

**DAL REFERENDUM ABROGATIVO DELL'ART. 23 BIS ALLA  
NUOVA NORMATIVA IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI  
LOCALI CONTENUTA NELL'ART. 4 DELLA L. N. 148/2011.  
ALCUNE CONSIDERAZIONI SUL NUOVO QUADRO  
NORMATIVO.**

**(Avv. Daniela Anselmi)**

**I) QUALCHE CENNO SUI QUESITI REFERENDARI**

Con quattro ordinanze pronunciate il 6 dicembre 2010, l'Ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 12 della Legge 25 maggio 1970, n. 352, dichiarava conformi alle disposizioni di legge le quattro richieste di referendum popolare promosse da sedici cittadini italiani aventi ad oggetto le modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, le forme di gestione e le procedure di affidamento del servizio idrico integrato, la determinazione della tariffa del servizio idrico, nonché le norme limitatrici della gestione pubblica sempre in tema di servizio idrico.

Sui quattro quesiti la Corte Costituzionale pronunciava le seguenti sentenze in tema di ammissibilità/inammissibilità degli stessi.

Con la sentenza n. 24 del 26 gennaio 2011 veniva dichiarata ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione dell'art. 23-bis del D.l. 25 giugno 2008, n. 112, nel testo risultante a seguito della Sentenza n. 325 del 2010 della Corte Costituzionale e concernente la disciplina generale delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

*In primis*, la Corte riteneva che il quesito in esame non avesse ad oggetto le leggi che l'art. 75, secondo comma, Cost. sottrae a referendum, e cioè leggi tributarie o di bilancio, di amnistia o di indulto, costituzionali o a forza passiva rinforzata, né tanto meno violasse i limiti del medesimo articolo, in quanto non riguardava una legge a contenuto comunitariamente vincolato (e, quindi, costituzionalmente vincolato, in applicazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) né in particolare l'eventuale abrogazione referendaria avrebbe comportato alcun inadempimento agli obblighi comunitari.

Sotto questi ultimi profili, la Corte, richiamando la sua precedente sentenza n. 325/2010, escludeva espressamente che *“l'art. 23-bis costituisca applicazione necessitata del diritto dell'Unione europea ed ha affermato che esso integra solo una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare il primo comma dell'art. 117 Cost.. La stessa sentenza ha precisato che l'introduzione, attraverso il suddetto art. 23-bis, di regole concorrenziali (come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici) più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea non è imposta dall'ordinamento comunitario e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. [...], ma neppure si pone in contrasto [...] con la [...] normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri”*.

Il ragionamento della Corte, in estrema sintesi, è dunque il seguente.

Le norme comunitarie fissano i principi *“minimi”* inderogabili in materia concorrenziale che gli Stati membri non possono derogare.

Nulla vieta, però, agli stessi Stati membri di introdurre norme più restrittive proconcorrenziali (ad esempio i limiti imposti al ricorso alle società in house dall'art. 23 bis erano comunque proconcorrenziali e dunque legittimi secondo quanto affermato dalla Corte).

Benché al giudizio di ammissibilità dei referendum popolari sia estranea qualunque valutazione di merito, in particolare di legittimità sia in ordine alla normativa oggetto di referendum sia alla normativa risultante in caso di abrogazione, nella sentenza, la Corte ha ritenuto opportuno e necessario individuare quest'ultima per capire se essa comporti un significativo inadempimento degli obblighi internazionali, o, comunque, direttamente imposti dalla Costituzione.

Si legge che *“nel caso in esame, all’abrogazione dell’art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte – sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 –, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall’altro, conseguirebbe l’applicazione immediata nell’ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica”*.

Pertanto, dall’eventuale abrogazione della norma non sarebbe derivato, sempre secondo la Consulta, né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l’applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall’ordinamento comunitario.

Tutto diverso da quanto sostenuto nella memoria depositata dai presentatori dei quesiti referendari, secondo cui, in caso di abrogazione referendaria, avrebbe trovato applicazione nuovamente l’art. 113 del D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Infine, circa la sussistenza dell’“omogeneità” e “congruità” del quesito referendario, la Corte aveva sottolineato che per quanto riguardava il primo aspetto il quesito era omogeneo proprio perchè concerneva una normativa generale benché riconducibile ad un’ indefinita pluralità di servizi pubblici locali

di rilevanza economica (n.d.r.: tale aspetto assumeva rilevanza per quanto infra si dirà sulla nuova normativa in materia di servizi pubblici locali).

Sotto il profilo della congruità tra intento referendario e formulazione secondo la Corte *“appare evidente che l’obiettivo ratio del quesito n. 1 va ravvisata, come sopra rilevato, nell’intento di escludere l’applicazione delle norme, contenute nell’art. 23-bis, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico). Non sussiste, pertanto, alcuna contraddizione o incongruità tra tale intento intrinseco e la formulazione – del tutto chiara, semplice ed univoca – della richiesta referendaria di abrogare l’intero art. 23-bis”*.

Con la sentenza n. 25 del 26 gennaio 2011 veniva dichiarata inammissibile la richiesta di referendum popolare per l’abrogazione dell’art. 150 del D.lgs. 152/2006, come modificato dall’art. 2, comma 13, del D.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, nel testo risultante dall’art. 12 del D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

Per poter rispondere al quesito referendario in esame, la Corte, per prima cosa, riteneva necessario chiarire la portata applicativa dell’art. 150, D.lgs. 152/2006, a seguito delle numerose modifiche ed abrogazioni legislative intervenute sullo stesso.

L’art. 150, infatti, si compone di quattro commi, il primo dei quali demanda all’Autorità d’ambito di deliberare la forma di gestione. Nel testo originale tale forma andava individuata fra quelle di cui all’art. 113, comma 5, T.U. Enti Locali.

Ma il D.P.R. n. 168/2010, con l’art. 12, comma 1, lett. a e b, ha abrogato il detto art. 113, comma 5, 5-bis, 6,7,8,9 (escluso il primo periodo), 14, 15-bis, 15-ter, 15-quater, nonché l’art. 150, comma 1 del Codice dell’Ambiente, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell’Autorità d’ambito per l’affidamento e l’aggiudicazione.

Inoltre, il comma 2 del citato art. 12, D.P.R. n. 168 del 2010 ha stabilito che le leggi, i regolamenti, i decreti, o altri provvedimenti che fanno riferimento al comma 7 dell'art. 113, D.lgs. 267/2000, e successive modificazioni, abrogato dal comma 1, lettera a, si intendono riferiti ai criteri per le gare previsti dal comma 1 dell'art. 3 del suddetto decreto.

Per quanto concerne, invece, il secondo comma dell'art. 150, esso stabilisce che l'Autorità d'ambito aggiudica la gestione del servizio idrico integrato mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie.

Nel testo iniziale si richiamavano i criteri di cui all'art. 113, comma 7, D.lgs. 267/2000, non più applicabili stante l'abrogazione della norma da ultimo citata. L'art. 150, comma 3, dispone che la gestione può essere altresì affidata a società partecipate esclusivamente e direttamente da comuni o altri enti compresi nell'ambito territoriale ottimale, qualora ricorrano obiettive ragioni tecniche o economiche

Il testo iniziale rinviava alla previsione dell'art. 113, comma 5, lettere b) e c) del d.lgs. n. 267 del 2000, ma tale disposizione è stata abrogata a seguito dell'emanazione del citato regolamento di delegificazione.

Infine, il comma 4 stabilisce che *«i soggetti di cui al presente articolo gestiscono il servizio idrico integrato su tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale, salvo quanto previsto dall'articolo 148, comma 5»*.

Viste le premesse di carattere legislativo sopra svolte, dato il compito della Corte di valutare circa la sussistenza dei requisiti concernenti la formulazione del quesito referendario, quali omogeneità, chiarezza e semplicità, univocità, completezza, coerenza, idoneità a perseguire il fine perseguito e rispetto della natura essenzialmente ablativa dell'operazione referendaria, proprio allo scopo di svolgere tale valutazione, la Consulta ha ritenuto necessario individuare l'intento perseguito col referendum, la normativa di risulta e porre a confronto i risultati di tali indagini.

Nella sentenza si legge che, “*stando al tenore del quesito, il referendum si propone l’obiettivo – da realizzare attraverso l’abrogazione dell’art. 150 del codice dell’ambiente – di rendere inapplicabile al servizio idrico integrato la disciplina concernente le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica (SPL); disciplina dettata in generale, per quasi tutti i servizi pubblici locali (ivi compreso il servizio idrico integrato) dall’art. 23-bis del d. l. n. 112 del 2008*”.

Il quesito referendario, oggetto della presente sentenza, ha per oggetto “*l’art. 150 del codice dell’ambiente, il quale è stato già in buona parte abrogato, sia in modo espresso, sia per incompatibilità, dall’art. 23-bis (direttamente e per mezzo del regolamento di delegificazione autorizzato dallo stesso art. 23-bis). Più precisamente, l’art. 150 del codice dell’ambiente rinvia all’art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL), il quale, come si è detto, è stato abrogato (in parte) dal citato art. 23-bis, anche mediante il suddetto regolamento di delegificazione.*

*Quest’ultimo, poi, ha disposto che il richiamo al comma 7 dell’art. 113 TUEL (contenuto nell’art. 150) è sostituito dal richiamo all’art. 3, comma 1, del medesimo regolamento, il quale rinvia all’art. 23-bis, comma 2, concernente il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali in via ordinaria.*

*La disposizione da ultimo citata stabilisce in modo espresso (comma 1, secondo periodo) che le sue norme si applicano a tutti i settori di SPL (tranne alcuni esclusi, tra cui non è compreso il servizio idrico), prevalendo sulle normative di settore e, quindi, anche su quella relativa al servizio idrico.*

*Ne deriva che l’abrogazione referendaria dell’art. 150 del Codice dell’ambiente (attualmente consistente, peraltro, in una mera armonizzazione delle norme sul servizio idrico integrato con quelle, già autoapplicative, dell’art. 23-bis), in difetto dell’abrogazione di quest’ultima norma, non è idonea a far venire meno l’applicazione al solo servizio idrico delle forme di gestione fissate, anche per tale servizio, proprio dal detto art. 23-bis. In altre parole questo articolo è*

*applicabile al settore idrico indipendentemente dalla vigenza dell'art. 150 del codice dell'ambiente.*

*Per i limiti strutturali suoi propri, lo strumento referendario applicato a detta norma – in quanto di natura ablativa e privo, dunque, di efficacia propositiva o additiva – non è in grado nell'attuale quadro normativo di escludere l'efficacia dell'art. 23-bis per il solo settore idrico”.*

Premesso ciò, la Corte concludeva affermando l'inammissibilità del referendum, in quanto il quesito in esame si rivelava inidoneo e non coerente rispetto al fine che l'iniziativa referendaria si propone, e cioè di rendere inapplicabile al servizio idrico integrato la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei SPL di rilevanza economica.

Con la sentenza n. 26 del 26 gennaio 2011 veniva, poi, dichiarata l'ammissibilità della richiesta referendaria per l'abrogazione dell'art. 154, comma 1, Codice dell'Ambiente, limitatamente alle parole: *«dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito»*.

Stante il compito della Corte Costituzionale di valutare il rispetto dei limiti di cui all'art. 75 Costituzione, nonché la sussistenza dei requisiti concernenti la formulazione del quesito referendario, nella decisione si leggeva in primo luogo che la disposizione oggetto del quesito non era né norma a contenuto costituzionalmente vincolato, né norma costituzionalmente necessaria, né tanto meno, in caso di abrogazione, si sarebbe creata una situazione di contrasto con la normativa comunitaria.

Sotto quest'ultimo profilo, infatti, secondo la Corte il carattere remunerativo della tariffa non poteva essere definito elemento caratterizzante la nozione di rilevanza economica del servizio idrico integrato.

In base alla nozione comunitaria di “rilevanza economica” era solamente necessario che l'attività venisse svolta con metodo economico, e cioè doveva essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante ricavi.

