è stata approvato definitivamente dal Senato (AS 1784) in data 4 novembre e dalla Camera (AC 2897) in data 19 novembre.

sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione» ed «assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione».

- al regime delle reti: in base al comma 5 si prevede che la relativa proprietà rimane pubblica, mentre la gestione può essere affidata ai privati.

- alla possibilità di affidamenti cd. multiservizi: in base al comma 6, infatti, «è consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore».

- alla possibilità di definire bacini di gara per il conseguimento di efficienze di gestione: in base al comma 7 è previsto che «[l]e regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale».

- al rapporto con l'articolo 113 del TUEL: in base al comma 11, si demanda all'interprete il compito di individuare quelle «parti della disciplina di cui all'articolo 113 del TUEL» che, in quanto «incompatibili con le disposizioni» dell'articolo 23 bis, devono ritenersi «abrogate».

**3. Ambito di applicazione: tra la (vocazione alla) disciplina orizzontale e le esclusioni settoriali.** In linea di principio, l'articolo 23 bis nella formulazione originaria manifestava la propria intenzione a dettare una disciplina di carattere orizzontale applicabile a tutti i SPL di rilevanza economica.

A tale intendimento, espresso nel secondo periodo del comma 1 a mente del quale «[l]e disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili», si contrappongono le previsioni, introdotte con interventi successivi, che hanno progressivamente riempito il terzo periodo del comma 1 di una serie di attività e servizi *esclusi* la cui puntuale disciplina è rimandata alle relative regolamentazioni settoriali.

Più nello specifico, sono espressamente «fatte salve» e sono quindi oggetto di una disciplina diversa da quella dettata dall'articolo 23 bis in tema di affidamento e gestione:

- la distribuzione di gas naturale, la cui disciplina è dettata dal decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222<sup>3</sup>;
- la distribuzione di energia elettrica, la cui disciplina è dettata dal decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e della legge 23 agosto 2004, n. 239<sup>4</sup>;
- il trasporto ferroviario regionale, la cui disciplina è dettata dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422<sup>5</sup>;

<sup>3</sup> Esclusione prevista dal comma 26, dell'articolo 30 della legge 23 luglio 2009, n. 99.

<sup>4</sup> Esclusione prevista dal comma 1, let. a), dell'articolo 15 del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135

<sup>5</sup> Esclusione prevista dal comma 1, let. a) dell'articolo 15 del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135.

- la gestione delle farmacie comunali, la cui disciplina è dettata dalla legge 2 aprile 1968, n. 475<sup>6</sup>.

In definitiva, a seguito della *progressiva riduzione* dell'ambito di applicazione materiale<sup>7</sup>, la disciplina dettata dall'articolo 23 bis in tema di affidamento e relative modalità di gestione, riguarda ora i seguenti SPL:

- la gestione dei servizi idrici integrati<sup>8</sup>;
- la gestione dei rifiuti;
- la gestione dei trasporti locali su gomma;
- tutti gli *altri* servizi pubblici locali non espressamente nominati/esclusi.

**4. Modalità di gestione.** Relativamente alle modalità di gestione dei SPL, dopo le modifiche apportate dall'articolo 15 del dl 135/2009, la disciplina dettata dall'articolo 23 bis è strutturata su un *regime ordinario*, imperniato sullo svolgimento di procedure selettive ad evidenza pubblica (disciplinato dal comma 2), ed un *regime derogatorio*, basato sull'affidamento diretto del servizio, cui è possibile fare ricorso solo in situazioni eccezionali e nel rispetto di alcuni requisiti di carattere sostanziale e procedurale (disciplinato dai commi 3, 4 e 4 bis).

Il regime ordinario di affidamento si articola in due varianti, che la disciplina normativa pone sullo stesso piano:

a) da un lato, la completa esternalizzazione della gestione «...a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità»;

b) dall'altro, una soluzione che si potrebbe definire di esternalizzazione vigilata dall'interno, in cui la gestione del servizio è *direttamente* affidata ad una società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che siano soddisfatti tre requisiti:

(i) la selezione del socio deve essere effettuata mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto «dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità»;

<sup>6</sup> Esclusione prevista a seguito delle modifiche introdotte al Senato (AS 1784) nel comma 1, let. a) dell'articolo 15 del decreto legge 135/2009 in sede di relativa conversione in legge.

<sup>7</sup> In argomento può ricordarsi come una sorte per certi versi analoga era toccata anche alla precedente disciplina dettata dall'articolo 113 del TUEL che l'articolo 23 bis supera ed abroga nelle parti con esso incompatibili. Infatti, anche le disposizioni di cui all'art. 113 del TUEL, che in origine affermavano il principio della relativa prevalenza sulle discipline di settore, erano state oggetto di interventi modificativi con i quali erano state progressivamente introdotte delle esclusioni settoriali e ridotto l'ambito di applicazione della disciplina di carattere orizzontale.

