

Quel pasticciaccio dei servizi pubblici locali

Di Serena Sileoni

Il contesto normativo

La definizione delle regole di affidamento dei servizi pubblici locali non trova pace: tra volontà popolare referendaria e regole europee, il legislatore continua a lanciare gli ami di una gestione più concorrenziale dei servizi pubblici per poi ritirarli tra le pieghe di una disciplina molto intricata e difficile da interpretare, a causa anche della sovrapposizione di norme talora incoerenti talora ripetitive.

Da ultimo, il governo Monti, nel decreto sviluppo del 2012 (decreto legge n. 179/2912), ha abrogato la soglia minima dei 200.000 euro di valore per l'affidamento diretto, norma risultante da più disposizioni di identico tenore che potevano agevolmente ritenersi annullate dalla Corte costituzionale, e ha prorogato la scadenza degli affidamenti diretti a società pubbliche quotate in borsa o loro controllate fino al 2020.

Le due vicende meritano, per motivi diversi, una lettura approfondita.

Prima di esaminare il pasticciaccio legislativo, è forse opportuno ripercorrere le travagliate vicende della gestione dei servizi pubblici.

Il referendum del 12-13 giugno 2011 ha investito il settore dei servizi idrici, travolgendone l'impostazione risalente alla legge Galli del 1994. La larga maggioranza degli italiani ha votato "sì" a due quesiti. Il primo riguardava l'abrogazione della legge Ronchi (relativa a tutti i servizi pubblici locali, inclusa l'acqua), e dunque la norma che recepiva le indicazioni comunitarie sulle modalità di affidamento della gestione dei servizi, che individuava nella procedura a evidenza pubblica lo strumento di affidamento ordinario, e obbligava a "sanare" i precedenti affidamenti *in-house* o attraverso il loro decadimento seguito da gara, oppure con l'individuazione – sempre tramite gara – di un socio industriale privato con la discesa della quota pubblica, gradualmente, al di sotto della soglia del 40% a decorrere dal 2016. L'affidamento diretto rimaneva contemplato solo quale possibilità marginale e in presenza di chiari elementi che rendessero la gestione diretta intrinsecamente più efficiente.

All'esito del referendum, l'abrogazione dell'articolo ha comportato un parziale vuoto legislativo, poiché, come anticipato dalla Corte costituzionale in occasione del giudizio di ammissibilità del quesito e come spiegato dall'Istituto Bruno Leoni, dall'abrogazione dell'art. 23 bis conseguiva comunque «l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria [...] relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica»¹.

Serena Sileoni è Fellow dell'Istituto Bruno Leoni.

Questo perché i servizi pubblici locali ricadono nei servizi generali di rilevanza economica che sono assoggettati a una disciplina comune dell'Unione europea la quale, negli anni, ha richiesto il contemperamento tra la garanzia di servizio universale nell'erogazione dei servizi pubblici e la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore, anche in materia di servizi pubblici, in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi.

Spinto dal fatto che le regole comunitarie in materia sono esse stesse confuse, dall'esigenza comunque avvertita di una disciplina a livello nazionale che smentisse i proclami dei promotori del referendum sull'avvio di una completa ripubblicizzazione dell'acqua, e infine dalla necessità di recuperare la disciplina prevista per i servizi pubblici locali ulteriori rispetto a quello idrico, che erano stati travolti dall'esito referendario benché la campagna referendaria avesse di mira esclusivamente la gestione dell'acqua, il legislatore è prontamente intervenuto, all'indomani della proclamazione dell'esito del referendum, con lo scopo dichiarato di adeguare la disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea. Il decreto legge recante ulteriori misure per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo dell'agosto 2011 (d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni in legge n. 148/2011) ha disegnato un procedimento attraverso il quale gli enti locali distinguono, all'interno dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, quelli da liberalizzare e quelli da concedere in esclusiva.