Infine, la Corte riteneva che, sotto il profilo della chiarezza, omogeneità e coerenza, il fine di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua, era idoneamente perseguito dal quesito referendario in questione.

Con la sentenza n. 27 del 26 gennaio 2011 la Corte dichiarava l'inammissibilità del quarto, nonché ultimo, quesito referendario avente ad oggetto l'abrogazione dell'art. 23-bis, comma 10, lettera d), del D.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, nel testo risultante per effetto di modificazioni ed integrazioni successive, limitatamente alle parole «*nonché in materia di acqua*» e dell'art. 15, comma 1-ter, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, nel testo risultante per effetto di modificazioni ed integrazioni successive, limitatamente alle parole «*di cui all'articolo 23-bis del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008,*», nonché alle parole «*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*».

La ratio di tale pronuncia di inammissibilità, si leggeva nella sentenza, era conseguenza della mancanza dei requisiti di chiarezza ed univocità richiesti dalla giurisprudenza della Corte.

Quest'ultimo quesito di abrogazione referendaria non aveva ad oggetto, per l'appunto, la complessiva disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma solo frammenti di disposizione non idonei ad incidere in modo significativo su di essa.

E' bene, infatti ricordare, che la Corte, in sede di giudizio di ammissibilità deve valutare separatamente ciascun quesito referendario, anche nel caso in cui sia stata dichiarata legittima dall'Ufficio centrale per il referendum una pluralità di quesiti attinenti alla stessa materia.



Esula dall'esame della Consulta ogni valutazione circa la complessiva coerenza dei diversi quesiti incidenti sulla stessa materia e, quindi, non ha alcun rilievo neppure l'eventualità che essi siano stati proposti, in tutto o in parte, dai medesimi promotori.

Pertanto, la non univocità di quest'ultimo quesito referendario non poteva essere di certo completata in relazione agli altri quesiti proposti.

Svolta questa breve parentesi, in riferimento, *in primis*, all'art. 23-bis, comma 10, lett. d, era evidente che in caso di esito positivo del referendum la conseguenza sarebbe stata trovarsi in una situazione in cui il Governo sarebbe stato privato della possibilità di armonizzare la disciplina generale dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato con la disciplina di settore dello stesso servizio.

Secondo i Giudici costituzionali ciò sarebbe stato intrinsecamente contraddittorio in quanto da un lato sarebbe rimasto il generale rispetto per l'intervenuta riforma generale dell'affidamento della gestione del SPL di rilevanza economica (anche idrico), dato che il quesito riguardava un piccolo frammento della norma di riferimento, e, dall'altro, si sarebbe impedito l'armonizzazione della disciplina del settore idrico con quella generale.

Ma la contraddittorietà, secondo i Giudici emergeva anche sotto un altro profilo. Se da un lato *“la suddetta abrogazione di parte del comma 10, lettera d), dell'art. 23-bis sembra volta ad ostacolare, in qualche misura, l'armonica applicazione al servizio idrico della normativa generale concernente l'affidamento mediante gara pubblica della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'abrogazione del sopra indicato frammento del comma 1-ter dell'art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009, per un verso, sembra diretta a produrre l'opposto effetto di favorire l'ente pubblico locale, in quanto non più tenuto ad applicare il principio di autonomia del soggetto gestore del servizio idrico, e, per altro verso, pare avere l'intento di indebolire la posizione dell'ente locale, sembrando voler escludere, per il servizio idrico integrato,*

*l'operatività dei principi della piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, nonché della riserva esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo di tali risorse”.*

Tutto ciò premesso, la Corte concludeva sottolineando come l'eterogeneità e la frammentarietà delle disposizioni di cui si chiedeva l'abrogazione, in una con la sottolineata intrinseca incertezza e contraddittorietà dell'intento referendario, rendevano quest'ultimo requisito privo di univocità e chiarezza e, quindi, inammissibile.

## **II) RISULTATI, EFFETTI E RIFLESSI DELL'ESITO REFERENDARIO.**

La disciplina normativa del referendum abrogativo ex art. 75 Costituzione è contenuta nella Legge Costituzionale n. 1 del 1953 e nella Legge n. 352 del 1970.

Proprio quest'ultima fonte di diritto prevede, al suo articolo 34, che una volta ricevuta notizia della sentenza di ammissibilità della Corte, il Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, indice con decreto referendum, fissando la data di convocazione degli elettori in una domenica compresa tra il 15 aprile e il 15 giugno.

Ai sensi dell'art. 37, invece, sempre della medesima Legge, in caso di esito positivo, il Presidente della Repubblica ha il compito di dichiarare con decreto l'avvenuta abrogazione della legge.

Tale abrogazione ha effetto a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale.

Come è noto, i due quesiti referendari riguardanti l'art. 23 bis e l'art. 154, 2° comma (in parte) del D.lgs. n. 152 hanno avuto esito positivo e con decreti del Presidente della Repubblica n. 113 e n. 116 del 18 luglio 2011 (pubblicati sulla G.U. n. 167 del 20 luglio 2011) le norme in questione sono state abrogate.

In ordine, poi, agli effetti dell'esito referendario, occorre rilevare che le due caratteristiche principali sono che l'eventuale abrogazione ha effetti *ex nunc* (e

cioè, come si è già detto, dalla pubblicazione del decreto nella G.U.) e non *ex tunc* e che nel caso di specie, le norme già abrogate dall'art. 23 bis e dal suo regolamento non rivivono.

Nei paragrafi che seguono si tratterà quello che nel frattempo è successo, in quanto, come è noto, dopo l'esito referendario, il governo ha emanato una nuova disciplina in tema di servizi pubblici locali che riproduce, in sostanza, l'art. 23 bis abrogato (anzi la nuova norma è una summa tra il vecchio art. 23 bis ed il suo regolamento), escludendo dall'ambito di applicazione della medesima (oltre ai settori già esclusi in precedenza) anche il servizio idrico integrato.

Sulla legittimità costituzionale di tale nuova normativa si dirà infra, così come si avrà modo di individuare, senza nessuna presunzione di esaustività, la normativa residuale ora applicabile al servizio idrico integrato.

Uno dei temi peraltro più delicati connessi all'esito referendario e che prescinde dalla nuova normativa approvata dal legislatore è l'applicabilità del regime transitorio previsto dal comma 8 dell'art. 23 bis, posto che la sua abrogazione, come più volte detto, ha effetti *ex nunc*.

Sono dell'avviso che, in relazione a tale previsione, bisogna fare dei distinguo.

La disciplina che ha già avuto esecuzione (come, ad esempio, le ipotesi di cessazione del servizio al 31 dicembre 2010 previste dalla lettera e) del comma 8), è evidente che non può essere "toccata" dall'abrogazione successiva dell'art. 23 bis.

Visto, poi, che l'abrogazione interviene prima del 31 dicembre 2011 e, quindi, prima del 30 giugno 2013 e del 31 dicembre 2015 (fattispecie previste rispettivamente dalle lettere a, b e d) è invece evidente che gli obblighi di privatizzazione previsti dalle predette disposizioni non dovranno essere più rispettati.

In buona sostanza, con l'abrogazione dell'art. 23 bis, sono dell'avviso che gli affidamenti in essere rimarranno validi a tutti gli effetti, fatte salve le ulteriori norme che potranno essere in seguito emanate (nelle specie l'art. 4 della L. n.

148/2011, ovviamente per quei servizi che rientrano nel suo ambito di applicazione).

Vi è, infine, la particolare ipotesi di “sanatoria” prevista dalla lettera d) del comma 8 che recava una previsione analoga all’art. 113, comma 15 bis..

Già l’art. 113, comma 15 bis, aveva determinato, proprio perché si trattava di una sanatoria, il diritto a proseguire, per coloro che si trovavano in quelle particolari condizioni, la gestione del servizio (cfr. Cons. Stato Sez. V, 19 febbraio 2004 n. 679).

L’art. 113, comma 15 bis, è stato poi abrogato dall’art. 23 bis che, a sua volta, ha introdotto una “sanatoria” analoga per i soggetti che si trovavano, anche in questo caso, nelle condizioni richieste dalla norma stessa (e cioè affidamento assentito alla data del 1 ottobre 2003 ed esistenza della quotazione in borsa a quella data).

A mio avviso l’abrogazione *ex nunc* della norma non fa venir meno il diritto a proseguire la gestione già maturata, mentre vengono meno gli obblighi di privatizzazione previsti dall’art. 23 bis.

Non bisogna poi dimenticare che la nuova normativa in materia di servizi pubblici fa salve le procedure di affidamento già avviate in precedenza, il che è un’ulteriore conferma della permanenza delle gestioni in essere.

### **III) INDIVIDUAZIONE DELLA NORMATIVA VIGENTE IN TEMA DI SERVIZIO IDRICO INTEGRATO DOPO L’ESITO REFERENDARIO**

Come rilevato, a seguito del referendum del 12-13 giugno 2011. è stata sancita l’abrogazione dell’art. 23-bis e l’effetto abrogativo si è realizzato con decorrenza dal 21 luglio 2011, dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del Decreto del Presidente della Repubblica 18 luglio 2011 n. 113.

A seguito del citato referendum, è stato poi emanato il D.L. 138/2011, convertito nella legge n. 148/2011, il cui art. 4 ("*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell’unione europea*"),

ha colmato – almeno in parte - il predetto vuoto normativo ed ha così ripristinato nel nostro ordinamento nazionale una disciplina organica in materia.

È appena il caso di osservare che tale disposizione in realtà ripropone, con poche varianti, la precedente disciplina abrogata dal referendum.

Siccome previsto dal comma 34 del citato art. 4, sono, peraltro, esclusi dall'applicazione della disposizione *de qua* il servizio idrico integrato (ad eccezione di quanto previsto dai commi da 19 a 27), il servizio di distribuzione del gas naturale (D.lgs. n. 164/2000), il servizio di distribuzione di energia elettrica (D.lgs. n. 79/1999 e legge n. 239/2004), il servizio di trasporto ferroviario regionale (D.lgs. n. 422/1997) nonché la gestione delle farmacie comunali (legge n. 475/1968).

Venendo ora più specificamente all'oggetto del presente paragrafo, come visto poc'anzi, il comma 34 dell'art. 4 del D.L. n. 138/2011 sottrae il servizio idrico integrato dalla disciplina in esso contenuta e ciò, affermano i commentatori della novella legislativa, al fine di rispettare la volontà popolare espressa nel referendum dello scorso giugno.

Dell'art. 4 troveranno applicazione nei riguardi del servizio idrico integrato solo le disposizioni in tema di incompatibilità (commi da 19 a 27), di cui se ne farà brevi cenni.

Si tratta delle disposizioni già contenute nell'articolo 8 dell'abrogato regolamento di cui al D.P.R. n. 168/2010, rubricato *Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione*, cui è stata aggiunta la previsione contenuta nel comma 26 dell'articolo 4 in esame.

Quanto all'applicabilità delle norme in esame, in base a quanto previsto dal comma 27, *“le incompatibilità e i divieti di cui ai commi dal 19 al 26 si applicano alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto”*.

Tanto precisato, prima di individuare quale sarebbe la normativa comunitaria applicabile al settore idrico, va verificato se nel nostro ordinamento esistono

norme che disciplinano il settore in questione, pur con l'abrogazione disposta dall'art. 23 bis.

Occorre in primo luogo evidenziare che non tutte le norme contenute sia nell'art. 113 del D.lgs. n. 267/2000, sia nell'art. 35 della legge n. 448/2001 sono state abrogate dall'art. 23 bis e dalle norme previgenti, di talchè occorre individuare quali sono eventualmente ancora in vigore e se assumono rilevanza per il servizio idrico integrato.

Per quanto riguarda il D.lgs. n. 267/2000, sono ancora in vigore l'art. 113, commi 1, 2, 3, 4, 5 ter, 9, 10, 11, 12 e 13, nonché gli artt. 114, 115, 117 e 118, mentre con riguardo all'art. 35 della legge n. 448/2001 sono ancora in vigore i commi 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 e 14.

