

Nota sull'articolo 23 bis della Legge 133/2008 relativa ai Servizi Pubblici Locali

Con l'articolo 23 bis della 133/2008, la legge di conversione del decreto 112, siamo di fronte all'ennesimo intervento legislativo di riforma dei servizi pubblici locali che deve essere valutato su due fronti: uno perché modifica le norme generali sui sistemi di affidamento e di gestione di servizi pubblici locali, di cui all'articolo 113 del testo unico degli enti locali, cioè la normativa generale sulle caratteristiche delle aziende, le forme di affidamento dei servizi pubblici locali; l'altro fronte perché questo articolo di legge supera e prevale sulle norme settoriali, in quanto incompatibili.

I primi nove commi dell'articolo 23 bis sono norma legislativa operante, mentre il comma 10 prevede una specie di delega tramite regolamenti delegati, che ulteriormente introdurranno norme sui servizi pubblici locali. Si deve, inoltre, cominciare a verificare come i processi legislativi regionali, che erano in corso – alcuni, in diverse regioni, stanno riproponendo leggi di intervento sui servizi pubblici locali, – si siano interrotti o modificati, o se si stiano riprendendo nuovi processi legislativi, pur in una qualche incertezza dovuta alla mancanza, ancora, dei regolamenti delegati.

La prima domanda è su quali servizi pubblici locali interviene l'articolo. Sicuramente, riguarda tutti quelli a carattere economico, in quanto non interviene sull'articolo 113 bis del testo unico degli enti locali, che disciplinava i servizi pubblici locali non di carattere economico, prevedendo le specifiche forme di gestione. In particolare l'articolo si riferisce a tutti i servizi industriali, cioè energia elettrica, gas, trasporti pubblici locali, igiene urbana e servizio idrico; significativo, da questo punto di vista, rispetto all'articolo 113, è il rientro del trasporto pubblico locale nella normativa generale. La normativa derivante dall'articolo 23 bis opererà su tutti i servizi pubblici locali, così definiti dai singoli enti locali. Infatti, le competenze degli enti locali possono consentire agli stessi di definire i servizi che prestano ai cittadini, dietro compenso economico, come un servizio pubblico locale. Quindi nel caso in cui venga fatta da un ente locale questa tipo di scelta, si applica l'articolo 113 del testo unico degli enti locali, così come viene rinnovato dalla legge 133/2008.

L'articolo interviene sulle aziende, sulle forme di gestione e di affidamento, e sui settori, quindi si valuta prima la parte legislativa concernente le aziende e le forme di affidamento, e poi quella relativa ai settori.

Le forme di conferimento, definite ordinarie dal comma 2, sono le procedure competitive ad evidenza pubblica nei confronti di imprenditori o società, in qualsiasi forma costituite. Pertanto, sono ordinari tutti gli affidamenti avvenuti con procedura competitiva, a società, indipendentemente dalla proprietà delle stesse, e cioè a S.p.A. integralmente pubbliche, a S.p.A. integralmente private e, cosa che tutti interpretano in maniera innovativa, anche alle S.p.A. miste.

Infatti, l'affidamento a S.p.A. mista, attraverso la gara per la scelta del socio privato gestore (e non solo finanziario) è coerente con la normativa comunitaria (richiamata nell'articolo 23 bis al comma 2), come risulta evidente dalla recente comunicazione integrativa della Commissione Europea (C (2007) 6661) sul partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI). Si costituisce una società che esercita una concessione, e nello stesso tempo si sceglie in forma competitiva un socio privato, con un suo contributo, non solo finanziario, ma anche di competenze, nella gestione del servizio. Si ha una S.p.A. mista anche nel caso di una gara, che consenta la costituzione di una società fra la preesistente società pubblica di gestione ed il socio privato. Queste due tipologie di S.p.A. mista, come dice la stessa

comunicazione interpretativa, sono ammesse a partecipare a qualsiasi tipo di gara, in quanto soggetto economico al pari di qualsiasi altro.