In particolare, l'art. 4, che si applicava a tutti i servizi pubblici locali eccetto servizio idrico integrato, distribuzione di gas naturale e energia elettrica, trasporto ferroviario locale e farmacie comunali, ha previsto che spettasse ai comuni verificare periodicamente e comunque prima di ogni rinnovo della gestione dei servizi la fattibilità di una gestione concorrenziale. La delibera conseguente a tale istruttoria, da inviare all'Autorità antitrust, avrebbe potuto contenere la scelta di liberalizzare tutte le attività economiche, compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio, oppure di concedere i diritti di esclusiva nel caso in cui, in base all'analisi di mercato condotta, la libera iniziativa economica privata non fosse stata ritenuta idonea a garantire il soddisfacimento del servizio pubblico. Nel caso in cui si fosse optato per la prima soluzione, il conferimento doveva avvenire, secondo quanto richiede l'ordinamento europeo, mediante procedure ad evidenza pubblica, in ossequio ai principi generali relativi ai contratti pubblici (economocità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità). Se, infine, il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento fosse stato pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, la legge prevedeva, in deroga al principio della gara aperta, l'affidamento a favore di società a capitale interamente pubblico che avessero i requisiti richiesti per la gestione *cd. in-house*.

La nuova disciplina ricalcava piuttosto fedelmente proprio quell'art. 23 bis del decreto legge n. 112/2008 che era stato abrogato per via referendaria, nel tentativo di recuperare al vecchio regime quei servizi pubblici che, benché oggetto della norma sottoposta a voto popolare, erano stato di fatto e politicamente esclusi dalla campagna referendaria, concentrata esclusivamente sulla gestione dell'acqua che, non a caso, costituiva uno dei settori esclusi dal decreto.

Proprio per questo motivo, come vedremo più avanti, l'articolo è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale.

Attualmente, la disciplina dei servizi pubblici locali è affidata all'ultimo decreto sviluppo del governo Monti, il già menzionato decreto legge n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 221 del 17 dicembre 2012. Esso prevede, in

maniera meno stringente dal punto di vista concorrenziale del precedente, che i servizi pubblici locali di rilevanza economica sono affidati sulla base di un'apposita relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta (diretta o con gara) e che definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale.

La durata eccezione dell'affidamento diretto per le società quotate a partecipazione pubblica e loro controllate: proroga o elusione della gara?

La proroga degli affidamenti diretti alle società quotate deriva dalla previsione di un regime transitorio, inaugurato con decreto legge n. 135/2009, necessario a consentire la cessazione di modalità atipiche di affidamento rispetto a quelle introdotte dalla legislazione nazionale della gara o, in via eccezionale, dell'*in-house*.

In quel decreto, il legislatore aveva previsto che gli affidamenti diretti assentiti alla data del primo ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, nonché a quelle da esse controllate, avrebbero potuto avere due esiti differenti: sarebbero cessati alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione però che la partecipazione pubblica si fosse ridotta, anche progressivamente, attraverso procedura ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali; se tale progressiva privatizzazione della società quotate non si fosse avverata entro il 31 dicembre 2012, gli affidamenti sarebbero cessati improrogabilmente e automaticamente alla medesima data (art. 15, lett. d, decreto legge n. 135 del 25 settembre 2009, convertito con modificazioni in legge n. 166 del 20 novembre 2009).

Successivamente, l'art. 4 del decreto legge n. 138/2011, intervenendo a colmare la lacuna normativa provocata dall'abrogazione per via referendaria della disciplina concernente l'affidamento dei servizi pubblici, ha modificato il regime transitorio per le società quotate, prevedendo che la cessazione alla scadenza prevista nel contratto di servizio si sarebbe avuta a condizione che la partecipazione in capo a soci pubblici detentori di azioni alla data del 13 agosto 2011 ovvero quella sindacata si fosse ridotta anche progressivamente, attraverso le medesime procedure di cui sopra, ad una quota non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015. In mancanza di una simile dismissione, gli affidamenti sarebbero cessati improrogabilmente e automaticamente, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