Ma la norma che assume più rilievo è sicuramente l'art. 150 del D.lgs. n. 152/2006, riguardante proprio le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato ed uno dei temi più dibattuti è se sia ancora in vigore o no.

Si è già avuto in precedenza occasione di evidenziare che l'abrogazione dell'art. 23 bis in conseguenza del referendum non fa rivivere le norme già abrogate dallo stesso art. 23 bis per il periodo di vigenza del medesimo.

Conseguentemente, se l'art. 150 del D.lgs. n. 152/2006 era già stato abrogato totalmente dall'art. 23 bis, esso certamente non rivive.

A mio avviso gli argomenti a favore di una parziale e non totale abrogazione dell'art. 150 possono essere i seguenti.

In primo luogo l'art. 12 del D.P.R. 7 settembre 2010 n. 168 (e cioè il regolamento di attuazione dell'art. 23 bis) ha individuato le norme da intendersi abrogate dall'entrata in vigore del regolamento stesso (e cioè dal 27 ottobre 2010).

Tra queste norme vi è l'art. 150, comma 1 del D.lgs. n. 152/2006, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione.

Da ciò si ricava una prima importante riflessione: innanzitutto se il legislatore dell'art. 23 bis avesse voluto abrogare totalmente l'art. 150 non si sarebbe limitato a richiamare solo il primo comma (rectius, solo una parte del primo comma), ma, più semplicemente, avrebbe richiamato la norma nel suo complesso.

Anzi, proprio perché il regolamento ha richiamato solo una parte del primo comma dell'art. 150, evidenzia che il resto della norma -con le precisazioni che infra si diranno- non è stata totalmente abrogata.

D'altra parte le disposizioni contenute nel D.lgs. n. 152/2006 sono "*rafforzate*", come previsto dall'art. 3 bis dello stesso decreto e cioè possono essere abrogate, derogate o modificate solo per dichiarazione espressa da successive leggi e non è pertanto ammessa l'implicita abrogazione.

Anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 25/2011, con cui è stato dichiarato inammissibile il referendum sull'art. 150 del D.lgs. n. 152/2006, ha evidenziato che l'art. 150 è stato parzialmente abrogato solo nelle parti in cui richiamava l'art. 113 -che era stato parzialmente ma espressamente abrogato dall'art. 23 bis e dal regolamento di attuazione- rimanendo in vigore per il resto. Conseguentemente l'art. 150, "*emendato*" delle parti che richiamano l'art. 113, prevede quanto segue:

- L'Autorità d'Ambito fino al 31 dicembre 2011 -o chi la sostituirà dopo la suddetta data per effetto dell'art. 2, comma 186 bis della Legge n. 191/2009, introdotto dall'art. 1, comma 1 quinquies della Legge n. 42/2010- è l'unico soggetto competente a deliberare la forma di gestione del servizio idrico integrato nel contesto dell'ambito territoriale ottimale, nel rispetto del principio dell'unitarietà della gestione e del piano d'ambito (cfr. 1° comma);
- L'ambito di azione dei soggetti individuati come gestori è tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale (cfr. 4° comma);

- Le tre forme di gestione del servizio idrico integrato sono la gara, da esperirsi sulla base dei principi comunitari, la costituzione di una società in house, qualora ricorrano obiettive ragioni tecniche ed economiche e la società mista, purchè il socio privato sia scelto con gara (cfr. 2° e 3° comma).

Le tre forme di gestione menzionate dall'art. 150 trovano comunque il proprio fondamento nei principi del Trattato UE e nelle varie comunicazioni interpretative che si sono occupate delle concessioni e dei partenariati pubblici privati, di talchè, anche nell'ipotesi in cui si ritenga che l'art. 150 sia stato abrogato, è indubbio che si possa procedere comunque nel senso sopra menzionato.

Ciò che mi sembra più rilevante al fine di sostenere la sopravvivenza dell'art. 150, è la previsione secondo cui il gestore (chiunque esso sia) deve svolgere il servizio per tutti gli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale.

L'art. 150 non ammette, quindi, una gestione frammentata, né tantomeno che i singoli comuni procedano autonomamente alla gestione del servizio idrico integrato.

Se si ritenesse abrogato integralmente l'art. 150, potrebbe non essere riconosciuto l'ambito territoriale ottimale come dimensione minima su cui esercitare il servizio idrico integrato.

D'altra parte se è prevista entro il 31 dicembre 2011 (e cioè quando scomparirà l'ATO per effetto dell'art. 2, comma 186 bis della Legge n. 191/2009, introdotto dall'art. 1, comma 1 quinquies della Legge n. 42/2010) l'abrogazione dell'art. 148, 5° comma (e cioè la facoltà dei comuni fino a 1.000 abitanti di gestire autonomamente il servizio idrico integrato), a maggior ragione si deve ritenere non ammissibile una gestione frammentata e l'attuale vigenza dell'art. 150, 1° e 4° comma.



Ad ulteriore sostegno di ciò si rileva che l'art. 147 del D.lgs. n. 152/2006 stabilisce che i servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali, definiti dalle Regioni in attuazione della L. n. 36/1994 (cfr. 1° comma). Le Regioni possono sicuramente modificare la dimensione degli ambiti, nel rispetto peraltro dei seguenti principi:

- Unità del bacino idrografico;
- Unitarietà della gestione e superamento della frammentazione verticale delle gestioni;
- Adeguatezza delle dimensioni gestionali.

Tutto ciò sta ad evidenziare che una gestione del servizio da parte dei singoli Comuni non è -in linea di massima- rispettosa dei suddetti principi.

Si è già detto che entro il 31 dicembre 2011 (fatta salve ulteriori proroghe della legge) le Regioni devono approvare delle disposizioni legislative per individuare il nuovo soggetto che prenda il posto dell'ATO.

Per l'ipotesi che le Regioni non provvedono in tal senso e la norma di soppressione dell'ATO non venga ulteriormente prorogata, occorre chiedersi quale sia il soggetto e/o i soggetti che possano assumere tale ruolo.

Non mi sembra che i singoli Comuni possano farlo in quanto si deve trattare di un soggetto in grado di decidere per tutto l'ambito territoriale già in precedenza definitivo.

Non sembra neppure percorribile che i Comuni decidono in forma consorziata, posto che il comma 186 dell'art. 2 della L. n. 130/2009 ha soppresso i consorzi di funzioni tra enti locali.

E' pur vero, peraltro, che la nuova manovra finanziaria (cfr art. 16 L. n. 148/2011) prevede l'obbligo per i Comuni fino a 1.000 abitanti e la facoltà per quelli di popolazione superiore di esercitare le funzioni ed i servizi pubblici in forma associata ma solo dopo la data prevista al comma 9 dello stesso art. 16 (e cioè dopo il primo rinnovo del consiglio comunale che si terrà dopo il 13 agosto 2012).

Per quanto riguarda le modalità di gestione del servizio idrico integrato ho già detto in precedenza, al di là della sopravvivenza o meno dell'art. 150 del D.lgs n. 152/2006, che le tre forme sono, in via prioritaria, la gara o la società mista (in quanto anche per la ricerca del socio privato deve essere sempre esperita la gara) ed in via residuale la società in house.

Possono sorgere dei dubbi se sia possibile, allo stato, ricorrere al consorzio di Comuni o all'azienda speciale.

L'art. 35, 8° comma della L. n.448/2001 prevedeva, infatti, per i servizi aventi rilevanza economica -tra cui rientra anche il servizio idrico integrato- l'obbligo di trasformazione entro il giugno 2003 dei consorzi e delle aziende speciali in società di capitali.

Tale previsione -seppure collocata in uno spazio temporale ormai trascorso- sembra esprimere il disfavore del legislatore per questa modalità di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica: se dopo il giugno 2003 tutti i consorzi e le aziende speciali devono essere trasformate necessariamente in società di capitali, sembra un po' difficile sostenere che ora sia possibile costituire ex novo un consorzio od un'azienda per espletare il servizio idrico integrato.

A tal riguardo si può invocare il parere della Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche del 21 marzo 2011 che si riporta integralmente *“Vista la nota del 25 gennaio 2011, con la quale l'AATO di                    ha chiesto il parere di codesta Commissione circa la corretta applicazione del d.l. 112/2008, art. 23 bis, c. 8, lett. a) secondo cui “le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta “in house” cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2”.*

*Specificamente l’Autorità chiede se la predetta norma si applichi anche alle società a totale capitale pubblico che gestiscono il servizio idrico integrato, o soltanto suoi segmenti, in virtù di un affidamento non effettuato dall’Autorità stessa, bensì preesistente alla emanazione della l. n. 36/94 oppure disposto dai comuni successivamente alla l. n. 36/94.*

*RELATORE il commissario Guido Cace;*

*la Commissione*

*esprime il seguente parere.*

*La Commissione è dell’avviso che, riguardo al quesito proposto, la risposta non possa che essere negativa.*

*Questa conclusione trova da ultimo conforto nella sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale, laddove essa, da un lato, ha puntualizzato che “rilevato che ... già l’art. 35 della legge n. 448 del 2001, nel sostituire l’art. 113 TUEL, aveva escluso per i servizi pubblici locali «di rilevanza industriale» (secondo la definizione dell’epoca; poi definiti «di rilevanza economica» per effetto dell’art. 14 del decreto-legge n. 269 del 2003, modificativo, appunto, dell’art. 113 TUEL) ogni gestione diretta, in economia oppure tramite aziende speciali, da parte dell’ente pubblico. Lo stesso art. 35, al comma 8, aveva altresì imposto alle aziende speciali esistenti di trasformarsi in società di capitali entro il 31 dicembre 2002. L’esclusione della gestione diretta non è dunque innovativamente disposta, ma solo mantenuta, dall’art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008...”; dall’altro lato, ha precisato che “la proroga della durata delle «concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall’evidenza pubblica», di cui al ... comma 8, va intesa come riferita non agli affidamenti in house non rispettosi della normativa comunitaria ..., ma solo a quelli che, benché in origine rispettosi della normativa comunitaria e nazionale, risultano privi dei requisiti oggi richiesti dal censurato art. 23-bis. Ne consegue che tale previsione è ragionevole -e dunque legittima-, perché non opera alcuna sanatoria, ma si limita a stabilire una disciplina transitoria per*

*modulare nel tempo gli effetti del divieto di utilizzazione in via ordinaria dello strumento della gestione in house”.*

*Dalla decisione della Corte discende, infatti, non soltanto che cessano alla data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, gli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 dell’art. 23-bis e non rientranti nelle ipotesi di cui da a) a c) del richiamato comma 8, ma anche che perdura, e viene riconfermato, il divieto di qualsivoglia forma di gestione diretta oppure tramite aziende speciali del servizio idrico integrato.*

*Detto altrimenti, a decorrere dall’1.1.2011 per un verso cessano gli affidamenti -se “diretti” – non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 dell’art. 23-bis e non rientranti nelle ipotesi di cui da a) a c) del richiamato comma 8, e, per altro verso, continua ad essere vietata qualsivoglia forma di gestione diretta, oppure tramite aziende speciali, del servizio idrico integrato.*

*D’altra parte, ogni affidamento che sia stato disposto da singoli comuni dopo l’emanazione della l. n. 36/94 sconta un originario vizio di illegittimità perché posto in essere da un organismo che, pur rimanendo titolare delle competenze relative al servizio idrico integrato, è divenuto privo della legittimazione ad esercitarle uti singulus, in quanto la stessa è stata intestata ex lege, a partire da quel momento, all’Autorità d’ambito.”*

In ogni caso, anche nell’ipotesi in cui si ritenga ciò ammissibile, sia il consorzio di Comuni che l’azienda speciale devono ritenersi equiparati -come modalità di gestione- alle società in house, di talché l’Amministrazione deve indicare le ragioni tecniche ed economiche (vedi infra) per cui ritiene di preferire siffatta modalità di gestione alla procedura ad evidenza pubblica.