Con il comma 3, che va letto insieme al comma 4, si introduce una deroga al tipo di affidamento definito ordinario, ed è la deroga per l'affidamento diretto, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria, in peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del territorio che vanno, appunto a norma dell'articolo 4, valutate in relazione alle condizioni di mercato. L'ente locale che intende adottare, in deroga alla procedura ordinaria, questo tipo di conferimento, deve presentare una relazione all'Antitrust, che entro due mesi deve dare un parere, non vincolante.

Il rinvio alla disciplina comunitaria viene interpretato da tutti nel senso che questa deroga riguarda solo l'in-house providing, cioè quell'azienda prevista dalla normativa comunitaria, (che in alcuni testi viene chiamata operatore interno), costituita nella forma della società che ha un rapporto particolare con l'amministrazione, rappresentando una specie di branca esterna all'amministrazione, che però rimane nelle regole del rapporto amministrativo. La cosa poi appare del tutto evidente quando, nella lettera a) del comma 10, si prevede che per questo tipo di aziende si applichi il patto di stabilità, cioè rientrino integralmente nella pubblica amministrazione in quanto tale.

Questa tipologia di imprese è soggetta a limiti di ammissione alle procedure competitive, cioè alla partecipazione alle gare; in generale le società in house vengono escluse dalla partecipazione a gare esterne al proprio territorio, al proprio servizio. In deroga a questa norma generale, nella fase transitoria, la società può partecipare alla gara del proprio servizio, cioè alla prima gara per la quale viene riconferito il servizio precedentemente in affidamento diretto.

Non possono partecipare alle gare società di gestione separata delle reti, cioè le società patrimoniali.

Possono partecipare comunque a qualsiasi gara, indipendentemente dalla forma di affidamento del servizio che esercitano, le società quotate in borsa.

Questo comma, che è il comma 9, si chiude con una norma di difficile interpretazione, che dice: "Entro il 31/12/2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante la procedura competitiva ad evidenza pubblica". Non sembra rappresentare una norma, che determina una scadenza anticipata dagli affidamenti in essere, mentre sembra ipotizzare, che fino al 31/12/2010 si possano fare solo le procedure competitive. Si rinvia alla definizione del regolamento una lettura coerente di questa norma.

Il comma 6 riconferma l'affidamento simultaneo di più servizi, quindi l'ipotesi delle multiservizi, ma nella sola condizione della gara, cioè una multiservizi non può essere che una società che riceve l'affidamento attraverso una procedura competitiva. Questo innova rispetto alle multiservizi che abbiamo in questo momento nel Paese.

La norma del comma 5 dichiara non cedibile la proprietà pubblica delle reti, cioè delle proprietà pubbliche ora esistenti, mentre la loro gestione può essere affidata a soggetti privati; non disciplina l'acquisto di reti attualmente private. L'articolo innova rispetto a situazioni preesistenti se la norma consente la gestione, a soggetti privati, di reti separate dal servizio. Che la gestione delle reti fosse affidabile ai privati, insieme al servizio, era superconsolidato, quindi l'articolo sarebbe del tutto inutile in quanto confermerebbe le norme precedenti. Se invece si può prevedere che la gestione separata di reti pubbliche sia affidabile a soggetti privati, siamo di fronte a una innovazione totalmente inconfondibile.

Questi sono i commi dell'articolo 23 che influiscono sui sistemi di affidamento e sulle imprese e sono immediatamente applicabili.

Nella parte della delega, cioè dei regolamenti, che entro 180 giorni dovrebbero essere emessi, ci sono alcune delle lettere che riguardano appunto le imprese.