L'articolo continuava quindi a sottrarre le società pubbliche quotate in borsa, per un periodo di tempo maggiore rispetto alla previgente disposizione, alla sottoposizione alle gare, e prorogava il regime transitorio durante il quale continuava comunque ad essere vigente una modalità di affidamento difforme rispetto alle procedure competitive previste in via generale. Di tale regime transitorio beneficiavano sia le società ancora pubbliche quotate in borsa (che avrebbe avuto la gestione del servizio almeno per un ulteriore anno ancora, rispetto a quanto prima previsto), sia le nuove società a progressiva e ridotta partecipazione pubblica, a cui le si garantiva fino alla scadenza del contratto originario la gestione di un servizio affidato senza procedure ad evidenza pubblica.

In definitiva, le deroghe al regime ordinario di aggiudicazione del servizio tramite procedure ad evidenza pubblica venivano estese temporalmente se la società quotata in borsa, affidataria dal 2003, fosse rimasta pubblica (almeno fino al 31 dicembre 2013, anziché 2012). Inoltre, si dava vita a un modo di "eludere" la modalità di conferimento ordinaria del servizio pubblico attraverso una sorta di privatizzazione parziale della

società quotata, tramite la quale la scadenza anticipata al 2013 veniva evitata grazie alla riduzione della partecipazione pubblica al 40% prima e al 30% poi entro date prefissate, privatizzazione che avrebbe consentito loro di scadere alla scadenza naturale prevista dal contratto.

Tale affidamento diretto in deroga a società quotate in corso di dismissione del capitale pubblico trova spiegazione nel tentativo di creare un incentivo alla privatizzazione dei monopoli pubblici, anche se in grado di creare comunque un regime di collocamento sul mercato estraneo alle regole ordinarie di trasparenza e equità delle procedure.

La norma in esame veniva comunque travolta dalla declaratoria di illegittimità dell'intero art. 4 ad opera della Corte costituzionale, che vi ravvisava la riproposizione della disciplina abrogata con referendum, in violazione della sovranità popolare ivi espressa.

Nell'intervento normativo successivo, avvenuto con il decreto legge n. 179/2012, il governo ha ulteriormente prorogato il regime transitorio per gli affidamenti diretti assentiti alla data del primo ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da essa controllate. Esse cessano infatti, secondo la disciplina ora vigente, alla scadenza prevista nel contratto di servizio e, comunque, laddove la data non sia prevista, entro il 31 dicembre 2020.

In sostanza, il governo ha allungato di ben altri 7 anni la deroga al principio delle aggiudicazioni ad evidenza pubblica solo se il contratto di servizio non prevede alcuna scadenza, altrimenti la scadenza è quella prevista dal contratto di servizio, a prescindere dallo sforzo di privatizzazione prima richiesto.

E' evidente che una simile previsione comporta un'indebita estensione temporale del regime di affidamento diretto, derogatorio rispetto a quanto previsto dallo stesso decreto legge al comma 20, secondo cui l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è effettuato sulla base del principio di parità tra operatori e economicità della gestione, e contraddittorio rispetto all'ordinamento europeo che richiede la via ordinaria della procedura ad evidenza pubblica, e solo in via eccezionale la possibilità di un affidamento diretto in presenza dei requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo analogo e della prevalenza dello svolgimento, da parte del soggetto affidatario, dell'attività a favore dell'ente pubblico conferente, ovvero i requisiti dell'*in-house*. Difatti, secondo il diritto europeo "L'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza" (considerando n. 46, direttiva CE/2004/18). Di conseguenza occorre ammettere soltanto l'applicazione di due criteri di aggiudicazione: quello del 'prezzo più basso' e quello della 'offerta economicamente più vantaggiosa', residuando l'affidamento diretto alle ipotesi di gestione *in-house*, come ricostruita dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza Teckal (C-107/98 del 18 novembre 1999).

Le società pubbliche quotate in borsa potranno invece continuare ad essere affidatarie dei servizi loro concessi almeno fino al 2020, senza doversi sottoporre, per un considerevole periodo di tempo, ad affidamenti basati sull'esperimento di procedure ad evidenza pubblica, che consentono la scelta del miglior gestore sulla base della comparazione tra le offerte pervenute.

