

FORUM SERVIZI PUBBLICI LOCALI

Torino, 28 e 29 febbraio 2012

**La nuova disciplina degli affidamenti *in house* degli enti locali (2011-12):
dall'art. 4 d.l. n. 138/2011 al decreto "Cresci Italia" d.l. 24 gennaio 2012, n. 1**

Prof. Roberto Cavallo Perin

Complemento alla relazione

L'avvicinarsi della disciplina normativa sui servizi pubblici locali ha avuto una particolare accelerazione a partire dalla prima riforma delle autonomie locali a seguito della quale si sono succeduti numerosi interventi normativi: talvolta vere e proprie riforme, talaltra ritocchi di semplice assestamento (l. 8 giugno 1990, n. 142, art. 22; poi art. 35, l. n. 448 del 2001; art. 14, d.l. n. 269 del 2003, conv. in l. n. 326 del 2003; art. 15 d. l. 223 del 2006; ecc.).

Da ultimo l'abrogazione referendaria del giugno 2011 ha avuto ad oggetto la cancellazione della disciplina dedicata per la prima volta in Italia ad un favore per i produttori privati di servizio pubblico locale, (art. 23 *bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 e del coevo regolamento attuativo di cui al d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168) che aveva superato quasi del tutto il vaglio di costituzionalità proposto in via diretta da alcune Regioni italiane (Corte Cost. 3 novembre 2010, n. 325; Id., 27 luglio 2004, n. 272; Id., 20 novembre 2009, n. 307; Id., 21 novembre 2011, n. 320).

La vigente disciplina post referendaria, se introduce alcune novità orientate a rafforzare e promuovere la concorrenza *nel* mercato, per altro ripropone nei fini l'impianto preesistente la consultazione popolare, delineando il quadro e le direttrici di sviluppo del settore in un'ottica complessiva di rafforzamento della concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, confermando la scelta di preferenza per l'affidamento a terzi o in società mista già previsti dalla precedente normativa oggetto di referendum (art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, poi mod. dalla l. 12 novembre 2011, n. 183 e da ultimo dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, c.d. decreto "Cresci Italia" al momento non ancora convertito in

legge).

a.La novità si evidenzia nella scelta che debbono operare gli enti locali tra ricorso al mercato e attribuzione di diritti di esclusiva prevedendo a carico degli enti locali l'obbligo di una verifica preventiva circa la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica¹, limitando con ciò l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, il tutto previa individuazione dei contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale (art. 4, co. 1 d.l. 138 del 2011, come modificato dall'art. 25, lett. b), n. 1), d.l. 1 del 2012 cit.).

Ove non sussistano comprovate ragioni per il mantenimento del regime di esclusiva del servizio, gli enti territoriali sono tenuti all'apertura al mercato dei produttori, compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio.

Il mantenimento del regime di esclusiva - o monopolio - del servizio pubblico locale deve essere oggetto di una previa istruttoria della realtà economica locale, con ponderazione degli interessi pubblici e privati e con adeguata motivazione.

La dismissione del regime di esclusiva si afferma ogni qualvolta l'amministrazione non riesca a dimostrare che tale limitazione del mercato dei produttori sia essenziale alla gestione del servizio pubblico locale. Il mantenimento dell'esclusiva dipende dall'esistenza di ragioni tecniche o economiche tali da impedire che la missione affidata al gestore del servizio pubblico locale possa essere svolta in regime di concorrenza (art. 106, co. 2°, TFUE).

La motivazione della deliberazione illustrerà le ragioni e i benefici per la comunità locale della scelta di sottrarre alla liberalizzazione determinati settori (cfr. l'abrogato d.P.R. n. 168 del 2010, cit.).

Rispetto alla precedente normativa, gli enti locali non avranno più l'onere di evidenziare i fallimenti del sistema concorrenziale, ma potranno altresì valutare con la nuova delibera l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere

¹ Si definiscono servizi pubblici di rilevanza economica tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale.

dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa (art. 4, co. 2, d.l. n. 138 del 2011, cit.).

La verifica deve essere svolta entro un anno dall'entrata in vigore del decreto (dunque: 13 agosto 2012) e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali ed in ogni caso deve essere adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi.

L'autonomia di scelta degli enti locali tra affidamento diretto e ricorso al libero mercato è stata ulteriormente limitata dal c.d. decreto "Cresci Italia" (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1), che prevede oggi un più rigido *iter* da seguire per giustificare la necessità di evitare la gara pubblica.