La prima è la lettera a) del comma 10 che recita “qualsiasi affidatario diretto di servizio pubblico rientra nel patto di stabilità”. Questa norma riguarda certamente le società in-house, mentre alcuni ritengono si possa applicare anche alle S.p.A. a totale proprietà pubblica, ovviamente se affidataria diretta. Sempre la lettera a) del comma 10 introduce per le società in-house e per le società miste le gare per gli acquisti e i concorsi per le assunzioni. Questa norma dovrà essere coordinata con l’articolo 18 della stessa legge 133/2008, che dice: “Per tutte le S.p.A. a totale proprietà pubblica, si applicano i concorsi per le assunzioni”. Comunque con l’articolo 23 bis le società in-house ed anche le società miste (questo è un fatto un po’ incomprensibile) vengono sottoposte in parte a disciplina di carattere pubblico per gli acquisti e per le assunzioni.

La lettera f) del comma 10 disciplina la reciprocità per le imprese estere, solo alle imprese estere extracomunitarie, in quanto tutte quelle comunitarie, in nome del diritto comunitario, hanno diritto di partecipare alle gare in quanto soggetti economici, indipendentemente dalla forma dell’affidamento.

La lettera h) del comma 10 introduce norme sull’ammortamento degli investimenti in relazione alla durata degli affidamenti; sembra introdurre una norma di carattere economico, che influisce sulle regole della durata degli affidamenti, disciplinate dalle leggi di settore, che prevedono normalmente la durata degli affidamenti. La norma potrebbe riguardare le singole gare in relazione allo stock degli investimenti che per l’erogazione del servizio va messo a gara, e quindi si potrebbe determinare un proliferare di affidamenti, con durate molto differenziate fra di loro. Inoltre la lettera i) disciplina il subentro di un nuovo gestore, a seguito di una gara, determinando le condizioni per la cessione dei beni di proprietà privata, cioè di proprietà del soggetto che nel periodo precedente ha gestito l’impresa.

L’articolo 23 bis non si limita a intervenire sulle norme del testo unico degli enti locali, ma interviene anche su norme di carattere settoriale, alcune di carattere generale e alcune di carattere specifico, per singoli settori.

Il comma 7 affronta il problema della dimensione dei mercati, e quindi delle imprese, e introduce la norma che le Regioni possono definire bacini di gara nel rispetto delle normative settoriali. Sembra che si introduca un nuovo concetto, il “bacino di gara”, perché una cosa è un ambito territoriale di gestione del servizio, come sono gli Ato, che hanno caratteristiche istituzionali, mentre non si stabilisce chi è il soggetto istituzionale che costituisce poi il bacino di gara: si costituisce solo per esercire la gara e poi si riframmenta nelle competenze dei singoli enti locali? Inoltre non è definito il campo di intervento di questa norma, perché è vincolata è al rispetto delle norme settoriali. Le norme settoriali dicono che il settore idrico sarebbe fuori del gioco, perché ha gli Ato e la loro riforma - ex articolo 38 della 244/2007 - non attuata; il settore del gas ha l’articolo 46 bis, il cui procedimento si è interrotto; il settore dell’igiene urbana prevedeva nel decreto legislativo 152, e sempre nella norma dell’articolo 38 della finanziaria, l’adozione degli Ambiti Territoriali Ottimali. Quindi sarebbero tre settori su cinque esclusi; uno è escluso perché nazionale l’energia elettrica, quindi dovrebbe riguardare solo il trasporto pubblico locale. Il comma 7 potrebbe sostanzialmente riconfermare le normative settoriali. Siamo di fronte a una incertezza legislativa su una questione che, invece, è sempre stata rilevante, inoltre c’è il rischio di dover attendere le leggi regionali attuative di questo comma 7, prima di avviare un processo di riorganizzazione dei servizi. Inoltre anche nel comma 10 alla lettera b) c’è una norma simile a quella del comma 7, prevedendo per i piccoli Comuni la possibilità di svolgere le funzioni relative alla gestione, in forma associata.