<sup>8</sup> Da rilevare che il comma 1 ter dell'articolo 15 del d.l. 135/2009, conv., con mod., dalla legge 166/2009, afferma, relativamente alla disciplina dei servizi idrici che «[t]utte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-bis... devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio».

(ii) la gara svolta per la selezione del socio deve essere un gara cd. a doppio oggetto, ovvero una gara che abbia ad oggetto «...*al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio*»;

(iii) la partecipazione del socio privato alla società mista non deve essere «*inferiore al 40 per cento*» del capitale sociale.

Tra le modifiche introdotte a seguito del passaggio parlamentare, quella relativa alle *condizioni di legittimità* dell'affidamento diretto in favore di una società mista pubblico privata, oltre ad essere sicuramente la più importante, presenta anche più rilevanti profili di dubbia compatibilità con la disciplina comunitaria. Al riguardo, infatti, può rilevarsi che se le disposizioni contenute nel testo originario dell'articolo 15 del d.l. 135/2009 erano da valutare in modo senz'altro positivo nella misura in cui riconducevano l'affidamento diretto a società mista tra le modalità ordinarie di affidamento a condizione che la gara per la selezione del socio avesse avuto «... *ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione dal servizio*», maggiori perplessità derivano dalla modifica introdotta nel comma 2, lett. b) dell'articolo 23 bis in sede di conversione in legge del decreto legge 135/2009 e che ora prevede espressamente che la gara debba avere «...*ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione dal servizio*» (comma 2, lett. b) dell'art. 23 bis; sottolineatura aggiunta).

Tale *specificazione*, infatti, oltre a porsi in qualche modo *in contrasto* con la ricostruzione che dell'istituto della società mista aveva delineato la giurisprudenza nazionale<sup>9</sup> e che configurava il socio privato selezionato tramite gara come il *socio industriale o operativo* – di fatto, l'effettivo gestore del servizio affidato alla società mista – presenta altresì dei profili di dubbia compatibilità con la sentenza resa il 15 ottobre 2009 dalla Corte di Giustizia nella causa C-196/08<sup>10</sup>.

In tale pronuncia, i Giudici comunitari chiamati ad esprimersi sulle condizioni di compatibilità comunitaria dell'affidamento (diretto) di un servizio pubblico effettuato in favore di una società mista pubblico-privata, hanno rilevato che il diritto comunitario non osta «...*all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori... a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni*» (sottolineatura aggiunta). La Corte precisa, altresì, che «*una società a capitale misto pubblico e privato, come quella di cui trattasi deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe l'obbligo di indire una gara (sentenza 19 giugno 2008, C-454/06)*».

In definitiva, dunque, la posizione espressa nella recente pronuncia del Giudice comunitario può ritenersi sostanzialmente *confermativa* dell'orientamento che si era andato affermando nella giurisprudenza amministrativa nazionale in materia di affidamento a società mista.

<sup>9</sup> Si veda, sul punto, la posizione espressa dal Consiglio di Stato in sede consultiva a partire dal parere 456/2007 e sostanzialmente recepita dall'Adunanza Plenaria 1/2008.

<sup>10</sup> Causa originata dalla questione pregiudiziale sollevata dal Tar Sicilia, sede di Catania, Sez. III, con l'ordinanza 22 aprile 2008, n. 164.

La nuova formulazione del comma 2, let. b) dell'articolo 23 bis, in virtù del *passaggio* dall'attribuzione, tramite gara, al socio privato di *tutti* «*i compiti operativi*» connessi alla gestione del servizio, all'attribuzione a quest'ultimo di «*specifici compiti*» sembra ammettere, se non, addirittura, secondo un'interpretazione letterale restrittiva della norma, consentire *esclusivamente* affidamenti nei quali può essere messa a gara *soltanto* una parte, al limite anche marginale, dell'attività di *gestione del servizio* che verrebbe dunque ad essere *ripartita* tra il soggetto pubblico ed il socio privato.

Come si vede, dunque, ove tale interpretazione dovesse effettivamente prevalere, si supererebbe la ricostruzione che vedeva nella società mista un modello nel quale con la selezione del socio privato veniva di fatto individuato il gestore del servizio affidato, mentre il socio pubblico doveva limitarsi a svolgere, dall'interno della società, una funzione di controllo della gestione.