Va poi nuovamente rammentato che il D.lgs. n. 152/2006 impone che il servizio idrico integrato sia svolto in modo unitario per tutto l’ambito territoriale ottimale.

Conseguentemente non sembra corretto che ciascun singolo Comune possa autonomamente gestire il servizio in questione.

Un altro profilo da affrontare -già in qualche modo lambito in precedenza- riguarda le modalità di affidamento del servizio idrico integrato ad una società in house.

Con l'abrogazione dell'art. 23 bis per effetto del referendum, non sono più richieste quelle speciali ed eccezionali circostanze (una sorta di "*mission impossible*") imposte dalla precedente normativa per poter ricorrere alla gestione in house né bisogna procedere alla privatizzazione "*forzata*" delle società esistenti.

Occorre ovviamente rispettare le tre condizioni richieste dal diritto comunitario (e cioè 100% capitale pubblico, controllo analogo e attività prevalente per l'ente di riferimento) ma non vi sono i limiti di carattere economico previsto dalla norma normativa sui servizi pubblici di cui all'art. 4 della L. n. 148/2011.

C'è da chiedersi se il soggetto che sarà deputato alla scelta del gestore possa indifferentemente procedere alla gara ad evidenza pubblica od alla costituzione di una società in house.

Alcuni commentatori ritengono che ciò sia ammissibile, soprattutto stante il momento di (apparente) vuoto normativo che interessa il servizio idrico integrato a seguito dell'abrogazione dell'art. 23 bis

In realtà tale prospettazione non mi sembra condivisibile e ciò per il seguente ordine di ragioni.

In primo luogo l'art. 150 del D.lgs. n. 152/2006, allorquando parla di società in house, menziona "*obiettive ragioni tecniche ed economiche*" tra i presupposti per poter procedere a questa modalità di gestione.

In secondo luogo occorre ricordare che la giurisprudenza comunitaria ha pacificamente statuito che è legittimo l'affidamento diretto di servizi di interesse economico generale a società in house solo quando l'espletamento di procedure di gara possa ritenersi ostativo alla "*missione*" ad essa affidata (cfr., tra le tante,

Corte Giustizia 11 gennaio 2005 “*Stadthalle*”), in ottemperanza a quanto previsto dall’art. 106 del Trattato UE.

Da ciò si evince la natura derogatoria e residuale del ricorso alla società in house, circostanza che impone una puntuale e dettagliata motivazione in tal senso, da evidenziare nel provvedimento amministrativo che procede a tale scelta.

Ciò vale, a mio avviso, non solo per la società in house nel servizio idrico integrato ma anche per le altre società disciplinate dall’art. 4 della L. n. 148/2011, anche se tale norma sembra imporre il solo limite economico di 900.000 Euro annui.

Fermo restando quanto sopra esposto in ordine all’individuazione delle norme interne che disciplinano l’affidamento del servizio idrico integrato, occorre ora analizzare quali sono le norme che governano l’esperimento delle gare nello specifico settore in esame.

Si è detto che l’art. 150 –norma che si ritiene tutt’ora in vigore, con la sola esclusione della seconda parte del primo comma- richiama i principi e le norme comunitari.

Anche nell’ipotesi in cui si ritenga che tale norma sia stata abrogata, soccorre comunque l’art. 30 del D.lgs. n. 163/2006, il quale è applicabile in caso di concessione di servizi.

Tale disposizione impone, al secondo comma, che il concessionario sia scelto nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici.

Venendo ora ai principi comunitari, nel caso di ricorso al mercato, come noto, il diritto comunitario impone il rispetto dei principi generali di tutela del mercato/della concorrenza individuati dal Trattato istitutivo della CE agli artt. 39 (libera circolazione dei lavoratori all’interno della Comunità), 43 (libertà di stabilimento), 48 e 81 (intese restrittive della concorrenza).

In particolare, i principi europei per l'affidamento delle concessioni di servizi sono la trasparenza, l'adeguata pubblicità, la non discriminazione, la parità di trattamento, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità, principi tutti richiamati espressamente dall'art. 30 del D.lgs. n. 163/2006.

I principi *de quibus* sono chiaramente spiegati nella comunicazione interpretativa della Commissione del 12 aprile 2000.

Per quanto concerne il principio di parità di trattamento, secondo una costante giurisprudenza della Corte, *«il principio generale di uguaglianza, di cui il divieto di discriminazione a motivo della cittadinanza è solo un'espressione specifica, è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario. Questo principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata»*.

La Corte ha, inoltre, precisato che il principio di parità di trattamento, del quale sono specifica espressione gli articoli 43 (ex 52) e 49 (ex 59) del trattato *«vieta non solo le discriminazioni palesi a motivo della cittadinanza, (.....) ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in prativa le stesse conseguenze»*.

Il principio di parità di trattamento implica, in particolare, che le regole del gioco siano conosciute da tutti i potenziali concessionari e si applichino a tutti nello stesso modo. Risulta dalla giurisprudenza della Corte, in particolare dalla sentenza *Raulin* e dalla sentenza *Parlamento/Consiglio*, che l'osservanza del principio di parità di trattamento esige non soltanto la fissazione di condizioni d'accesso non discriminatorie all'attività economica, ma altresì che le autorità pubbliche adottino ogni misura atta a garantire l'esercizio di tale attività.

La Commissione ricorda che la Corte, nella sua giurisprudenza, ha sottolineato la correlazione tra il principio della trasparenza ed il principio della parità di trattamento, di cui mira ad assicurare l'effetto utile garantendo condizioni di concorrenza non falsate.

La Commissione constata che nella quasi totalità degli Stati membri esistono regole o prassi amministrative in materia di concessioni secondo le quali gli enti che intendano affidare ad un terzo la gestione di un'attività economica devono, per garantire un minimo di trasparenza, rendere pubblica la loro intenzione con modalità appropriate.

Come confermato dalla Corte nella sua più recente giurisprudenza, il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità implica un obbligo di trasparenza al fine di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di garantire il rispetto.

La trasparenza può essere garantita con ogni mezzo appropriato, compresa la pubblicazione, in funzione e per tenere conto delle specificità del settore in questione. Siffatte forme di pubblicità contengono, in generale, le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari possano decidere se sono interessati a partecipare alla procedura (ad esempio, criteri di selezione e di attribuzione, ecc.), ivi compreso l'oggetto della concessione nonché la natura ed estensione delle prestazioni attese dal concessionario.

La Commissione ritiene che, in tali condizioni, l'obbligo di trasparenza sia rispettato.

Quanto poi al principio di proporzionalità, per giurisprudenza costante, la Corte considera detto principio come «*facente parte dei principi generali del diritto comunitario*»; in tale contesto, le autorità nazionali sono tenute ad osservare tale principio nell'applicazione del diritto comunitario anche quando esse dispongano di un ampio margine discrezionale.

Il principio di proporzionalità esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti. Uno Stato membro, infatti, nella scelta dei provvedimenti da adottare, deve ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio di un'attività economica.



Applicato alle concessioni, questo principio, pur lasciando alle organizzazioni concedenti la facoltà di definire, in particolare in termini di prestazioni e di specifiche tecniche, l'obiettivo da raggiungere, esige, però, che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario e adeguato in relazione all'obiettivo fissato.

Ad esempio, uno stato membro non può esigere, ai fini della selezione dei candidati, capacità tecniche, professionali o finanziarie sproporzionate o eccessive rispetto all'oggetto della concessione.

Il principio di proporzionalità esige anche che la concorrenza si concili con l'equilibrio finanziario; la durata della concessione deve dunque essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza più di quanto sia necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali investiti in misura ragionevole, pur mantenendo sul concessionario il rischio derivante dalla gestione.

Per quanto concerne, infine, il principio di mutuo riconoscimento, esso è stato affermato dalla Corte e progressivamente precisato in una vasta giurisprudenza in materie di libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi.

In base a tale principio, uno Stato membro è tenuto ad accettare i prodotti e i servizi forniti da operatori economici di altri paesi della Comunità, nella misura in cui tali prodotti e servizi rispondano in modo equivalente alle esigenze legittimamente perseguite dallo Stato membro destinatario.

L'applicazione di questo principio alle concessioni implica, in particolare, che lo Stato membro in cui la prestazione è fornita sia tenuto ad accettare le specifiche tecniche, i controlli nonché i titoli, i certificati e le qualifiche prescritti in un altro Stato membro, nella misura in cui essi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione.

Vi è poi la Comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008, la quale, illustra quelle che, secondo la Commissione, devono essere le modalità d'applicazione

delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni in caso di costituzione e gestione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati. Obiettivo della citata Comunicazione interpretativa è – si legge nella stessa Comunicazione – accrescere la certezza del diritto e, soprattutto, dare una risposta alle preoccupazioni espresse da più parti circa l'applicazione del diritto comunitario alla partecipazione di partner privati nei PPP, vista da alcuni come un elemento che rischia di rendere tale formula poco attraente se non addirittura impraticabile.

La Comunicazione precisa, poi, che essa non introduce alcuna nuova normativa, ma riflette l'interpretazione data dalla Commissione al Trattato, alle direttive in materia di appalti pubblici e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Un'altra disposizione che può venire in rilievo è la Risoluzione del Parlamento europeo n. 2006/2043 in cui si prevede che la finalità dei contratti di partenariato pubblico-privato è quella di far beneficiare gli enti pubblici delle capacità operative delle imprese private come pure, se necessario, delle loro capacità finanziarie.

Questa stessa risoluzione è importante in quanto *“auspica termini transitori per i contratti in corso conclusi in buona fede a norma della legislazione nazionale, onde evitare incertezza giuridica”*.

In buona sostanza, si tratta di una disposizione che tutela l'affidamento delle gestioni in essere.

Sempre nella Risoluzione in questione il Parlamento europeo raccomanda agli Stati membri di tutelare gli interessi giuridici e finanziari degli “investitori” per l'intero periodo di validità del contratto, il che è un'altra disposizione a tutela delle gestioni in essere.

Con riguardo al ricorso a moduli societari misti, sia la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento e al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, risalente al 15 novembre 2005, che la Risoluzione del Parlamento europeo n. 2006/2043 (INI) sopra menzionata

concordavano nel ritenere che le forme di PPP, soprattutto quelle di tipo “istituzionalizzato”, non costituissero certamente l’anticamera di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche, quanto, piuttosto, un valido strumento alternativo alla stessa privatizzazione.

Ciò sta a significare che le società miste, non solo appaiono un meccanismo gestionale legittimo (cfr. anche art. 150, 2° comma del D.lgs. n. 152/2006 sopra citato) ma addirittura auspicabile in quanto alternativo a fenomeni di privatizzazione della funzione pubblica.

Del resto, lo stesso Parlamento europeo con la citata Risoluzione n. 2006/2043 ha mostrato attenzione nei confronti dello sforzo economico sostenuto dal privato investitore, coinvolto nella gestione di un servizio di interesse economico generale, al punto da ritenere opportuno che la durata dell’apporto partecipativo venisse tarata su un periodo di tempo sufficiente a garantire l’ammortamento dei costi, fermo restando che alla scadenza del rapporto fosse bandita una nuova gara per la scelta del *partner* privato al fine di scongiurare il pericolo di stabilizzazione della posizione del socio “operativo”.

Infine, appare utile rilevare che, laddove non si sia in presenza di una concessione bensì di un appalto di servizi, verranno in rilievo le norme contenute nel Codice degli appalti (D.lgs. n. 163/2006) e precisamente nella Parte III dedicata ai cosiddetti settori speciali (artt. 206/238).

Tale questione assume rilevanza soprattutto alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali che hanno affrontato la problematica della distinzione tra appalti e concessioni.