Ciò determina, evidentemente, una eccezione, se non una violazione, ai principi europei in materia di affidamento dei servizi pubblici, con rilevanti effetti di restrizione della concorrenza, a danno del corretto funzionamento dei mercati e, in ultima analisi, dei cittadini fruitori dei relativi servizi, come usa dire la nostra autorità garante della

concorrenza. Tali società infatti si assicurano per un numero considerevole di anni la gestione dei servizi senza alcun confronto concorrenziale, che è invece indispensabile per garantire le migliori condizioni di fornitura del servizio a beneficio dei cittadini.

L'anomalia dell'affidamento diretto frutto non di una competizione paritaria con gli altri operatori economici, ma di una deroga transitoria che sarebbe dovuta durare lo stretto tempo necessario ad invogliare le società pubbliche quotate a vendere parte delle loro quote ad operatori privati, diviene così, con l'ultimo intervento legislativo, un'eccezione duratura tale da non poter quasi essere considerata una deroga temporanea al regime ordinario.

La proroga appare, quindi, quanto mai incoerente rispetto al principio di trasparenza e equità che soggiace, ispirandole, alle norme relative alla selezione con procedura ad evidenza pubblica dei gestori dei servizi pubblici. Essa è invece un affronto ai principi di trasparenza e parità di condizioni da cui discende la regola secondo la quale i servizi pubblici sono affidati con continue gare ad evidenza pubblica all'esito delle quali viene selezionata la miglior offerta di gestione.

La soglia dei 200.000 euro: uno spettro si aggira tra le norme

L'eliminazione del valore dei 200.000 euro per poter procedere ad affidamento diretto rappresenta un vero e proprio pasticcio legislativo, che merita di essere sottolineato per avere una pur minima idea del caos che regna nell'ordinamento giuridico italiano.

Come già segnalato, all'esito referendario faceva immediato seguito una nuova regolazione dei servizi pubblici locali, che riproponeva le modalità di affidamento previste dall'articolo abrogato con referendum escludendo da tale disciplina il servizio idrico integrato. Alcune regioni facevano ricorso contro la legge sulla base, tra gli altri motivi, del fatto che essa contravveniva alla volontà popolare espressa solo un mese prima con referendum.

Applicando una costante giurisprudenza sui limiti del legislatore rispetto alla volontà referendaria, la Corte annullava l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, in quanto «risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e l'identità della ratio ispiratrice», senza che vi fosse stato un mutamento del quadro politico o delle circostanze di fatto che facesse supporre che l'intento del legislatore fosse diverso rispetto a quello di impedire l'esito della consultazione popolare (sentenza n. 199 del 20 luglio 2012).

A nulla quindi valeva l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 4 del servizio idrico integrato, dal momento che, a dispetto dell'obiettivo dichiarato del referendum e tenuto conto «del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava "pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica" (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23-bis», la Corte non ha potuto ritenere che «l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica [fosse] soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare».

Veniva quindi annullato l'art. 4, sia nel testo originario, che in quello risultante dalle successive modificazioni. Mentre la Corte veniva investita del ricorso, l'art. 4 subiva infatti varie modifiche. Per quel che interessa in questa sede, gli affidamenti diretti venivano consentiti per i servizi di valore inferiore non più a 900.000 euro, ma a 200.000 euro (art. 25, decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 24 marzo 2012; art. 53, decreto legge 22 giugno 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 134 del 7 agosto 2012).

Poiché la Corte riteneva che tali modifiche confermassero il contenuto prescrittivo dell'art. 4, oggetto di impugnazione, in forza del principio di effettività della tutela costituzionale estendeva la questione di illegittimità alla nuova formulazione dell'art. 4, come risultante dalle modifiche appena dette.