Se è certamente prematuro esprimere delle considerazioni conclusive sul punto, dal momento che occorrerà attendere come la nuova formulazione del comma 2 let. b) sarà concretamente interpretata ed applicata, può rilevarsi come il riferimento alla *specificità dei compiti* da attribuire al socio privato certamente non contribuisce a chiarire i molteplici profili di problematicità che il modello di affidamento di cui al comma 2, let. b) dell'articolo 23 bis solleva. Si pensi, ad esempio, alla definizione delle *modalità di effettuazione* della gara per la selezione del socio privato, a come assicurare che il privato assuma effettivamente il ruolo di gestore effettivo del servizio, all'importanza da attribuire al contributo finanziario/apporto al capitale rispetto ad altri elementi di valutazione, ecc..

Il regime derogatorio di gestione dei servizi pubblici locali, che la disciplina espressamente riconosce come legittimo solo in «*situazioni eccezionali*», è basato sulla possibilità di affidamento diretto nel rispetto di alcune stringenti condizioni di carattere sostanziale e procedurale.

Al regime derogatorio si può fare ricorso:

- (i) «*a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento [che] non permettono un efficace e utile ricorso al mercato*»;
- (ii) esclusivamente «*a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*».

Dal punto di vista procedurale, invece, è previsto che la determinazione con la quale l'Ente locale intende fare ricorso all'affidamento diretto in deroga debba essere:

- (i) adeguatamente pubblicizzata,
- (ii) motivata «in base ad un'analisi del mercato» e
- (iii) preceduta da un «parere preventivo» che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è chiamata ad esprimere entro 60 giorni dalla ricezione della relazione contenente gli «esiti» dell'analisi di mercato effettuata dall'Ente locale<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Il comma 4 prevede espressamente che decorso il termine senza che il parere sia stato reso, esso si intende espresso «in senso favorevole». Ovviamente, pur nel silenzio nella legge sul punto, con riferimento all'operatività di tale meccanismo di silenzio assenso deve ritenersi ammissibile che il termine dei 60 giorni, assegnato alla AGCM, sia interrompibile in seguito della richiesta di ulteriore documentazione da parte dell'Autorità. Sul punto, si vedano le linee guida dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in cui si prevede che le valutazioni da effettuare consistono in un'analisi del mercato rilevante (le condizioni di concorrenza/sostituibilità, attuale e potenziale) e nella valutazione comparativa dell'efficacia (rispetto agli obiettivi del soggetto affidante) e dell'economicità (in termini di costi) dell'in house. Cfr.: la Delibera dell'Autorità del 16 ottobre 2008, la Comunicazione sull'applicazione dell'art. 23-

In riferimento alle disposizioni che disciplinano l'acquisizione del parere dell'Autorità Garante è da rilevare che le previsioni dettate dall'articolo 23 bis sono state oggetto di interventi di modifica sia da parte dell'articolo 15 del decreto legge 135/2009 che della relativa legge di conversione 166/2009.

L'originaria versione del comma 4 dell'articolo 23 bis si limitava, infatti, a prevedere che la relazione contenente gli esiti della verifica di mercato doveva essere inviata *«all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di settore ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza...»*.

L'intervento operato dall'articolo 15 del decreto legge 135/2009, da un lato, ha eliminato il riferimento alle *«altre autorità di settore»*, disponendo così che spetti *solamente*<sup>12</sup> all'Autorità Garante pronunciarsi sugli esiti dell'analisi di mercato, dall'altro, ha introdotto un comma 4 bis nel corpo dell'articolo 23 bis, con il quale si è inteso dare risposta ad un'esigenza, manifestatasi subito dopo l'approvazione dell'articolo 23 bis, di semplificazione e riduzione del non trascurabile onere burocratico verosimilmente derivante da un *obbligo generalizzato* di trasmissione di analisi di mercato e relativa richiesta di parere da parte degli Enti locali.

In altri termini, dal momento che la disciplina dettata dall'articolo 23 bis rischiava di sovraccaricare l'Autorità garante di una miriade di richieste di pareri, anche relativi ad ipotesi e situazioni aventi un modestissimo impatto economico, con il rischio di *distarre* l'impiego delle risorse umane e materiali dell'Autorità dai casi più rilevanti con conseguenti effetti disfunzionali per il perseguimento delle sue attività istituzionali.

Per ovviare a tale rischio, era stata proposta la possibilità di individuare delle soglie dimensionali al di sopra delle quali richiedere l'espressione del parere dell'Autorità. In tale prospettiva, l'articolo 15 del decreto legge 135/2009 ha previsto l'introduzione del comma 4 bis nel quale si prevedeva che fosse la stessa Autorità Garante a dover individuare le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali in deroga secondo il comma 3 assumevano rilevanza ai fini dell'espressione del relativo parere. Come accennato, tale previsione è stata a sua volta oggetto di modifica in sede di conversione in legge. Attualmente, infatti, il compito di definire *«le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4»* non è più affidato all'Autorità ma viene demandato ai regolamenti di attuazione previsti dal comma 10 dell'articolo 23 bis così come modificato dall'articolo 15 della legge 166/2009.