In particolare, al riguardo, molto interessante risulta una recentissima sentenza della V sezione del Consiglio di Stato (sentenza 9 settembre 2011, n. 5068), la quale ha precisato che *“le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimento dell’attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno*

*tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimentoale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato (cfr. Sez. VI 15 maggio 2002, n..2634).*

*Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, percependone il corrispettivo dall'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione, quindi, il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi.*

*Così, si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione".*

Ciò premesso, nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha inquadrato la fattispecie sottoposta al suo esame come appalto di servizi e non come concessione in quanto al di là del *nomen juris* attribuito al rapporto, qualificato appunto come concessione, la quasi totalità dei costi veniva sostenuta direttamente dal Comune e la rimanente quota era corrisposta dagli utenti, secondo tariffe approvate dalla giunta comunale.

Inoltre, il contratto di servizio prevedeva che nel caso in cui il gestore del servizio avesse ritenuto le tariffe approvate dal Comune non sufficienti a coprire i costi del servizio, l'ente locale avrebbe dovuto incrementare la contribuzione di cui sopra, che dall'85% salirebbe così verso la pressoché totale copertura diretta. Alla luce delle predette caratteristiche, il Consiglio di Stato ha dunque concluso nel senso di ritenere la fattispecie quale appalto di servizi e non quale concessione.

Se il meccanismo di contribuzione oggetto della pronuncia sopra citata risultasse in un certo qual modo paragonabile a quanto accade nel settore del servizio idrico integrato, nel quale la tariffa copre quantomeno i costi, allora, in tal caso, l'affidamento del servizio idrico integrato dovrebbe soggiacere alle disposizioni contenute nel Codice dei contratti relativi ai settori speciali (nei quali ricade il servizio idrico integrato) e cioè gli artt. da 206 a 238.

Qualche osservazione, a tal riguardo, deve essere fatta su come debba essere qualificato il servizio idrico integrato ed, in particolare, se esso abbia o meno una rilevanza di carattere economico.

Non vi è dubbio che la Corte Costituzionale ha sempre qualificato il servizio in questione come un servizio avente rilevanza economica (cfr. da ultimo Corte Cost. n. 325/2010 e n. 187/2011).

Tale qualificazione è sostanzialmente coincidente con la categoria “*servizio di interesse economico generale*” (SIEG) prevista dall'ordinamento comunitario e definita dalla giurisprudenza comunitaria.

Anche il D.lgs. n. 152/2006 sembra propendere per tale qualificazione visto che l'art. 141 stabilisce che il servizio idrico integrato deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Se il servizio idrico integrato rientra pertanto in tale nozione, è evidente allora che le modalità di scelta non possono che privilegiare l'espletamento di una gara ad evidenza pubblica, pena la violazione del principio di tutela della concorrenza e che il ricorso alle società in house è ammissibile solo allorquando l'Amministrazione competente è in grado di individuare le ragioni tecniche ed economiche che giustifichino l'omissione della gara stessa.

Un'ultima importante problematica nell'ambito del regime transitorio riguarda, infine, la questione della tariffa del servizio idrico integrato.

Più precisamente, occorre verificare se l'abrogazione della voce dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito ad opera del recente referendum abrogativo possa incidere immediatamente sul regime tariffario.

A mio avviso la risposta deve essere negativa, e ciò sotto diversi profili.

A tutt'oggi non è ancora stato emanato il decreto ministeriale di attuazione del metodo tariffario di cui all'art. 154.

L'art. 170, che appunto prevede la sopravvivenza del metodo normalizzato del 1996 fino a che non sarà emanato il nuovo decreto, non è stato toccato dall'abrogazione del referendum.

Conseguentemente è corretto ritenere che finchè non sarà emanato il decreto di cui sopra, gli ATO dovranno consentire ai gestori di continuare ad applicare le tariffe vigenti, calcolate sulla base del metodo normalizzato.

D'altra parte lo stesso comma 5 dell'art. 154 prevede che la tariffa è applicata dai soggetti gestori nel rispetto della convenzione e del disciplinare, di talchè è ad essi che bisogna fare riferimento per individuare, allo stato, la disciplina in materia di tariffe.

Questo riferimento alla convenzione e al disciplinare è importante in quanto è possibile sostenere che, proprio in ossequio a quanto previsto dall'art. 154, tutte le convenzioni stipulate prima della sua abrogazione non saranno colpite dagli effetti soppressivi, analogamente a quanto successo per il canone concessorio disciplinato dall'art. 153 del T.U. Ambiente.

Tale norma, operativa dall'aprile del 2006, ha, come è noto, introdotto il concetto di gratuità del canone concessorio, che era invece prima oneroso.

La Corte Costituzionale, interessata dalla questione, con la sentenza n. 246 del 24 luglio 2009, ha statuito che la disposizione in questione trova applicazione solo per le convenzioni stipulate dopo l'entrata in vigore della norma.

Tali principi sono applicabili al caso di specie e, quindi, il calcolo della tariffa secondo le nuove modalità dovrebbe riguardare solo le concessioni stipulate dopo l'abrogazione della norma stessa.

E' altresì evidente che un concessionario che abbia partecipato a una gara o comunque conseguito il servizio e stipulato il relativo contratto, ha tenuto conto

di un certo corrispettivo, ed è chiaro che la modifica della tariffa andrebbe ad incidere sull'assetto negoziale, così come era stato accettato e pattuito.

Il diritto al mantenimento della tariffa preventivamente concordata non nasce solo dalla pregressa pattuizione che ha ovviamente quantificato un certo corrispettivo contrattuale, ma anche dai principi, immanenti dell'ordinamento, che mirano a tutelare l'affidamento di posizioni maturate anche in osservanza del principio *tempus regit actum*.

Bisogna, poi, ricordare che il principio della tutela dell'affidamento non appartiene solo al nostro ordinamento interno, ma è espressione di un principio a livello comunitario, costantemente affermato da numerose sentenze della Corte di Giustizia UE nonché nella citata Risoluzione del Parlamento Europeo 2043/2006.

Ma al di là di questa verifica per le posizioni già maturate, va peraltro osservato che anche per le concessioni future il legislatore, nonostante l'esito referendario, non potrà prescindere dal ricomprendere nella tariffa una seppur minima remunerazione del capitale investito (a tal proposito si rileva che il referendum abrogativo ha inciso sulla parola "*adeguatezza*" che rileva più sulla misura della remunerazione che sulla possibilità di ricorso alla remunerazione stessa).

Diventa pertanto necessario operare una ricognizione di tutte le norme sia a livello comunitario, sia facenti parte dell'ordinamento nazionale che prevedono e disciplinano siffatto principio.

In primo luogo, occorre richiamare l'art. 117 del TUEL il quale testualmente prevede:

*"1. Gli enti interessati approvano le tariffe dei servizi pubblici in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione. I criteri per il calcolo della tariffa relativa ai servizi stessi sono i seguenti:*

*a) la corrispondenza tra costi e ricavi in modo da assicurare la integrale copertura dei costi, ivi compresi gli oneri di ammortamento tecnico-finanziario;*

- b) *l'equilibrato rapporto tra i finanziamenti raccolti ed il capitale investito;*
- c) *l'entità dei costi di gestione delle opere, tenendo conto anche degli investimenti e della qualità del servizio;*
- d) *l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerente con le prevalenti condizioni di mercato.*

*2. La tariffa costituisce il corrispettivo dei servizi pubblici; essa è determinata e adeguata ogni anno dai soggetti proprietari, attraverso contratti di programma di durata poliennale, nel rispetto del disciplinare e dello statuto conseguenti ai modelli organizzativi prescelti.*

*3. Qualora i servizi siano gestiti da soggetti diversi dall'ente pubblico per effetto di particolari convenzioni e concessioni dell'ente o per effetto del modello organizzativo di società mista, la tariffa è riscossa dal soggetto che gestisce i servizi pubblici.”*

Come si vede, uno dei criteri da osservare per il calcolo della tariffa, è l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito.

E' evidente, pertanto, che si potrebbe porre una netta disparità di trattamento tra la disposizione per la tariffa del servizio idrico integrato come scaturente a partire dall'art. 154 e la tariffa prevista per tutti gli altri servizi pubblici.

Addirittura si potrebbe profilare a tal riguardo un eventuale giudizio avanti la Corte Costituzionale volto ad accertare l'illogicità di siffatta disparità di trattamento.

Sempre nell'ambito della normativa interna si può ricordare l'art. 30 del Codice dei Contratti – norma fra l'altro ritenuta ora applicabile, come visto, in materia di affidamento del servizio idrico integrato dopo l'abrogazione del 23 bis - la quale espressamente prevede al comma 2: *“Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi*



*inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.”.*

Come si evince chiaramente da tale norma, al concessionario deve essere sempre garantito l'utile di impresa, di talchè nell'ipotesi che egli debba praticare agli utenti tariffe che non tengano conto di detto utile il soggetto concedente deve corrispondergli necessariamente un prezzo.

Altra disposizione volta ad assicurare l'equilibrio economico-finanziario e, quindi, un necessario utile d'impresa è l'art. 143 del Codice dei Contratti che disciplina la concessione di lavori pubblici.

Essa prevede al comma 4 che: *“Tuttavia, il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.*

*Nella determinazione del prezzo si tiene conto della eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore, relativamente all'opera concessa, secondo le previsioni del bando di gara.”*

Parimenti importante è la disposizione contenuta nel successivo comma 8 che recita testualmente: *“La stazione appaltante, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico - finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui ai commi 4 e 5 rispetto all'importo totale dei lavori, e dei*

*rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato. I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente.”*

Le due disposizioni sopra riportate sono assai importanti sia per le future convenzioni, in quanto impongono che al concessionario sia garantito l'utile di impresa anche quando deve praticare delle tariffe che non lo ricomprende, sia per le convenzioni in essere, in quanto prevedono l'obbligo per la Stazione Appaltante di garantire per tutta la durata del rapporto l'equilibrio economico finanziario, soprattutto allorquando vi siano delle modifiche alle condizioni di base derivanti da nuovi meccanismi tariffari.

Un ulteriore principio a sostegno di quanto sopra si rinviene, a livello comunitario, nella più volte citata risoluzione del Parlamento Europeo n. 2043 del 2006 che al punto 29 prevede che *“ritiene che le concessioni debbano avere una durata limitata, che dipende tuttavia dalla durata di ammortamento dell'investimento privato, affinché i candidati non siano esclusi troppo a lungo dalla concorrenza; ritiene che la durata delle relazioni di partenariato debba essere definita in maniera tale che la libera concorrenza sia in linea di massima*

*limitata solo se necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti, una remunerazione appropriata del capitale investito e il rifinanziamento di futuri investimenti”.*

Occorre, infine, menzionare una rilevante novità in materia di tariffe, introdotta dal cosiddetto D.L. “Sviluppo” (D.L. n. 70/2011).

Ci si riferisce, in particolare, all'art. 10, commi 11 e ss. del D.L. predetto, con i quali, come accennato sopra, è stata istituita l'Agenzia Nazionale di Vigilanza sulle Risorse Idriche.

Tale Agenzia è una vera e propria Authority, in quanto è un soggetto giuridico distinto ed è funzionalmente indipendente dal Governo.

All'Agenzia sono state attribuite molteplici funzioni e competenze, alcune sicuramente nuove e altre già spettanti alla Commissione Nazionale di Vigilanza sull'uso delle Risorse Idriche.

Ma vediamo quali sono queste nuove funzioni attribuite all'Agenzia, per quanto qui ci interessa.