Tuttavia, il legislatore ha ignorato la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 come novellato dal decreto legge n. 83, che in costanza della decisione della Corte era in corso di conversione in Parlamento. Difatti, la legge di conversione, approvata successivamente alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, non eliminava le disposizioni che, modificando l'art. 4, avrebbero dovuto ritenersi travolte dal giudizio della Corte, e restava quindi in vigore la modifica dell'articolo annullato consistente nell'abbassamento della soglia dei 200.000 euro. Risultava quindi un pasticcio legislativo secondo cui la legge di conversione riproponeva la modifica di una norma nel frattempo annullata, aggirandosi come uno spettro nel sistema delle fonti.

Anche se, a rigor di logica, la disposizione della legge di conversione che continuava a modificare l'art. 4 prevedendo l'abbassamento della soglia minima per il conferimento dell'affidamento diretto a 200.000 doveva intendersi quantomeno inefficace, proprio perché modificativo di una norma invalida fin dall'inizio, il governo Monti ha comunque ritenuto di dover espressamente abrogare tale disposizione.

Sempre nell'ultimo decreto sviluppo, vi è infatti l'espressa abrogazione dell'art. 53, con l'effetto quantomeno bizzarro di abrogare una norma che era da ritenersi già sostanzialmente annullata, o quantomeno formalmente inefficace.

Quali che siano le singolari e confuse vicende che hanno portato all'attuale disciplina dei servizi pubblici, resta un dato comune sia alla scelta di prorogare ulteriormente gli affidamenti diretti alle società pubbliche quotate sia alla scelta di eliminare la soglia dei 200.000 euro. E il dato è quello di un ritorno al passato, quando nell'alternativa tra affidamento diretto o con gara non vi era un'opzione di valore a favore della seconda, come invece la stessa Unione europea chiede.

Benché il governo uscente rivendichi di aver compiuto passi avanti verso una maggiore liberalizzazione anche dei servizi pubblici locali, quale "contributo per accrescere l'equità, favorendo gli outsiders e i nuovi ingressi nel mercato" a favore dei cittadini-consumatori, le due novità legislative qui esaminate sembrano andare nella direzione opposta, segnando uno scarto che troppo spesso, purtroppo, si manifesta tra dichiarazioni di intenti e realtà.

Il governo entrante potrà smentire l'impressione di questo scarto varando una nuova legislazione sui servizi pubblici locali la quale, dal momento che verrebbe approvata in un contesto politico differente, non dovrebbe più trovare l'ostacolo del rispetto della volontà referendaria. Difatti, la Corte costituzionale ha posto come limite all'attività legislativa successiva al referendum il divieto di «formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare» (a partire dalla sentenza n. 468/1990).

In dottrina, si sostiene che con ciò la Corte costituzionale vieti la riproposizione della normativa abrogata laddove la nuova disciplina sia esclusivamente finalizzata a disattendere la volontà popolare, mentre nulla impedisce che il legislatore, al mutare della realtà politico-istituzionale, all'evenienza di sopravvenienze esterne, politico, economico, giuridico-istituzionali diverse, approvi una disciplina anche contrastante con l'esito referendario, in ossequio al normale succedersi di fonti del diritto equiparate, come sono, in effetti, il referendum e la legge ordinaria.

Con la nuova legislatura, dunque, date anche le esigenze conseguenti a un contesto economico ancora più critico di quello presente al momento del referendum e a una

difficoltà sempre maggiore delle casse pubbliche di finanziare i servizi economici di interesse generale, l'Italia potrà – se vorrà – riallinearsi all'impostazione europea, secondo cui gli «obiettivi di sviluppo di servizi d'interesse economico generale di elevata qualità, accessibili e a prezzi abbordabili, da un lato, e quello del mercato interno aperto e concorrenziale [sono] tra loro compatibili e [...] dovrebbero essere complementari. L'esperienza acquisita, dimostra che i mercati aperti alla concorrenza contribuiscono a migliorare l'efficienza, l'abbordabilità dei prezzi e la gamma dei servizi offerti» (*Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale*, COM(2007) 725).

IBL Focus

CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.