**5. Regime transitorio.** Altro aspetto sul quale è stato più significativo l'intervento operato dall'articolo 15 del decreto legge 135/2009 è quello relativo alla disciplina del periodo transitorio. Sul punto, da valutare positivamente è la scelta di regolamentare direttamente il regime transitorio. Nella precedente formulazione dell'articolo 23 bis, infatti, il comma 8 disciplinava espressamente solo il periodo transitorio delle concessioni relative al servizio idrico integrato per le quali si prevedeva che *«[quelle] rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessa[va]no*

---

bis, comma 3, del Decreto Legge n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, relativo all'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ed il Formulario per la presentazione della richiesta di parere, tutti disponibili sul sito internet dell'AGCM <http://www.agcm.it/>

<sup>12</sup> Coerentemente con tale previsione, il comma 2 dell'articolo 15 del decreto legge 135/2009, dispone l'abrogazione del riferimento contenuto nell'articolo 9 bis, comma 6, del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 giugno 2009, n. 77 che, istituendo la Commissione per la vigilanza sulle risorse e prevedendo il relativo subentro nelle funzioni e competenze del Comitato per la vigilanza sulle risorse idriche (Coviri), aveva attribuito alla neo istituita Commissione nazionale il compito di esprimere *«il parere di cui all'articolo 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133»*.

comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010 senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante», mentre per tutti gli altri servizi pubblici locali, la disciplina era demandata al regolamento previsto dal comma 10 dell'articolo 23 bis, sulla base delle indicazioni contenute nella relativa lettera e).

Attualmente, in base a quanto previsto dal comma 8 dell'articolo 23 bis, così come modificato dall'articolo 15, comma 1, let. d) del decreto legge 135/2009, a sua volta modificato dalla relativa legge di conversione, il regime transitorio degli affidamenti non conformi agli affidamenti effettuati secondo il regime ordinario o secondo quanto stabilito per i cd. affidamenti in deroga, si caratterizza per la previsione di limiti *improrogabili* e di *automatica cessazione* cui si affiancano delle *deroghe alle cessazioni anticipate* al verificarsi di processi di apertura del capitale sociale alla partecipazione di soci privati.

In base al vigente comma 8, dunque, è prevista la cessazione improrogabile e senza necessità di apposita deliberazione da parte dell'ente affidante alla data del 31 dicembre 2011, per tutte le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 che risultano conformi ai principi comunitari in materia di cd. affidamento *in house*.

Tali affidamenti diretti, infatti, seppure in linea con le indicazioni comunitarie in tema di affidamento *in house* – ovvero, rispettosi dei requisiti del «controllo analogo» e della «prevalenza dell'attività» svolta per l'ente affidante – non risultano conformi alle ulteriori condizioni restrittive previste dai commi 3, 4 e 4 bis dell'articolo 23 bis per l'affidamento in deroga: impossibilità di un utile ricorso al mercato; analisi di mercato: richiesta di parere preventivo all'Autorità Garante della concorrenza.

Relativamente a tali ipotesi di anticipata cessazione, è da rilevare che in sede di conversione in legge del d.l. 135/2009 è stata introdotta una possibilità di *salvezza* per tali (*legittimi*) affidamenti *in house*. Per questi, infatti, è prevista la possibilità che le relative gestioni continuino fino alla naturale scadenza «prevista dal contratto di servizio a condizione che, entro il 31 dicembre 2011, le amministrazioni cedano «almeno il 40% del capitale» ad un socio privato selezionato:

- (i) mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto «dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità»;
- (ii) attraverso una gara cd. a doppio oggetto, ovvero una gara che abbia ad oggetto «...al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio».

Sempre alla data del 31 dicembre 2011, cessano le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, nelle quali la selezione del socio privato, seppure effettuata mediante una procedura competitiva ad evidenza pubblica svolta nel rispetto «dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità», non si è tuttavia configurata come una gara a cd. a doppio oggetto, ovvero una gara che abbia ad oggetto «...al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio».

Non è prevista invece alcuna cessazione anticipata per le gestioni – che dunque proseguono fino alla naturale scadenza prevista nel contratto di servizio – affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, che rispettino le seguenti tre condizioni:

(i) la selezione del socio è effettuata mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto *«dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità»;*

(ii) la gara svolta per la selezione del socio si configura come un gara cd. a doppio oggetto, ovvero una gara che abbia ad oggetto *«...al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di [specifici] compiti operativi connessi alla gestione del servizio»;*

(iii) la partecipazione del socio privato alla società mista è almeno pari al 40 per cento del capitale sociale.