Ci si riferisce in particolare alle competenze descritte alle lett. c), d), e), f), g), h) le quali stabiliscono:

*“c) definisce le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua, anche in proporzione al grado di inquinamento ambientale derivante dai diversi tipi e settori di impiego e ai costi conseguenti a carico della collettività;*

*d) predisporre il metodo tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati i principi del recupero dei costi ed il principio “chi inquina paga”, e con esclusione di ogni onere derivante dal funzionamento dell'Agenzia; fissa,*

*altresì, le relative modalità di revisione periodica, vigilando sull'applicazione delle tariffe, e, nel caso di inutile decorso dei termini previsti dalla legge per l'adozione degli atti di definizione della tariffa da parte delle autorità al riguardo competenti, come individuate dalla legislazione regionale in conformità a linee guida approvate con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare previa intesa con la Conferenza unificata, provvede nell'esercizio del potere sostitutivo, su istanza delle amministrazioni o delle parti interessate, entro sessanta giorni, previa diffida all'autorità competente ad adempiere entro il termine di venti giorni;*

*e) approva le tariffe predisposte dalle autorità competenti*

*f) verifica la corretta redazione del piano d'ambito, esprimendo osservazioni, rilievi e impartendo, a pena d'inefficacia, prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le Autorità d'ambito territoriale ottimale e i gestori del servizio idrico integrato;*

*g) emana direttive per la trasparenza della contabilità delle gestioni e valuta i costi delle singole prestazioni, definendo indici di valutazione anche su base comparativa della efficienza e della economicità delle gestioni a fronte dei servizi resi”.*

Come è possibile constatare dalla lettura delle disposizioni sopra riportate, si tratta di una revisione completa della disciplina in materia di tariffe, sia in ordine alle competenze, sia in ordine al contenuto della tariffa stessa.

Si può dunque ritenere che tale nuova disciplina sia sostitutiva e incompatibile con quella prevista dall'art. 154 del Dlgs 152/06.

D'altra parte, contrariamente a quanto previsto dall'art. 154, il nuovo metodo tariffario è di competenza dell'Agenzia e non del Ministero dell' Ambiente.

Lo stesso art. 10, comma 14, lett. d), che menziona tutte le voci della tariffa, ha un contenuto è parzialmente diverso da quello previsto nell'art. 154 stesso, di talchè è sostenibile che esso sia stato implicitamente abrogato o comunque non è

più attuabile, posto che la nuova norma sul Decreto Sviluppo prevede una nuova competenza in tal senso attribuita all’Agenzia, con le modalità ed i contenuti previsti nello stesso comma 14.

In tale situazione si può ritenere che le convenzioni attualmente vigenti non possono venire incise, quantomeno fino a che le nuove norme non riceveranno attuazione, a cominciare dalla istituzione dell’Agenzia, né potranno essere modificate le tariffe attualmente vigenti.

E ciò considerato che, in base alle nuove norme, sarà competenza della nuova Agenzia elaborare il modello delle nuove tariffe e l’AATO (o l’organismo che verrà individuato e deputato a svolgerne le funzioni) dovrà sottoporre ad essa le tariffe che predisporrà in osservanza del modello di cui sopra, ed altresì sarà sempre la nuova Agenzia a proporre le eventuali modifiche alle convenzioni esistenti.

In conclusione, sono dell’avviso che gli AATO, alla luce di tutto quanto sopra e del quadro normativo descritto e delineato, non possono procedere allo stato ad alcuna modifica né delle convenzioni in essere né della tariffa vigente ed applicata.

#### **IV) LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI CONTENUTA NELL’ART. 4 DELLA L. N. 148/2011: TROPPO RUMORE PER (QUASI) NULLA**

Sul tema delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali (cfr. art. 4 L. n. 148/2011) è il più completo –quanto ai contenuti- che finora il legislatore abbia prodotto; infatti il testo attuale ricomprende anche quanto nella fase precedente era suddiviso tra legge e regolamento di delegificazione.

Il paradosso è che questo pacchetto normativo si applica a due settori soltanto dei servizi pubblici locali, il ciclo dei rifiuti e, ma in termini assai limitati, il trasporto pubblico locale (TPL).

Infatti, in modo anche più preciso che nella versione precedente (art. 23-bis e relativo regolamento) , l’art. 4, comma 34, ”esclude” dalla nuova disciplina: il

servizio idrico integrato; il servizio di distribuzione del gas naturale; il servizio di distribuzione di energia elettrica; il servizio di trasporto ferroviario regionale; la gestione delle farmacie comunali; che restano soggetti esclusivamente a discipline settoriali.

In precedenza, invece l'art. 23 bis si limitava a far salve le normative di settore (gas, energia elettrica, farmacie e trasporto ferroviario regionale) il che certo non escludeva l'applicazione dello stesso art. 23 bis laddove non incompatibile.

In ogni caso, al di là del clamore sorto una volta entrata in vigore la norma e dei rilevanti problemi di costituzionalità che essa pone (su cui dirò infra), in realtà l'art. 4, proprio perché riguarda pochi servizi, non può e non deve assumere quella rilevanza che gli viene generalmente attribuita dai commentatori.

Affrontiamo, in primo luogo, la questione di costituzionalità.

Come già ricordato nel paragrafo dedicato all'esame dei quesiti referendari, il primo quesito ritenuto ammissibile riguardava l'art. 23 bis nel suo complesso e non –come hanno preteso i promotori referendari- l'art. 23 bis con esclusivo riguardo al servizio idrico integrato.

A conferma di ciò si rileva che la Corte Costituzionale aveva, invece, dichiarato inammissibili i quesiti sull'art. 150 e su parte dell'art. 23 bis afferenti esclusivamente il servizio idrico integrato e ciò sul presupposto che si doveva porre una separazione tra distinti servizi pubblici, posto che la normativa generale ricomprendeva anche il servizio idrico integrato.

Da ciò si può pertanto desumere che la nuova normativa, proprio perché riproduce pressochè fedelmente la disciplina contenuta nell'art. 23 bis, è costituzionalmente illegittima.

E' evidente che il legislatore ha cercato di "interpretare" la volontà e lo spirito referendario, i quali miravano, in sostanza, a sottrarre il servizio idrico integrato ai limiti posti dall'art. 23 bis sul ricorso alle società in house, ma la realtà è che il quesito referendario riguardava l'art. 23 bis e, conseguentemente, tutti i servizi da esso disciplinati e cioè tutti i servizi aventi rilevanza economica.

Si ritiene comunemente che l'abrogazione costituisca un “*vincolo preclusivo*” nei confronti del legislatore ordinario, in omaggio al principio della sovranità popolare (art. 1 Cost.).

Al Parlamento è, quindi, precluso introdurre una disciplina che ricalchi i principi ispiratori e i contenuti essenziali della vecchia disciplina (cfr. sentenze Corte Costituzionale n. 468/1990, n. 32/1993 e n. 33/1993).

Tale vincolo non può essere permanente: in dottrina si propende per una durata pari ad una *legislatura* (tenuto conto che in occasione delle elezioni politiche i cittadini sceglieranno i candidati che portino avanti le loro opzioni politiche, comprese quelle espresse in sede referendaria) o comunque per un periodo di cinque anni, durante i quali non può neppure essere riproposta la richiesta referendaria bocciata dal corpo elettorale.

La violazione del vincolo può essere sanzionata dal Presidente della Repubblica con lo scioglimento del Parlamento, oppure essere sindacata dalla Corte costituzionale.

Tutto ciò forse non accadrà, visto che i servizi disciplinati dalla nuova normativa sono in realtà pochissimi.

Detto questo passiamo ad esaminare il contenuto della norma.

In ordine logico e sistematico occorre esaminare anzitutto i primi 4 commi dell'art. 4.

Sono queste le norme che individuano l'obiettivo del legislatore: libertà di iniziativa economica fin dove possibile; introduzione di obblighi di servizio pubblico dove necessario, *extrema ratio*, regime di esclusiva e quindi gara.

Laddove vi è esclusiva, deve essere consentita alle imprese interessate l'autoproduzione, secondo la norma fondamentale già contenuta nella normativa antitrust (art. 9 legge 287/1990).

Le norme sono quasi identiche a quelle che erano contenute nei commi da 1 a 4 dell'art. 2 del regolamento di delegificazione, introdotto sulla base delle delega contenuta nel noto art. 23 bis.

A loro volta le norme del regolamento riproducevano letteralmente il suggerimento contenuto nel parere del 24 maggio 2010, n. 02692 del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento.

Ma come avviene questa liberalizzazione delle attività economiche?

Il tutto è nelle mani di una delibera quadro del singolo ente locale.

Ma procediamo con ordine.

Il CdS, nel parere sullo schema di regolamento governativo rilevava che, nell'affidare agli enti locali la verifica circa la possibilità di aprire l'attività (dei servizi pubblici locali di rilevanza economica) alla concorrenza e di limitare l'attribuzione di diritti di esclusiva, il regolamento non contenesse criteri puntuali e definiti, collegati ai dati economici di mercato.

Il CdS mostrava dunque di prendere sul serio il compito affidato agli enti locali, limitandosi a richiedere una più precisa indicazione sulle valutazioni rimesse al singolo ente, segnatamente un'analisi di mercato e suggeriva a tal fine un nuovo testo, poi letteralmente recepito nei primi 4 commi dell'art. 2 del regolamento.

Si noti che in quel testo si affermava che gli enti locali avrebbero potuto limitare l'attribuzione di diritti di esclusiva "*ove non diversamente previsto dalla legge*".

Poiché in tutti i servizi pubblici economici di ambito locale vi sono diritti di esclusiva previsti dalla legge con il testo suggerito dal CdS, l'operazione liberalizzazione avrebbe potuto svolgersi soltanto per i servizi non normati dalla legge.

Ma questi ultimi non possono ad oggi prevedere forme di esclusiva, perché l'esclusiva non può essere disposta che dalla legge (il T.U. sulle municipalizzazioni prevedeva i casi in cui i servizi avrebbero potuto essere assunti con esclusiva mediante l'art. 43 della costituzione ha poi introdotto la riserva di legge).

Quindi l'intero testo in esame faceva riferimento ad una liberalizzazione che, in realtà, non avrebbe potuto mai nascere.



Nell'art. 4 non compare più l'inciso "*ove non diversamente disposto dalla legge*".

Questa soppressione è prodromo necessario di un'operazione di delegificazione. Il legislatore ha, quindi, affidato agli enti locali il potere di decidere con una delibera quadro se determinate attività economiche debbano o no essere liberalizzate.

A prescindere dalla legittimità di siffatta operazione, su cui si dirà nel susseguente paragrafo, tale disposizione implicitamente abroga tutte quelle norme di settore che per i servizi ricadenti nell'ambito dell'art. 4 della L. n. 148/2011 abbiano stabilito per legge una qualche forma di esclusiva.

Non si tratta, a mio avviso, di una delibera avente efficacia regolamentare, posto che l'ente locale deve adottare la delibera predetta dopo aver compiuto un'attenta verifica evidenziando per di più l'istruttoria esperita, in cui devono essere illustrate le ragioni della decisione ed i benefici per la comunità locale derivanti dal regime di esclusiva del servizio.

Il legislatore ha, quindi, richiesto una motivazione puntuale ed approfondita più per mantenere i diritti di esclusiva piuttosto che per liberalizzare i servizi.

La liberalizzazione è la regola, mentre il diritto di esclusiva è l'eccezione e può essere conservato solo in base ad un'analisi di mercato che dimostri che la libera iniziativa economica privata non è idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Il legislatore ha, poi, previsto che la verifica sia effettuata entro un anno dall'entrata in vigore del decreto (e cioè entro l'agosto 2012) e sia rinnovata periodicamente, secondo i rispettivi ordinamenti e comunque ed in ogni caso prima di procedere al conferimento ed al rinnovo della gestione dei servizi.

Conseguentemente tale norma –che è già operativa- stabilisce che tutte le gare riguardanti i servizi ricompresi nella nuova disciplina debbano essere precedute dalla verifica in questione, pena l'illegittimità dell'affidamento.

La delibera in questione, poi, deve essere adeguatamente pubblicizzata e deve essere inviata all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla L. n. 287/1990.

E' poi previsto (cfr. 5° comma) che gli enti locali, al fine di assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che realizzino fini sociali nonché la promozione dello sviluppo economico e civile delle comunità locali, definiscano gli obblighi di servizio pubblico, prevedano le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi in relazione ai proventi provenienti dalle tariffe.

