

Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"** - **Luiss Guido Carli**

La nuova disciplina della gestione dei servizi pubblici locali

di Monica Lai

1. Premessa
2. Le principali modifiche apportate all'art. 35 dal decreto legge 269/2003
3. Considerazioni

1. Premessa

Nel 2000 la Commissione Europea ha aperto una procedura per inadempimento vertente sulla disciplina delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali dettata dall'art. 22 della legge n. 142/90, successivamente sostituito, senza modifiche, dall'art. 113 del D. Lgs. N. 267/2000, a sua volta modificato dall'art. 35 della legge 448/2001.

Secondo i servizi della Commissione, tale ultimo articolo continuava a contenere una violazione della direttiva 92/50/CEE¹, della direttiva 93/38/CEE², degli articoli 43 e seguenti³ e 49 e seguenti⁴ del Trattato CE.

Tali violazioni concernevano i seguenti aspetti:

- l'attribuzione diretta della gestione di reti, impianti e dotazioni patrimoniali a società di capitali a partecipazione pubblica maggioritaria (art. 35, comma 1);
- la durata, considerata eccessiva, del periodo transitorio durante il quale venivano fatti salvi gli affidamenti illegittimi (art. 35, commi 2 e 3);
- la mancanza di procedure di messa in concorrenza per l'affidamento del servizio idrico integrato (Art. 35, comma 5);
- la mancanza di procedure di messa in concorrenza per l'affidamento dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale a favore di affidamenti diretti a soggetti all'uopo costituiti (art. 35, comma 15).

La procedura per inadempimento in questione ha esperito tutte le tappe della fase precontenziosa, ad eccezione dell'invio del parere motivato.

I Servizi della Commissione hanno, infatti, ritenuto di non inviare alle Autorità italiane quest'ultimo documento alla luce della intervenuta modifica dell'art. 35 ad opera del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269.

Al momento, pertanto, tale procedura è "sospesa", in attesa che tale decreto venga convertito in legge dalle Camere e, quindi, previa verifica del fatto che la parte dispositiva relativa all'art. 35 non venga emendata in un senso non conforme al diritto comunitario.

¹ Recante "Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi"

² Recante "Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono i servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni".

³ Disciplinanti il diritto di stabilimento.

⁴ Disciplinati la libera prestazione dei servizi.

Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"** - **Luiss Guido Carli**

2. Le principali modifiche apportate all'art. 35 dal decreto legge 269/2003

Il testo dell'art. 35 è stato modificato dal decreto citato in modo da accogliere le censure sollevate dalla Commissione Europea. Le nuove disposizioni, nella loro formulazione odierna, sono compatibili con il diritto comunitario.

In primo luogo, si osserva che nel nuovo testo normativo non compare più la distinzione tra servizi di rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale. In ragione delle difficoltà di individuazione dei criteri caratterizzanti la prima e la seconda categoria, esse sono state sostituite da servizi di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica, ottenendo, così, una maggiore conformità con la ripartizione che si ritrova in diritto comunitario.

Per quanto attiene, poi, all'aspetto relativo alla gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali in questione e all'erogazione dei servizi in causa, la nuova norma codifica le uniche modalità di attribuzione, ad oggi, compatibili con il diritto comunitario.

Qualora, infatti, la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali sia separabile dall'erogazione del servizio gli enti locali hanno due possibilità:

- scegliere il soggetto affidatario attraverso una procedura di gara, ai sensi della normativa nazionale e comunitaria sugli appalti pubblici;
- affidare l'attività ad un soggetto allo scopo costituito, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano (relazione di tipo *in house*).

Per quanto attiene, invece, all'erogazione del servizio, anch'essa deve avvenire secondo il rispetto delle discipline di settore applicabili e, per quanto riguarda, in particolare, la sua titolarità essa può venir affidata a:

- a) terzi (società di capitali, ecc.) attraverso l'espletamento di procedure di gara ai sensi della normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti pubblici;
- b) società a capitale misto pubblico privato nella quali il socio privato sia scelto con gara espletata secondo le disposizioni in materia di appalti pubblici;
- c) società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

Per quanto riguarda la disciplina del periodo transitorio, gli affidamenti avvenuti con procedure diverse dall'evidenza pubblica sono fatti salvi sino al 31 dicembre 2006, giorno a far data dal quale essi dovranno improrogabilmente cessare.