Una questione relevantissima è prevista alla lettera c) del comma 10 e riguarda la distinzione tra la funzione di regolazione e la funzione di gestione, anche intervenendo sulle incompatibilità, perché dovrebbe determinare un processo per il quale si risolve il problema del conflitto di interesse del Comune tra proprietario di società di servizio pubblico locale e la sua funzione di regolazione. Il contenuto della delega è troppo poco definito per comprendere la strumentazione che verrà adottata nella stesura del regolamento. Potrebbe anche emergere l'ipotesi di affidare all'autorità dell'energia elettrica e del gas anche il settore idrico, cosa che sarebbe chiaramente condivisibile.

La lettera d) del comma 10 consente di armonizzare la nuova disciplina dell'articolo 23 bis con quella dei settori, individuando le norme generali e comuni, per quanto riguarda gli affidamenti. Si conferma che questa legge, come c'è scritto nel comma 1, prevale su quelle settoriali, e tutte le forme di affidamento dovranno avvenire soltanto con queste procedure e non con altre, che siano previste dalle leggi settoriali preesistenti.

Per il settore idrico, escluso dalla moratoria decisa dal governo Prodi, viene introdotta una normativa vincolante nel comma 8 dell'articolo 23 bis che recita: "le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica, cessano, ope legis, entro il 31/12/2010". Quindi il 90% delle concessioni idriche decadono il 31/12/2010 perché sono pochissimi i casi di affidamento con gara del servizio idrico integrato; sono tutti affidamenti diretti tra Ato e società di vario tipo, dovrebbero ovviamente essere escluse le società per azioni. Sono, inoltre, escluse da questa cessazione, gli affidamenti diretti in deroga di cui all'articolo 3; ma queste dell'articolo 3 dovrebbero essere solo le nuove, perché nessuna vecchia concessione a società in-house od a S.p.A. interamente pubblica da parte di un Ato è avvenuta nel rispetto della procedura ex commi 3 e 4, che devono essere letti insieme. Quindi la prima questione sarebbe di capire quali sono le concessioni effettivamente assegnate ad evidenza pubblica. Comunque non si tratta di una ulteriore proroga della moratoria che scade l'1/12/2008, pertanto a partire da tale data subentra la normativa del comma 8 dell'articolo 23 bis, e si dovrà procedere secondo la norma del comma 2 per le gare o secondo le norme dei commi 3 e 4 per l'affidamento in deroga a società in-house.

Per gli altri settori si dovrà applicare la norma del regolamento prevista dalla lettera e) del comma 10, che disciplina una fase transitoria, per allineare gli affidamenti alla disciplina dell'articolo 23 bis, prevedendo tempi differenziati di intervento nei vari settori e la non prorogabilità degli affidamenti diretti. Sembrerebbe possibile, attraverso il regolamento, intervenire sugli affidamenti in essere, in tutti i settori, per definirne una fase transitoria, per la quale si possa poi passare attraverso i meccanismi previsti dall'articolo 23 bis.

Per il trasporto pubblico di passeggeri, su strada e per ferrovia, ormai è in vigore il regolamento comunitario 1370 del 2007, che verrà applicato dal 3 dicembre del 2009, che disciplina integralmente il sistema di trasporto pubblico locale di persone, sia per strada che per ferrovia, prevedendo le forme di affidamento ed i contenuti del contratto di servizio. Un regolamento comunitario prevale su qualsiasi disciplina nazionale, non deve essere recepito. Infine per gli altri servizi pubblici locali non a carattere industriale, c'è una norma che tende a introdurre liberalizzazione e fine dell'esclusività; si tratta della lettera g) del comma 10. La portata di questa norma sarà verificabile, solo nella definizione che specificherà il regolamento.

In conclusione l'articolo 23 bis modifica sostanzialmente l'articolo 113 del testo unico degli enti locali e può essere immediatamente applicato in caso di nuovo conferimento di servizi pubblici locali, ma il quadro risulta anche fortemente condizionato dai regolamenti previsti dalla delega che dovrebbero essere emessi entro la fine di gennaio 2009.

Roma, novembre 2008