Il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è obbligatorio ma non vincolante per l'ente locale che decida di attribuire diritti di esclusiva (art. 4, co. 3 e 4, d.l. 138 del 2011, cit., come modificato dall'art. 25, lett. b), n. 2 e 3, d.l. 1 del 2012, cit.), non è invece stata riproposta la previgente disciplina secondo la quale maturava un silenzio assenso decorso il termine di 60 giorni dall'invio all'Autorità Antitrust (art. 23 bis, co. 4, d.l. 112 del 2008).

Il parere dell'Autorità - che dovrà pronunciarsi entro sessanta giorni dalla trasmissione della deliberazione quadro - è requisito procedimentale imprescindibile per l'adozione della delibera quadro di cui all'art. 4, co. 2, d.l. 138 del 2011, cit.

I primi pareri espressi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in applicazione dell'abrogato art. 23 bis, co. 4°, d.l. n. 112 del 2008 (pareri n. 504, 514, 515, 518 del 2009) evidenziavano come l'analisi di mercato svolta dall'ente locale per valutare la sussistenza delle situazioni giustificative dell'affidamento *in house* fosse finalizzata a verificare l'eventuale presenza sul mercato di operatori in grado di offrire i servizi oggetto di affidamento. L'analisi deve essere completa ed adeguata e non può limitarsi al riscontro di preventivi di spesa di soggetti contattati a seguito di un avviso pubblico (parere n. 515/2009). Né l'esigenza, pur legittima, di prevedere clausole di protezione sociale per la tutela dell'occupazione per quei servizi (come il trasporto pubblico) caratterizzati da una componente maggioritaria del costo del lavoro sul totale dei costi di produzione non è di per sé idonea a giustificare il mancato ricorso al mercato (parere n. 518/2009).

b. Nel caso in cui l'ente locale a seguito della prescritta verifica abbia deliberato di procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali è sottoposto all'esperimento delle

procedure competitive ad evidenza pubblica indette nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali sui contratti pubblici (art. 4, co. 8, d.l. n. 138 del 2011, cit.), salvo i casi d'eccezione di conferimento *in house providing*. Procedure competitive ad evidenza pubblica che – come vedremo – possono avere ad oggetto l'affidamento a terzi del servizio pubblico locale oppure la partecipazione ad una società mista con l'ente locale affidante.

Si è così rafforzato- in linea con l'abrogato art. 23 *bis*, d.l. n. 112 del 2008, cit., - l'ipotesi limite di una disciplina nazionale di “*concorrenza integrale*”, imponendo di rivolgersi al mercato per l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali, anche solo nella forma della società a capitale misto pubblico-privato per la quale si richiede una gara per la scelta del socio privato che abbia ad oggetto «al tempo stesso» la qualità di socio di capitale in misura minima predefinita (almeno «il 40%» del capitale sociale) e «specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio» (art. 4, co. 12, d.l. n. 138 del 2011, cit.).

Si afferma così l'eccezionalità di ogni diversa forma di affidamento e gestione in particolare di quella forma di derivazione europea denominata *in house providing*, che costituisce un modello di autorganizzazione, qualificata dalla stessa Unione europea in termini di delegazione interorganica (C. Giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*), attraverso il quale l'Amministrazione “autoproduce” beni, servizi o lavori senza ricorrere al mercato.

Nel libro bianco pubblicato il 1° marzo 1998, la Commissione europea definisce appalti *in house* «quelli aggiudicati all'interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata». □

In deroga all'obbligatorietà della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente di un ente pubblico, con riferimento all'organizzazione *in house* è riconosciuta la possibilità dell'affidamento diretto di servizi da parte dell'Amministrazione che su di essa eserciti un «controllo analogo»² a quello esercitato sui propri servizi. A tutela della concorrenza si impone all'organizzazione *in house* di svolgere la «parte più

²La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'ente affidante escluderebbe che tale ente possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi (C. Giust. CE, 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Asociación de Empresas Forestales vs. Transformación Agraria SA (TRASGA)*; Id., 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Consorzio Azienda Metano Coname*; 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH*; Cons. St., Sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; Id., 22 dicembre 2005, n. 7345).

importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano»³, in maniera tale da impedire all'organizzazione stessa di operare come libero imprenditore e competitore di mercato.

Il “controllo analogo” e la “destinazione prevalente dell'attività” valgono a garantire che l'ente *in house* non sia terzo rispetto all'Amministrazione controllante, ma costituisca la *longa manus* della stessa. Il requisito economico dell'attività completa quello decisionale del controllo analogo e dimostra l'appartenenza dell'ente *in house* all'organizzazione dell'Amministrazione controllante.