Infine, è prevista la cessazione alla data del 31 dicembre 2010<sup>13</sup> per tutte le gestioni che non ricadono in nessuna delle ipotesi sopra elencate né rientrano nella speciale disciplina di favore prevista per le società quotate (cfr. infra § 6).

In definitiva, dunque, tale ipotesi di cessazione anticipata riguarda:

- gli affidamenti diretti effettuati in favore di affidatari in house non conformi alla disciplina comunitaria;

- gli affidamenti diretti effettuati in favore di società miste pubblico private in cui il socio privato non sia stato scelto secondo procedure di selezione rispettose *«dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità».*

**6. Disposizioni sulle società quotate.** Le società quotate beneficiano, come peraltro era già accaduto in passato all'epoca dell'introduzione di interventi modificativi della disciplina in materia di servizi pubblici locali, di una serie di disposizioni di particolare favore<sup>14</sup>.

Relativamente al periodo transitorio, la lettera d) del comma 8 dell'articolo 23 bis del d.l. 112/2008, conv. con mod., dalla legge 133/2008 nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'articolo 15 del d.l. 135/2009, conv., con mod. dalla legge 166/2009 prevede la *salvezza* degli 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»* – le cui gestioni possono dunque continuare fino «alla scadenza prevista nel contratto di servizio» – a condizione che tali soggetti realizzino un processo di progressiva apertura alla partecipazione di capitali privati. Nel dettaglio, sono fatti salvi quegli affidamenti direttamente effettuati in favore di società quotate alla data del 1° ottobre 2003 in cui la partecipazione pubblica si riduca, anche progressivamente,

<sup>13</sup> In tema di durata del periodo transitorio va richiamata la disciplina dettata dal comma 1 bis, dell'articolo 15 del d.l. 135/2009 che relativamente alle ipotesi per le quali è prevista la scadenza non oltre il 31 dicembre 2010 dispone che *«nelle regioni a Statuto speciale e nelle province autonome di Trento e Bolzano sono fatti salvi, nel rispetto delle attribuzioni previste dagli statuti delle predette regioni e province autonome e dalle relative norme di attuazione, i contratti di servizio in materia di trasporto pubblico locale su gomma di cui all'articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, in atto alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».*

<sup>14</sup> Si consideri, al riguardo, la disciplina introdotta dall'art. 4, co. 234, della legge n. 350/2003 (legge finanziaria 2004), al comma 15 bis dell'articolo 113 del TUEL ed in cui si prevedeva l'esclusione dalla cessazione anticipata – allora prevista, in via generale, alla data del 31 dicembre 2006 – per le *«concessioni affidate alla data del 1 ottobre 2003 a società già quotate in borsa e a quelle da esse direttamente partecipata a tale data a condizione che siano concessionarie esclusive del servizio, nonché a società originariamente a capitale interamente pubblico che entro la stessa data abbiano provveduto a collocare sul mercato quote di capitale attraverso procedure ad evidenza pubblica...».*

attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota: (i) non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e (ii) non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015.

Nel caso in cui tali situazioni non si verificano e dunque nel caso in cui la partecipazione privata non sia almeno pari al 60 per cento del capitale sociale entro il 30 giugno 2013 ovvero non sia almeno pari al 70 per cento del capitale sociale entro il 31 dicembre 2015, gli affidamenti diretti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

**7. Regime dei divieti per gli affidatari diretti.** Il comma 9 dell'articolo 23 bis prevede una serie di divieti alle attività che possono essere svolte dagli affidatari diretti. Anche tali disposizioni sono state oggetto di interventi modificativi operati sia dall'articolo 15 del d.l. 135/2009 che in sede di relativa conversione in legge.

Dal punto di vista soggettivo, il divieto opera nei confronti:

- [del]le società, [del]le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto;
- [del]le società, [del]le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di una procedura non ad evidenza pubblica;
- [del]le società, [de]le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto effettuato in favore di una società a partecipazione mista pubblica e privata in cui:
  - o il socio privato è stato selezionato mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto *«dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità»*;
  - o la gara svolta per la selezione del socio privato è qualificabile come una gara cd. a doppio oggetto, ovvero una gara avente ad oggetto *«...al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio»*;
  - o il socio privato assume una partecipazione alla società mista almeno pari al 40 per cento del capitale sociale.
- [dei] soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi.