A mio avviso la preventiva determinazione degli obblighi di servizio pubblico – se ritenuta necessaria- può e deve essere effettuata sia nel caso di liberalizzazione dell'attività economica, sia nel caso in cui l'ente locale ritenga di dovere mantenere un regime di esclusiva del servizio.

Nel caso si opti per questa seconda soluzione la via maestra è quella del ricorso alla gara, secondo le modalità previste dal comma 11, che definisce il contenuto del bando di gara e/o della lettera invito i quali:

a) escludono che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;

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

c) indicano, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;

d) possono prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;

e) prevedono che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;

f) indicano i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui al comma 29, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi del comma 30;

g) prevedono l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.

E' prevista anche la possibilità di costituire una società mista, ma la gara deve essere a doppio oggetto (e cioè deve ricercare il socio al fine di espletare quel determinato servizio) con i seguenti limiti minimi inderogabili e cioè la partecipazione del socio privato non deve essere inferiore al 40% e deve essere prevista l'attribuzione a costui di specifici compiti operativi (cfr. comma 12).

Anche qui il bando di gara e/o la lettera invito devono assicurare che:

*“a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;*

*b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento;*

*c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.”*

E' bene evidenziare che la norma parla di compiti operativi e non dei compiti operativi, di talchè il socio privato non deve necessariamente provvedere integralmente alla gestione del servizio.

E' inoltre prevista la liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione. In tal caso l'ente locale, dovrà espletare una nuova gara per la ricerca di un nuovo socio oppure, se vi sono i presupposti normativamente previsti, mantenere la società in house (900.000 Euro annui).

A tal riguardo occorre evidenziare che il comma 13 consente il ricorso alle società in house solo se il valore economico dell'affidamento è pari o inferiore a 900.000 Euro annui e perché siano naturalmente rispettati i requisiti richiesti dall'ordinamento per la gestione cosiddetta in house.

A mio avviso, anche se la legge tace al riguardo, la società in house è sempre una tipologia residuale di espletamento del servizio pubblico, di talchè non basta che siano rispettati i requisiti di cui sopra, ma l'ente deve anche indicare i motivi di tale scelta (e cioè nella delibera quadro prevista dai primi quattro commi dell'art. 4).

Al comma 32 è stata poi riprodotto il regime transitorio già contenuto nell'art. 23 bis comma 8, che costituisce un ulteriore limite rispetto a quanto previsto dall'art. 14, comma 32 della L. n. 78/2010.

Quest'ultimo prevede la liquidazione entro il 31 dicembre 2013 delle società possedute dai comuni con meno di 30.000 abitanti.

Ovviamente questo limite temporale scende al 31 dicembre 2012, se le società interessate hanno le caratteristiche descritte nel comma 32 della nuova disciplina in tema di servizi pubblici.

Altra norma riproduttiva in tutto e per tutto una precedente disposizione dell'art. 23 bis è il comma 33 (corrispondente al comma 9 del 23 bis).

E' la disposizione che vieta alle società e a quelle da esse controllate o controllanti, affidatarie dirette di servizi, di acquisire in qualunque modo ed in qualunque luogo servizi ulteriori direttamente e/o indirettamente.

Il presupposto ostativo all'acquisizione di ulteriori servizi è che vi sia stato un affidamento diretto e qui sta già un errore del legislatore in quanto ricomprende nel novero degli "affidamenti diretti" anche le società miste in cui il socio sia stato scelto con una gara avente ad oggetto non solo la qualità di socio, ma anche l'espletamento di un determinato servizio (gara o doppio oggetto).

Già tale circostanza era stata rilevata dalla giurisprudenza con riguardo all'art. 23 bis comma 9 (cfr. TAR Lazio – Roma 3 novembre 2011 n. 8442 e Consiglio di Stato, Sez. V, 11 aprile 2011 n. 2222) di talché il legislatore avrebbe dovuto tenerne conto.

Tale divieto non opera né per le società quotate né per le società da questa controllata direttamente o indirettamente, né per il socio selezionato tramite gara nelle società miste.

#### V) IL MAXI EMENDAMENTO ALLA LEGGE STABILITA': LE MODIFICHE SUI SERVIZI PUBBLICI LOCALI.

Sono in fase di approvazione alcune modifiche all'art. 4 della L.n. 148/2011.

Ma vediamo in che cosa consistono tali modifiche.

Al comma 2° (quello concernente la delibera quadro) è previsto che con tale delibera gli enti locali possono procedere ad una gara simultanea per una pluralità di servizi pubblici qualora sia dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa.

Si tratta di un'integrazione un po' velleitaria e comunque difficile da percorrere, visto che non si comprende in che cosa deve consistere la dimostrazione che sia preferibile procedere ad una gara simultanea.

Al comma 3°, laddove si dice che la delibera quadro deve essere trasmessa all'Antitrust ai fini di predisporre una relazione al Parlamento, si aggiunge "anche" ma è integrazione pleonastica visto che i compiti, le funzioni e i poteri dell'Antitrust sono definite in altre leggi.

Tra l'altro vorrei ricordare l'art, 2 comma 34 della L. n. 481/1995 il quale dispone: *“per le materie attinenti alla tutela della concorrenza, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato esprime parere obbligatorio entro il termine di 30 giorni alle amministrazioni pubbliche competenti in ordine alla definizione delle concessioni, dei contratti di servizio e degli altri strumenti di regolazione dell'esercizio dei servizi nazionali.”*

Mi sembra pertanto che tale norma sia applicabile al caso di specie.

Al comma 4° viene introdotta la previsione che senza la delibera quadro l'ente locale non può attribuire diritti di esclusiva ma ciò era già chiaro sulla base della previsione contenuta nell'originario quarto comma.

Viene aggiunta una frase al comma 13° , secondo cui non si può procedere al frazionamento del servizio al fine di garantire l'unitarietà del servizio stesso. Tale disposizione assolve, in realtà, all'obiettivo di evitare che con il frazionamento si aggiri il limite annuo previsto per poter ricorrere all'in house.

Vi sono poi una serie di modifiche al regime transitorio contenuto nel comma 32.

Nella lettera a) si prevede che la cessazione del servizio al 31 dicembre 2012 ricorre non solo quando il valore dei servizi delle società in house supera il valore di 900.000 Euro annui, ma anche quando si tratta di affidamenti non conformi cioè che l'in house non rispetta i requisiti previsti a livello comunitario.

Alla lettera d) è specificato che la riduzione progressiva del capitale pubblico deve riguardare (e quindi essere calcolata con riferimento ai) i soci pubblici detentori di azioni.

Viene aggiunto poi un comma 32 bis che individua nel Prefetto il soggetto che deve accertare il rispetto delle disposizioni di cui al comma 32. In caso di inottemperanza il Prefetto assegna un termine perentorio ed in caso di ulteriore inosservanza è previsto il potere sostitutivo del Governo ai sensi dell'art. 120 della Costituzione.

In effetti sia l'art. 23 bis, sia la versione originaria dell'art. 4 della L. n. 148/2011, pur prevedendo entrambe la cessazione del servizio nelle ipotesi previste anche in assenza di una delibera dell'ente locale, non avevano contemplato alcuna forma di "*controllo*" in ordine a tale cessazione, di talchè pare una misura opportuna e ciò al fine di rendere "*operativa*" la norma.

Il controllo, anche se logico, non pare peraltro congruente visto che il comma 32 continua a non richiedere una delibera dell'ente affidante sulla cessazione. Sarebbe stato più corretto, a mio avviso, prevedere l'assunzione da parte dell'ente locale di una delibera perlomeno "*ricognitiva*", anche se non costitutiva, circa la cessazione del servizio.

Come si fa ad essere inottemperanti ad un obbligo non previsto?

In ogni caso la previsione di una delibera sarebbe stata opportuna anche al fine di instaurare con il soggetto il cui affidamento è destinato a cessare un procedimento amministrativo corretto, in cui il soggetto stesso possa illustrare i motivi per i quali (eventualmente) si opponga alla cessazione.

Non sembra, poi, che la figura del prefetto possa incarnare l'autorità più consona a verificare il rispetto del regime transitorio.

A mio avviso sarebbe stato opportuno fare riferimento alle Autorità di regolazione dei singoli servizi, se esistenti, e solo in via residuale al prefetto.

Per tutti questi compiti sento la mancanza di un'autorità indipendente (che potrebbe essere istituita ai sensi della L. n. 481/1995).

Al comma 33 vengono opportunamente escluse dal novero dei soggetti per i quali è previsto il divieto di acquisire servizi ulteriori anche le società miste costituite con gara a doppio oggetto, in precedenza ricomprese nel divieto, e ciò in linea con quanto opportunamente statuito dalla giurisprudenza.

Viene poi modificato l'ultimo periodo del comma 33 e ciò opportunamente, visto il contenzioso insorto sull'art. 23 bis, 9° comma, il cui testo era pressochè identico al comma 33.

Si prevede che i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici possano concorrere nell'intero territorio nazionale a gare indette nell'ultimo anno di affidamento del servizio da essi gestito con l'ulteriore prescrizione che sia stata già assunta la delibera che stabilisce il ricorso ad una gara oppure all'affidamento in house.

Sono stati poi aggiunti i commi 33 bis e 33 ter che se da un lato chiariscono opportunamente alcuni aspetti essenziali della riforma, dall'altro rendono il tutto più difficile e comunque allontanano l'applicazione delle nuove norme.

Si prevede in primo luogo che gli enti affidatari sono tenuti a rendere pubblici i dati sulla qualità di gestione dei servizi, ma non si dice nulla sulle modalità di pubblicazione e sulla frequenza delle stesse.

Il comma 33 ter rinvia ad un futuro decreto del Ministro per i rapporti con le Regioni e per la coesione territoriale la determinazione dei criteri per effettuare la verifica di cui al comma 1, per l'assunzione della delibera quadro di cui al comma 2 e per raccogliere i dati di cui al comma 33 bis.

Se il decreto verrà assunto entro il 31 gennaio 2012, nulla quaestio.

Se non verrà rispettato tale termine sarà tutto più complicato in quanto nessun affidamento potrà essere disposto (né con gara, né in house) prima della delibera quadro.

Vi è poi da osservare che la deregulation affidata dalla nuova norma agli enti locali in tema di liberalizzazione dei servizi è snaturata (secondo me, peraltro, opportunamente) dalla previsione di un previo decreto ministeriale.

Quello che mi spaventava maggiormente della riforma –peraltro riguardante, per fortuna, pochi servizi pubblici- è che ogni ente locale potesse decidere per i fatti suoi se liberalizzare o no determinati servizi.

La previsione di una disciplina più dettagliata sui criteri per l'adozione delle deliberazioni o comunque un decreto ministeriale mi sembra, pertanto, giusta ed opportuna che per evitare una giungla di decisioni di segno opposto da parte dei vari enti locali.



E' altrettanto chiaro, però, che tale previsione si scontra con la decisione del legislatore di subordinare ogni nuovo affidamento alla delibera quadro.

Tutto ciò porterà, con ogni probabilità, ad una conservazione dell'assetto esistente, con varie proroghe degli affidamenti in corso, destinati a cessare nel breve periodo.

Vi è poi un'ulteriore osservazione da fare.

Non vi è dubbio che il tema della liberalizzazione dei servizi rientra nella tutela della concorrenza, per la quale è prevista una riserva di legge statale (cfr. art. 117 Cost.).

Dubito che la fissazione dei criteri a cui ancorare la decisione se un servizio pubblico è liberalizzato o no possa essere affidato agli enti locali e neppure ad un decreto ministeriale.

Si tratta con ogni probabilità di una riserva di legge relativa, per cui parte della relativa disciplina potrebbe essere affidata a fonti secondarie.

La Legge, peraltro, deve definire almeno i principi fondamentali e non può essere una norma in bianco, che affida ad altri il compito di decidere il tutto.

Questi principi, peraltro, non compaiono nell'art. 4 della L. n. 148/2011.