L'attività principale dell'organizzazione *in house* non è dunque liberamente decisa dai soci in ragione del maggiore utile economico che una determinata scelta d'impresa può assicurare alla società ed ai soci stessi: l'interesse alla produzione *in house* è *ex lege* vincolato alla soddisfazione alla cura dei bisogni attribuiti dall'ordinamento alla competenza dei soci.

In materia di affidamenti diretti *in house* l'art. 4, co. 13, d.l n. 138 del 2011 cit. era dapprima intervenuto ampliando la possibilità per gli enti locali di avvalersene, consentendo loro di procedere ad affidamento diretto ove il valore del servizio oggetto dell'affidamento fosse pari o inferiore a 900.000 euro, a condizione che la società avesse i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, così innalzando il precedente limite previsto dei 200.000 euro. Il decreto “Cresci Italia” ha poi nuovamente riportato la soglia di valore al previgente limite (€ 200.000), ma la decadenza automatica per gli affidamenti *in house* oltre la soglia consentita è slittata al 31 dicembre 2012, con un rinvio di nove mesi rispetto alla previgente scadenza fissata al 31 marzo 2012.

È da rilevare in ogni caso che il suddetto limite di valore ha un significato parzialmente diverso rispetto a quello che aveva nella normativa precedente, dove assumeva rilevanza ai fini dell'espressione del parere preventivo da richiedersi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Ora tale parere rientra in ogni caso tra gli elementi necessari al fine dell'adozione della deliberazione quadro a prescindere dalla tipologia di gestione ritenuta più idonea dall'ente locale e la soglia di valore fissata segna lo spartiacque tra l'obbligo per l'ente locale di procedere ad affidamenti mediante procedure ad evidenza pubblica e la facoltà per gli stessi di procedere ad affidamenti diretti.

³C. Giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*.

L'ambito territoriale-o perimetro di attività- delle società di servizi pubblici localisi afferma con riferimento al divieto per i soggetti titolari a qualsiasi titolo della gestione di servizi pubblici non affidati mediante procedure competitive⁴ di acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi da quelli oggetto di affidamento diretto, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti, controllate o partecipate, né partecipando a gare, così ribadendo il vincolo di esclusività tra le predette società e gli enti affidanti ed il divieto per esse di svolgere attività extraterritoriale (art. 4, co. 33, d.l. n. 138 del 2011, cfr. già l'abrogato art. 23 *bis*). Si concede ai soggetti affidatari senza procedure ad evidenza pubblica la facoltà di partecipare a procedure indette da altri enti pubblici a partire dall'ultimo anno di scadenza dell'affidamento dei servizi da essi gestiti (art. 4, co. 33, mod. art. 9, co. 2, l. n. 183 del 2011 cit.).

Al divieto non sono comunque sottoposte le società – senza affidamento concorrenziale – che siano quotate nei mercati regolamentati e sue controllate, nonché le società a partecipazione mista pubblica e privata costituite ai sensi dell'art. 4, co. 12, d.l. n. 183 del 2011 cit..

c. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha rilevato che il sistema di esenzioni dall'obbligo di gara si presta a comportamenti elusivi delle amministrazioni che non intendono procedere alle gara, poiché è sufficiente frazionare gli affidamenti in tante "tranche" di valore inferiore alla soglia indicata *ex lege*⁵.

La legislazione vigente pone il divieto espresso di procedere al frazionamento del servizio e del relativo affidamento per contrastare l'elusione dei limiti normativi all'affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici locali, al fine di garantire l'unitarietà del servizio oggetto dell'affidamento *in house* (art. 4, co. 13, d.l. n. 138 del 2011, come modificato dall'art. 9, co. 2, l. n. 183 del 2011 cit.).

Il legislatore ha fatto propria l'esigenza espressa dall'Antitrust di accompagnare il processo di riforma del settore con misure di garanzia dell'efficienza e della qualità della gestione del servizio, disponendo l'obbligo per gli enti affidatari di rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati e di ogni ulteriore informazione rilevante, nel dichiarato

⁴L'ampia formulazione della norma ricomprende «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».

⁵Atto di segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 26 agosto 2011, n. 864.

intento di assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione dei servizi pubblici locali e di effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni (c.d. attività di *benchmarking*) (d.l. n. 138 del 2011, art. 4, co. 33-bis; l. 12 novembre 2011, n. 183, art. 9, co. 2, lett. m).