Dal punto di vista del contenuto del divieto, è previsto che tutti i soggetti sopra indicati non possano, *«per tutta la durata della gestione [diretta]»*:

(i) acquisire la gestione di servizi ulteriori;

(ii) acquisire la gestione dei medesimi servizi in ambiti territoriali diversi;

(iii) svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.

Anche il comma 9 prevede delle *ipotesi di deroga* per le quali i relativi divieti non trovano applicazione. Sono infatti, espressamente escluse dai divieti previsti dal comma 9:

- le società quotate in mercati regolamentati, che dunque, anche sotto questo profilo risultano destinatarie di una disciplina di favore rispetto agli altri affidatari diretti; ed
- il socio privato di una società mista pubblico privata affidataria diretta ai sensi della lettera b) del comma 2 dell'articolo 23 bis.

Infine, in tema di divieti previsti per gli affidatari diretti, va richiamata la modifica apportata alla disciplina di cui al comma 9 dell'articolo 23 bis in sede di conversione in legge dell'articolo 15 del decreto legge 135/2009. Al comma 9, infatti, è stato inserito un ultimo capoverso a mente del quale si prevede espressamente che *«gli 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»*.

In definitiva, in base a tale previsione è stata ampliata in modo significativo la possibilità per i soggetti *attualmente beneficiari di affidamenti diretti* di partecipare a tutte le prime gare indette sul territorio nazionale per l'affidamento dei servizi da essi gestiti, mentre la disciplina precedente limitava la possibilità di partecipare soltanto alla prima gara svolta nel proprio contesto territoriale di riferimento per l'affidamento del servizio da essi gestito. Dunque, tale modifica se da un lato va valutata con favore perché favorisce una più ampia partecipazione alle gare, aumentandone, almeno in linea di principio, il relativo grado di concorrenzialità, dall'altro, solleva dei profili di criticità proprio con riferimento agli effetti di natura competitiva derivanti dalla partecipazione a procedure di gara di soggetti che restano comunque dei competitors privilegiati in ragione degli affidamenti diretti di cui beneficiano in altri contesti territoriali.

**8. Rinvio alla disciplina regolamentare ex comma 10.** Nonostante la significativa sottrazione del compito di definire la disciplina del periodo transitorio, al regolamento previsto dal comma 10 dell'articolo 23 bis, anche nel testo risultante dalle modifiche da ultimo introdotte in sede di conversione in legge del decreto legge 135/2009, continuano ad essere demandati compiti di centrale rilievo ai fini della coerente definizione di un efficace quadro normativo in materia di affidamento di servizi pubblici locali.

Il comma 10 dell'articolo 23 bis, demanda, infatti, al Governo il compito di adottare, entro il 31 dicembre 2009<sup>15</sup>, uno o più regolamenti<sup>16</sup> al fine di:

- a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari cosiddetti *in house* di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno tenendo conto delle scadenze fissate per il termine del periodo transitorio e l'osservanza da parte delle società *in house* e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale;
- b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;

<sup>15</sup> Termine che è da considerarsi meramente ordinatorio.

<sup>16</sup> I regolamenti ex comma 10, dell'articolo 23 bis, da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, dovranno essere adottati su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni e sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari.

- c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;
- d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;
- f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;
- g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;
- h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;
- i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;
- l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;
- m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.

**9. Problemi ancora aperti.** Come può desumersi dalla sintetica illustrazione delle modifiche apportate alla disciplina dettata dall'articolo 23 bis, l'intervento operato dall'articolo 15 del decreto legge 135/2009, se da un lato contribuisce a sciogliere alcuni dei nodi controversi della previgente disciplina<sup>17</sup>, dall'altro non può considerarsi completamente soddisfacente delle esigenze di chiarimento che il quadro normativo delineato dall'articolo 23 bis manifestava e che non sono state oggetto di un intervento chiarificatore da parte dell'articolo 15.

Per citarne solo alcune, si può fare riferimento alla questione, ancora irrisolta, circa lo spazio da attribuire rispettivamente alla concorrenza *nel* mercato ed alla concorrenza *per* il mercato. Sul punto, infatti, l'unico riferimento che può ritenersi in qualche modo riconducibile a tale profilo si rinviene nella lettera g) del comma 10 – e, dunque, un mero rinvio alla disciplina che dovrà essere dettata dalla fonte regolamentare.

La previsione da ultimo richiamata demanda, infatti, al regolamento governativo il compito di «limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale» (sottolineatura aggiunta).

Ed invero, la scelta tra le diverse modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali cui fanno rispettivamente riferimento il comma 2, lett. a) e b) (regime ordinario) ed i commi 3, 4 e 4 bis (regime derogatorio), seppure importante è, in un certo senso, un'opzione che si pone "a valle" di quella – che la precede logicamente "a monte" – relativa al *se e quanto spazio* lasciare a forme dirette di concorrenza (concorrenza *nel* mercato) rispetto alla concorrenza *indiretta* introdotta tramite la concorrenza *per* il mercato.