Pertanto, a partire dal 1° gennaio 2007, il servizio in questione dovrà essere gestito da un soggetto individuato attraverso una regolare procedura di gara o da un soggetto *in house* dell'amministrazione appaltante.

Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"** - **Luiss Guido Carli**

Infine, nel nuovo testo normativo non si ritrova più alcuna disciplina derogatoria per il servizio idrico e per i servizi pubblici locali “privi di rilevanza industriale” ora “privi di rilevanza economica”, nel senso che anche l’affidamento di queste attività è assoggettato al rispetto della normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti pubblici e deve, quindi, avvenire con le modalità sopra descritte per l’affidamento dell’erogazione del servizio.

3. Considerazioni

Per quanto riguarda la scelta del socio privato di una società mista alla quale l’amministrazione desidera affidare una determinata attività, si è visto che il nuovo testo dell’art. 35 dispone che tale soggetto venga individuato attraverso una procedura ad evidenza pubblica.

A rigore, però, una volta scelto il soggetto membro della società, non sarebbe possibile affidargli direttamente l’attività in questione, ma si dovrebbe esperire una nuova procedura di gara, che abbia come oggetto non più l’acquisto delle quote della società, ma la gestione dell’attività di cui trattasi.

A tale affermazione si potrebbe, verosimilmente, obiettare che la scelta dell’amministrazione di creare un’apposita struttura societaria cui affidare il servizio non sia operativamente razionale rispetto al fatto di mettere successivamente a gara il medesimo servizio, con la possibile conseguenza che il soggetto aggiudicatario non sia o possa non essere la società appositamente creata.

Pertanto, affinché la scelta di un’amministrazione di affidarsi ad un soggetto all’uopo costituito per la gestione di un’attività sia compatibile con le norme in materia di appalti pubblici e, quindi, per riuscire a coniugare gli aspetti operativi con il rispetto della disciplina applicabile, si dovrebbe immaginare un unico momento di messa in concorrenza, nel quale si mette a gara l’acquisto delle quote della società e contemporaneamente l’affidamento delle attività in questione.

In altri termini, occorrerebbe predisporre un unico bando di gara, il cui oggetto sarebbe costituito dall’acquisto di una determinata percentuale di quote della società e dall’affidamento del servizio di cui trattasi.

Il soggetto privato che, quindi, vorrà acquistare le azioni della società saprà, al momento del bando di gara, che dovrà anche gestire il servizio e viceversa: per essere il soggetto affidatario dell’attività, dovrà anche partecipare, con l’acquisto delle quote, alla società in questione.

Naturalmente, tale bando dovrà indicare una data di scadenza, al verificarsi della quale, l’amministrazione dovrà rimettere a gara sia le quote del socio privato uscente, che la gestione del servizio.

In conclusione, vale la pena di considerare che le modifiche apportate all’art. 35 dal decreto legge 269/2003, codificando nella normativa nazionale le modalità di affidamento compatibili con il diritto comunitario, lasciano ipotizzare una soluzione positiva della procedura di inadempimento che l’ha colpito.

Ciò non di meno, appare opportuno richiamare l’attenzione su alcuni punti.

Amministrazione in cammino

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del **Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" - Luiss Guido Carli**

In primo luogo, come detto, lo strumento normativo di modifica utilizzato è un decreto legge, sottoposto, pertanto, all'esame delle Camere per la sua conversione in legge. In altri termini, per avere certezza che il quadro normativo resti quello delineato e che, quindi, la Commissione Europea proceda all'archiviazione della procedura, è necessario attendere la pubblicazione della legge.

Inoltre, si osserva che il testo di cui si discute è frutto, tra l'altro, del negoziato intercorso tra le Autorità italiane e i Servizi della Commissione. Alla luce di questa considerazione, si può, verosimilmente, ritenere che il periodo transitorio individuato dal decreto citato copra gli affidamenti avvenuti sulla scorta dell'art. 35 della legge 448/2001 nella sua vecchia formulazione e non gli affidamenti realizzati sulla base di altre normative oppure in applicazione dell'art. 35 ma dopo il 2 ottobre 2003, data di entrata in vigore del decreto legge 269/2003.

Va da sé che tale negoziato non ha, tuttavia, rilevanza in sede di giudizio presso un organo giudicante, quale un tribunale regionale o la Corte di Giustizia delle Comunità Europee.