La nuova disciplina demanda la definizione degli aspetti di dettaglio, che daranno piena attuazione al quadro delineato, al decreto ministeriale da emanarsi entro il 31 marzo 2012 dal Ministero per gli Affari Regionali, il Turismo e lo Sport, di concerto con i Ministri dell'Economia e delle Finanze e dell'Interno, sentita la Conferenza unificata (art. 4, co. 33 *ter*, d.l. n. 138 del 2011, come modificato dall'art. 25, lett. b), n. 8), d.l. n. 1 del 2012 cit.). Tale decreto definirà in particolare: (a) i criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale di servizi pubblici locali di rilevanza economica e per l'adozione della delibera quadro ricognitiva dell'istruttoria svolta dall'ente; (b) le modalità attuative dell'obbligo anzidetto di pubblicità dei dati concernenti il servizio reso previsto dal comma 33-bis; (c) ulteriori misure necessarie ad assicurare la piena attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo.

d. Le disposizioni in esame (art. 4, d.l. n. 138 del 2011) si applicano a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica e prevalgono sulle relative discipline di settore in quanto incompatibili, con l'eccezione del servizio idrico integrato (art. 4, co. 34, d. l. cit.).

Se restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore (13 agosto 2011) del decreto (art. 4, co. 35, d.l. n. 138 del 2011 cit.), per ogni altra è disposta una minuziosa disciplina transitoria.

Cessano senz'altro al **31 marzo 2013** gli affidamenti a società miste costituite a seguito di procedure ad evidenza pubblica che non abbiano avuto ad oggetto al tempo stesso la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio (art. 4, co. 32, lett. a), d.l. 138 del 2011 come modificato dall'art. 25, lett. b), n. 6), d.l. 1 del 2012, cit.). Proseguono dunque fino alla scadenza prevista nel contratto di servizio ove la selezione del partner sia avvenuta tramite gara c.d. "a doppio oggetto".

Proseguono del pari sino alla scadenza di contratto gli affidamenti che al 1° ottobre 2003 sono stati dati a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data - o loro controllate - a condizione che la partecipazione dei soci pubblici - calcolata al 13 agosto 2011 - si riduca anche progressivamente entro il 30 giugno 2013 ad una quota non superiore al 40% ed entro il 31 dicembre 2015 in misura non superiore al 30%, a seguito di un'evidenza pubblica o forme private di collocamento presso investitori qualificati o ad industriali.

In difetto cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

Cessano al **31 dicembre 2012** gli affidamenti diretti di valore economico superiore a 200.000 euro “*ovvero*” non conformi alla disciplina dettata per gli affidamenti *in house* dall'art. 4, co.13, d.l. 138 del 2011, cit., cioè gli affidamenti pari o inferiori a 200.000 euro, a società a capitale interamente pubblico, di cui l'affidante abbia il controllo analogo e la cui attività sia in prevalenza svolta per gli enti pubblici controllanti.

Sempre al **31 dicembre 2012** cessano anche tutti gli altri affidamenti diretti (*in house* o misti) non espressamente disciplinati dalle norme transitorie.

e. In deroga all'indicata disciplina è ammesso l'affidamento *in house* per un triennio - anche per importi superiori ai 200.000 euro - ad un'unica *azienda* gestore d'ambito o di bacino, che porti come risultato all'integrazione operativa *-perfezionata* entro il 31 dicembre 2012 - di preesistenti gestioni dirette (anche società miste) o *in house* (art. 4, co. 32, lett. a), d.l. 138 del 2011, come modificato dall'art. 25, lett. b), n. 6), d.l. 1 del 2012 cit.).

La norma favorisce l'accorpamento delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici locali e la crescita dimensionale delle stesse, introducendo nel decreto “Cresci Italia” un significativo tassello che vale a superare la cessazione anticipata degli affidamenti *in house*.

Il contratto di servizio dovrà prevedere indicazioni puntuali riguardanti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente, il livello degli investimenti programmati ed effettuati, nonché obiettivi di performance, il cui rispetto sarà verificato annualmente da parte dell'Autorità di regolazione di settore.

Singolare è l'effetto sanante che tutte le norme transitorie recano ai preesistenti affidamenti, che potranno procedere sino alla scadenza *ex lege* o sino a quella prevista da contratto. Delle norme transitorie occorre dunque offrire un'interpretazione restrittiva, non solo in conformità alla natura giuridica eccezionale delle stesse, ma ancor prima per la necessità di offrire un'interpretazione conforme al dettato dei principi posti dall'ordinamento dell'Unione europea in materia di concorrenza.