---

<sup>17</sup> Si pensi, ad esempio, all'esplicita riconduzione dell'affidamento alla società mista ex comma 2, let. b) al regime ordinario, alla disciplina del periodo transitorio ora dettata in maniera espressa nel comma 8 dell'articolo 23 bis.

In altri termini, appare ancora poco valorizzata la possibilità che le esigenze di interesse generale connesse alla prestazione dei servizi pubblici locali possano essere soddisfatte in un contesto che permetta, nell'ambito di un quadro di regole chiaramente definite dalla regolamentazione pubblica, il confronto tra una pluralità di gestori di servizi pubblici – eventualmente oggetto di una preventiva procedura di autorizzazione – in cui i cittadini possano *liberamente* scegliere di fare riferimento ad un prestatore piuttosto che ad un altro in ragione della preferenza accordata alle diverse offerte commerciali loro proposte.

Altri profili meritevoli di approfondimento, e che necessitano di interventi integrativi dell'attuale disciplina, sono quelli relativi alle *modalità di effettuazione* delle gare<sup>18</sup>, tanto nel caso in cui queste siano finalizzate alla scelta del «terzo» cui affidare la gestione del servizio, quanto nell'ipotesi in cui abbiano ad oggetto l'individuazione del socio privato della società mista affidataria del servizio. Relativamente al primo profilo, per fare riferimento solo ad alcuni temi, ci si potrebbe – ad esempio – chiedere se e fino a che punto possa essere applicabile il cd. Codice degli Appalti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006 e successive modificazioni ed integrazioni, il quale definisce una puntuale e compiuta disciplina solo relativamente agli «appalti di servizi (pubblici)» mentre disciplina in modo decisamente meno puntuale l'affidamento di «concessioni di servizi pubblici».

In argomento, data la previsione di cui al comma 30 del Codice a mente del quale è prevista l'inapplicabilità «alle concessioni di servizi» della disciplina generale prevista per gli appalti pubblici di servizi, resta da chiarire attraverso quali modalità possa essere concretamente garantito che «*la scelta del concessionario [avvenga] nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità...*» (art. 30, 3 comma, cod. Appalti). Ed ancora, il comma 4 del richiamato articolo 30, facendo espressamente «...*salve le discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza*», appare profilare una pluralità di discipline specifiche (ovvero *settoriali*), volte a disciplinare, per le *oggettive differenze* che li contraddistinguono, in maniera differente i diversi servizi pubblici locali (trasporti, servizi idrici integrati, gestione dei rifiuti), relativamente ad aspetti quali l'*oggetto* della gara, le *modalità di selezione* dei concorrenti e quelle di *valutazione* delle relative *offerte*, la durata degli affidamenti e le possibilità di rinegoziazione del contratto, il controllo da parte del soggetto pubblico del rispetto degli obblighi assunti in sede di aggiudicazione della gara in termini di impegni di investimento, di dinamiche tariffarie, di qualità dei servizi, ecc..

In ordine alla scelta del socio privato in caso di affidamento ad una società mista, posto che l'obiettivo perseguito sia *effettivamente* quello di un affidamento *equiparabile* nella sostanza ad un affidamento a terzi, non sarebbe stato certamente superfluo che la disciplina di cui all'articolo 23 bis avesse espressamente e chiaramente affermato il principio in base al quale in sede di valutazione delle offerte i criteri basati su qualità e tariffa del servizio devono prevalere su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie. Analogo discorso potrebbe essere effettuato in riferimento alla durata della società mista, aspetto sul quale non sarebbe stato inutile affermare espressamente il principio che essa è commisurata alla durata dell'affidamento, e che, quindi, al termine del periodo per questo

---

<sup>18</sup> Interventi che, peraltro, dovranno essere effettuati nel rispetto dei limiti che la Corte Costituzionale ha individuato nella pronuncia 272/2004, resa proprio in relazione alla disciplina statale in materia di affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, che ha ritenuto incostituzionali, tra le altre, le previsioni di estremo dettaglio ed autoapplicative di cui all'articolo 113, comma 7, che disciplinano i criteri di aggiudicazione della gara per l'affidamento delle gestioni.

previsto, la società si scioglie e si procede a una nuova gara o per l'affidamento a terzi o per la scelta *ex novo* del socio privato.

Strettamente connessi a tali questioni, appaiono, poi, i temi della disciplina e della regolamentazione delle varie *situazioni di conflitto di interesse* cui la disciplina in tema di affidamento dei servizi pubblici locali può dar luogo.