Sono stati aggiunti, poi, un primo periodo al comma 34 (quello in cui sono elencati i servizi pubblici esclusi dall'ambito di applicazione della norma) secondo cui tutte le disposizioni contenute nella nuova riforma prevalgono sulle discipline di settore e il comma 34 bis che estende la nuova normativa al trasporto pubblico locale e fa salvi gli affidamenti disposti sulla base delle normative previgenti (art. 5 paragrafo 2 regolamento 23 ottobre n. 1370/2007).

La prima di tali previsioni –già contenuta nel vecchio art. 23 bis- stabilisce con chiarezza che le discipline di settore possono applicarsi solo laddove non incompatibili con le nuove norme.

E' un modo per rendere un po' più forte la nuova disciplina, anche se ovviamente tutto ciò rende più complicato individuare la normativa ora effettivamente applicabile ai servizi in questione.

Si è già detto, infatti, che l'operatività della riforma è rinviata all'adozione di un futuro decreto ministeriale.

Fintantochè il decreto non sarà adottato, la nuova normativa non potrà essere applicata ma non potranno neppure essere applicate le norme di settore per l'intanto, qualora incompatibili con l'art. 4 della L. n. 148/2011.

Il risultato è un immobilismo imperante provocato dalle stesse leggi che dovrebbero portare chiarezza, che bloccano, altresì, l'applicabilità delle normative di settore comunque vigenti.

La conclusione è, pertanto, a mio avviso una sola: se non si hanno le idee chiare su quale riforma adottare, è meglio non fare niente.

## Disciplina dei servizi pubblici locali

Testo a fronte tra l'art. 4 legge 148/2011  
e l'emendamento n. 4.2000 del Governo alla legge di stabilità 2012 (A.S. 2968)

Testo a cura di Astrid (Alessandra Miraglia)

| Testo decreto legge 138/11 come convertito dalla legge 148/2011   | Testo come risultante dalle modifiche apportate dall'emendamento n. 4.2000 del Governo alla legge di stabilità 2012 (A.S. 2968)   |
|---|---|
| <p style="text-align: center;"><b>Art. 4</b><br/><b>Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea</b></p> <p>1. Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di liberta' di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilita' di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attivita' economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalita' e accessibilita' del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunita'.</p> <p>2. All'esito della verifica di cui al comma 1 l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunita' locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.</p> <p>3. Alla delibera di cui al comma precedente e' data adeguata pubblicita'; essa e' inviata all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287.</p> <p>4. La verifica di cui al comma 1 e' effettuata entro dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali; essa e' comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi.</p> <p>5. Gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attivita' rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunita' locali, definiscono preliminarmente, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilita' di bilancio destinata allo scopo.</p> <p>6. All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione di quanto disposto dall'articolo 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.</p> | <p style="text-align: center;"><b>Art. 4</b><br/><b>Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea</b></p> <p>1. Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di liberta' di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilita' di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attivita' economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalita' e accessibilita' del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunita'.</p> <p>2. All'esito della verifica di cui al comma 1 l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunita' locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio. <b>Con la stessa delibera gli enti locali valutano l'opportunita' di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralita' di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa.</b></p> <p>3. Alla delibera di cui al comma precedente e' data adeguata pubblicita'; essa e' inviata all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato <b>anche</b> ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287.</p> <p>4. La verifica di cui al comma 1 e' effettuata entro dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali; essa e' comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi. <b>In caso contrario e comunque in assenza della delibera di cui al comma 2, l'ente locale non puo' procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo.</b></p> <p>5. Gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attivita' rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunita' locali, definiscono preliminarmente, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo</p> |

7. I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'articolo 8, commi 2-bis e 2-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.

8. Nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

9. Le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.

10. Le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad

evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi.

11. Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito relative alle procedure di cui ai commi 8, 9, 10:

a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;

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

c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;

d) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti

tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre

le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo.

6. All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione di quanto disposto dall'articolo 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.

7. I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'articolo 8, commi 2-bis e 2-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.

8. Nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

9. Le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.

10. Le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad

evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi.

11. Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito relative alle procedure di cui ai commi 8, 9, 10:

a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;

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

c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei

effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato

di riferimento;

e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;

f) indica i criteri e le modalita' per l'individuazione dei beni di cui al comma 29, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi del comma 30;

g) prevede l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualita' del servizio.

12. Fermo restando quanto previsto ai commi 8, 9, 10 e 11, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:

a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualita' e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;

b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove cio' non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento;

c) siano previsti criteri e modalita' di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione. 13. In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento e' pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento puo' avvenire a favore di societa' a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house".

13. In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house".

14. Le societa' cosiddette "in house" affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilita' interno secondo le modalita' definite, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilita' interno.

15. Le societa' cosiddette "in house" e le societa' a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n.

capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non puo' essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;

d) puo' prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti

tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato

di riferimento;

e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;

f) indica i criteri e le modalita' per l'individuazione dei beni di cui al comma 29, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi del comma 30;

g) prevede l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualita' del servizio.

12. Fermo restando quanto previsto ai commi 8, 9, 10 e 11, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:

a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualita' e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;

b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove cio' non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento;

c) siano previsti criteri e modalita' di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione. 13. In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento e' pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento puo' avvenire a favore di societa' a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house".

13. In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house". Al fine di garantire l'unitarietà del servizio oggetto dell'affidamento, è fatto divieto di procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento.

14. Le societa' cosiddette "in house" affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilita' interno secondo le modalita' definite, con il concerto del Ministro per le riforme per il

163, e

successive modificazioni.

16. L'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006,

n. 163, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al comma 1, lettera c), del medesimo articolo sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Restano ferme le altre condizioni stabilite dall'articolo 32, comma 3, numeri 2) e 3), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.

17. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, primo e secondo periodo, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di

cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Fino all'adozione dei predetti provvedimenti, è fatto divieto di procedere al reclutamento di personale ovvero di conferire incarichi. Il presente comma non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

18. In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a società cosiddette "in house" e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli articoli 234 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive

modificazioni. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto.

19. Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la

disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.  
20. Il divieto di cui al comma 19 opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali

federalismo, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da

parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano,

dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

15. Le società cosiddette "in house" e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le

disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e

successive modificazioni.

16. L'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006,

n. 163, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al comma 1, lettera c), del medesimo articolo sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Restano ferme le altre condizioni stabilite dall'articolo 32, comma 3, numeri 2) e 3), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.

17. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, primo e secondo periodo, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di

cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Fino all'adozione dei predetti provvedimenti, è fatto divieto di procedere al reclutamento di personale ovvero di conferire incarichi. Il presente comma non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

18. In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a società cosiddette "in house" e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli articoli 234 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive

modificazioni. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto.

19. Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi

o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.

21. Non possono essere nominati amministratori di societa' partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'articolo 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e

successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa societa'.

22. I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto ne' svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.

23. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica

di amministratore locale, di cui al comma 21, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

24. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che,

in qualita' di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza

non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

25. Si applicano ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall'articolo 51 del codice di procedura civile.

26. Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una societa' partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere ne' dipendenti ne' amministratori dell'ente locale stesso.

27. Le incompatibilita' e i divieti di cui ai commi dal 19 al 26 si applicano alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.

28. Ferma restando la proprieta' pubblica delle reti, la loro gestione puo' essere affidata a soggetti privati.

29. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili,

per la prosecuzione del servizio, come individuati, ai sensi del comma 11, lettera f), dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami.

30. Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 29 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.

Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore,

anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonche' restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti

stipulati prima dell'entrata in vigore del presente decreto.

soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Alle societa' quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.

20. Il divieto di cui al comma 19 opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonche' nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attivita' di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.

21. Non possono essere nominati amministratori di societa' partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'articolo 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e

successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa societa'.

22. I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto ne' svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.

23. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica

di amministratore locale, di cui al comma 21, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

24. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che,

in qualita' di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza

non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

25. Si applicano ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall'articolo 51 del codice di procedura civile.

26. Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una societa' partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere ne' dipendenti ne' amministratori dell'ente locale stesso.

27. Le incompatibilita' e i divieti di cui ai commi dal 19 al 26 si applicano alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.

28. Ferma restando la proprieta' pubblica delle reti, la loro gestione puo' essere affidata a soggetti privati.

29. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili,

per la prosecuzione del servizio, come individuati, ai sensi del comma 11, lettera f), dall'ente affidante, a titolo

31. L'importo di cui al comma 30 e' indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.

32. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 14, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, come modificato dall'articolo 1, comma 117, della legge 13 dicembre 2010, n. 220, e successive modificazioni, il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito dal presente decreto e' il seguente:

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

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

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

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a societa' a partecipazione pubblica gia' quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

33. Le societa', 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 virtu' di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 12, nonche' i soggetti cui e' affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni

gratuito e liberi da pesi e gravami.

30. Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 29 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.

Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore,

anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonche' restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti

stipulati prima dell'entrata in vigore del presente decreto.

31. L'importo di cui al comma 30 e' indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.

32. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 14, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, come modificato dall'articolo 1, comma 117, della legge 13 dicembre 2010, n. 220, e successive modificazioni, il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito dal presente decreto e' il seguente:

a) gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di cui al comma 13 ovvero non conformi a quanto previsto al medesimo comma, nonche' gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi di cui alle successive lettere da b) a d) cessano, improrogabilmente e senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 marzo 2012;

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

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

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a societa' a partecipazione pubblica gia' quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente a condizione che la partecipazione in capo a soci pubblici detentori di azioni alla data del 13 agosto 2011, ovvero quella sindacata, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme



patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né 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 partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, nonché al socio selezionato ai sensi del comma 12. 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.

34. Sono esclusi dall'applicazione del presente articolo il servizio idrico integrato, ad eccezione di quanto previsto dai commi da 19 a 27, il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, nonché la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475. È escluso dall'applicazione dei commi 19, 21 e 27 del presente articolo quanto disposto dall'articolo 2, comma 42, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10.

35. Restano salve le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del presente decreto.

di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

32-bis. Al fine di verificare e assicurare il rispetto delle disposizioni di cui al comma 32, il prefetto accerta che gli enti locali abbiano attuato, entro i termini stabiliti, quanto previsto al medesimo comma. In caso di inottemperanza, assegna agli enti inadempienti un termine perentorio entro il quale provvedere. Decorso inutilmente detto termine, il Governo, ricorrendone i presupposti, esercita il potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 120, comma secondo, della Costituzione e secondo le modalità previste dall'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

33. Le società, 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, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero non ai sensi del comma 12, nonché i 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, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né 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 partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, nonché al socio selezionato ai sensi del comma 12 e alle società a partecipazione mista pubblica e privata costituite ai sensi del medesimo comma. 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. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono 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 ad 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, purché in favore di soggetto diverso, ai sensi del comma 13.

33-bis. Al fine di assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione dei servizi pubblici locali e di effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni, gli enti affidatari sono tenuti a 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.

33-ter. Con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, adottato, entro il 31 gennaio 2012, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e dell'interno, sentita la Conferenza unificata, sono definiti:

a) i criteri per la verifica di cui al comma 1 e l'adozione della delibera quadro di cui al comma 2;

b) le modalità attuative del comma 33-bis, anche tenendo conto delle diverse condizioni di erogazione in termini di aree, popolazioni e caratteristiche del territorio servito;

c) le ulteriori misure necessarie ad assicurare la piena attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo.

34. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili. Sono esclusi dall'applicazione del presente articolo il servizio idrico integrato, ad eccezione di quanto previsto dai commi da 19 a 27, il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, nonché la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475. E' escluso dall'applicazione dei commi 19, 21 e 27 del presente articolo quanto disposto dall'articolo 2, comma 42, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10.

34-bis. Il presente articolo, fermo restando quanto disposto al comma 34, si applica al trasporto pubblico regionale e locale. Con riguardo al trasporto pubblico regionale, sono fatti salvi gli affidamenti già deliberati in conformità all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007.

35. Restano salve le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del presente decreto.