Già ad una prima lettura dell'articolato normativo, si profilano, infatti, una pluralità di potenziali situazioni di conflitto di interessi interne agli Enti locali, la cui positiva risoluzione appare alquanto problematica in assenza di un quadro regolatorio chiaro e di un'autorità di regolazione<sup>19</sup> che sia, da un lato, effettivamente *neutrale* rispetto agli interessi politici, economici, sociali *costituiti* a livello locale e, dall'altro, competente ed attrezzata a risolvere efficacemente questioni anche molto complesse dal punto di vista *tecnico*.

Si pensi, ad esempio, alla scelta che l'Ente locale è chiamato a svolgere relativamente allo *spazio* da riconoscere *al mercato* nella prestazione di servizi pubblici locali. Anche prescindendo dai profili problematici connessi alla più incisiva ipotesi di aprire a forme di concorrenza *diretta*, liberalizzando la prestazione di determinate servizi o attività, si può rilevare come la stessa opzione tra l'affidamento cd. ordinario e l'affidamento derogatorio secondo il modello *in house* nella misura in cui fa riferimento a «...*peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento...*[che] *non permettono un efficace e utile ricorso al mercato...*», presenti il rischio di una sostanziale *autoreferenzialità* dell'analisi svolta dall'Ente locale che la previsione del parere obbligatorio ma non vincolante dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato appare in grado di contenere solo in parte.

Al riguardo, non si deve dimenticare che la profittabilità di un determinato servizio è fortemente influenzata dalle condizioni istituzionali, organizzative, economiche e sociali di relativa prestazione – in termini di tariffe praticabili agli utenti, di canoni richiesti, di copertura oneri sociali, di vincoli al trattamento del personale, di investimenti richiesti, ecc. – stabilite dall'Ente locale che ne è responsabile e che quindi ne condiziona la relativa appetibilità per il mercato.

In tale linea di ragionamento, infatti, se le condizioni richieste dall'Ente locale sono tali da rendere altamente improbabile la copertura delle spese e/o il conseguimento di un ragionevole utile d'impresa o se il quadro complessivo in cui dovrà essere prestato il servizio appare alquanto incerto in termini di vincoli e condizioni di prestazione, il servizio in questione potrebbe risultare scarsamente appetibile per le imprese e, conseguentemente, più *agevole* potrà risultare per l'Ente locale intraprendere la strada dell'affidamento *in house*.

Ed ancora, altre possibili situazioni di conflitto di interesse potrebbero determinarsi relativamente ad ipotesi di partecipazione alla gara per l'affidamento di un determinato servizio pubblico di una società partecipata dall'Ente locale affidante, con i conseguenti potenziali rischi di *alterazione* dell'equilibrato e paritario confronto competitivo tra gli aspiranti gestori.

Per non dimenticare, poi, i profili problematici derivanti dall'affidamento del servizio ad una società mista. Oltre alle criticità cui si è fatto cenno in precedenza (cfr. supra § 4), il ricorso a tale modello gestionale, soprattutto alla luce della previsione introdotta in sede di conversione in legge dell'articolo 15 in base alla quale al socio privato devono essere attribuiti «*specifici compiti operativi*», solleva, proprio con riferimento al tema dei conflitti di interesse, delle perplessità di notevole rilievo. Infatti, se da un lato si può affermare che situazioni di conflitto di interesse sono,

---

<sup>19</sup> Emblematico è il fatto che non vi sono Autorità di settore proprio relativamente a quei servizi pubblici – trasporti pubblici locali, servizi idrici, gestione dei rifiuti – su quali è essenzialmente destinata ad incidere la disciplina dettata dall'articolo 23 bis.

in un certo senso, intrinsecamente connaturate al modello della società mista, dall'altro, va rilevato che la previsione che vuole che al socio privato siano affidati degli «*specifici compiti operatori*» implicitamente *ammette* la possibilità *corresponsabilità gestionale* del soggetto pubblico e del socio privato, non contribuendo a rendere chiara la differenziazione dei rispettivi ruoli e, dunque, non agevola il conseguimento della «*netta distinzione*» tra le funzioni di regolazione e quelle di gestione dei servizi pubblici locali cui fa riferimento la lettera c), comma 10 dell'articolo 23 bis.

Come si vede, si tratta di questioni di notevole rilievo che dovranno essere necessariamente oggetto di un intervento chiarificatore da parte della disciplina regolamentare. La corretta definizione delle problematiche sopra richiamata appare infatti di centrale importanza nell'ottica di garantire finalmente l'efficace funzionamento della riforma delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali avviata con l'articolo 23 bis del decreto legge 112/2008.