

**AS375 - AFFIDAMENTO DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI AVENTI RILEVANZA ECONOMICA
SECONDO MODALITÀ C.D. IN HOUSE E AD ALCUNI CONTENUTI DELLA LEGGE DELEGA
IN MATERIA DI TALI SERVIZI**

Roma, 28 dicembre 2006

Senato della Repubblica
Presidente Senatore Franco Marini

Camera dei Deputati
Presidente On.le Fausto Bertinotti

Presidenza del Consiglio dei Ministri
Presidente Professor Romano Prodi

Ministro per lo Sviluppo Economico
On.le Pierluigi Bersani

Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali
Onorevole Linda Lanzillotta

Conferenza Unificata Stato-Regioni, Città e Autonomie Locali
Presidente On.le Linda Lanzillotta

Regione Autonoma Valle d'Aosta
Presidente On. Luciano Caveri

U.P.I. – Unione delle Province d'Italia
Dott. Fabio Melilli

Provincia Autonoma di Bolzano
Presidente Dott. Luis Durnwalder

Provincia Autonoma di Trento
Presidente Dott. Lorenzo Dellai

ANCI - Associazione Nazionale Comuni Italiani
Presidente Dott. Leonardo Domenici

Sindaco del Comune di Lignano Sabbiadoro
Dott. Silvano Delzotto

Sindaco del Comune di Tarcento
Dott. Roberto Pinosa

Sindaco del Comune di Rubano
Dott. Ottorino Gottardo

Nel corso degli ultimi mesi sono pervenute all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato diverse segnalazioni in materia di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287, tra cui più recentemente due relative alle modalità con cui alcuni enti pubblici territoriali hanno provveduto all'affidamento della gestione di tali servizi.

In particolare, in un caso è stata sollevata la legittimità dell'affidamento diretto dei servizi di raccolta e smaltimento di rifiuti urbani effettuato dai Comuni di Lignano Sabbiadoro e Tarcento nei confronti di una società di scopo controllata da una società da essi partecipata, società quest'ultima il cui capitale sociale

non è interamente pubblico in quanto un'associazione di diritto privato ne detiene una quota, seppur marginale.

In un altro caso è stata contestata la legittimità dell'affidamento diretto dei servizi di raccolta di rifiuti urbani effettuato dal Comune di Rubano nei confronti di una società partecipata dal medesimo e avente capitale interamente pubblico, ma ripartito tra una grande pluralità di soci. Subito dopo tale affidamento, peraltro, la società affidataria si sarebbe fusa con un'altra società a capitale interamente pubblico – con ulteriore diluizione delle quote detenute dai singoli enti – che avrebbe così acquisito il rapporto di servizio in discussione.

L'Autorità, nel constatare una volta di più come il settore dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica risulti caratterizzato da una casistica estremamente varia di gestioni da parte di imprese controllate dagli enti locali cui il servizio è stato affidato direttamente, che dai soggetti interessati vengono impropriamente ricondotte a quelle c.d. *in house*, nella sua adunanza del 14 dicembre 2006, intende nuovamente esporre alcune considerazioni al riguardo e, con l'occasione, sulle iniziative legislative di riforma dei servizi pubblici locali, nell'esercizio del potere di segnalazione di cui all'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Posto che di alcune problematiche degli affidamenti *in house* di servizi pubblici locali l'Autorità si è già occupata in passato¹, si coglie ora l'occasione per sottolineare che tale modalità di affidamento è sottoposta a stringenti requisiti di legittimità, così come determinati dalla giurisprudenza comunitaria e recepiti nella normativa nazionale², i quali non permettono agli enti locali di far ricorso all'affidamento diretto in qualsivoglia situazione, ovvero quale modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici, relegando lo strumento competitivo della gara a poche ed eccezionali situazioni. Ciò in quanto i servizi pubblici locali costituiscono servizi economici offerti all'utenza in regime di monopolio ed è pertanto necessario che venga assicurato, nella forma quanto più ampia possibile, il ricorso al mercato attraverso procedure competitive per la scelta dell'impresa offerente, attivando una concorrenza che assicuri la scelta dell'operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari e offrire il servizio migliore al minor costo.

Per altro verso, le condizioni alle quali è consentito agli enti locali di erogare direttamente tali servizi ed evitare il ricorso al mercato e il confronto previsto dalla gara sono da interpretarsi e applicarsi in senso restrittivo anche in ragione dell'obiettivo situazione di conflitto d'interesse che tale modalità di affidamento – allo stesso modo, del resto, di quella nei confronti di società costituite secondo le modalità del c.d. partenariato pubblico-privato – determina in capo agli enti pubblici locali, i quali risultano essere al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima (es. le autorità di ambito territoriale ottimale nel caso dei servizi idrici e ambientali).

Tanto premesso, la presenza ancorché marginale di soggetti non pubblici nel capitale sociale della società affidataria³ e la frammentazione del capitale in maniera tale da non rendere ragionevolmente riconoscibile il controllo sull'impresa in capo al soggetto pubblico affidante il servizio⁴, inducono a ritenere non sussistenti le condizioni di legittimità dell'affidamento secondo le modalità *in house*.

¹ Si veda da ultimo la segnalazione AS361 del 27 settembre 2006, *Organizzazione del servizio di raccolta differenziata nel territorio provinciale*, nonché, più in generale, la segnalazione AS311 del 6 settembre 2005, *Modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali*.

² Si ricorda che, ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c), del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, tali requisiti consistono ne (1) la natura interamente pubblica del capitale sociale del soggetto affidatario, (2) l'esercizio su tale soggetto di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte dell'ente o degli enti pubblici titolari del capitale sociale, (3) la realizzazione da parte della società della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

³ Al riguardo, per una pronuncia assai recente della Corte di Giustizia - che provvede altresì a sottolineare la necessità della persistenza nel tempo del requisito di totale pubblicità del capitale sociale - v. sentenza del 6 aprile 2006, ANAV c. *Comune di Bari*.

⁴ Si ricorda come la Corte di Giustizia abbia già avuto modo di sancire che il controllo intercorrente tra l'ente locale socio e la società affidataria dei servizi deve andare ben oltre quello esercitabile in qualità di semplice socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario, stigmatizzando altresì come una partecipazione indiretta indebolisca ulteriormente il potere di controllo (v. sentenza dell'11 maggio 2006, *Carbotermo c. Comune di Busto Arsizio*).

Giova sottolineare come le indicazioni contenute nella presente segnalazione non intendano ridurre il potere di auto-organizzazione proprio della pubblica amministrazione, bensì porre un opportuno argine alla distorsione di uno strumento operativo, quale l'affidamento *in house*, originariamente volto a consentire una gestione diretta del servizio in casi particolari e circoscritti – è a dirsi quando il servizio non possa essere erogato attivando meccanismi di mercato - ma che nella prassi è invalso a modalità di elusione del necessario confronto concorrenziale nell'affidamento dei servizi attraverso procedure di gara, e a strumento di riorganizzazione imprenditoriale su più ampia base territoriale dei medesimi servizi, della cui legittimità è lecito dubitare.

In effetti, spesso è dato verificare come, attraverso successive fusioni e incorporazioni tra imprese a capitale pubblico a cui siano stati preventivamente affidati servizi pubblici *in house*, contestualmente all'aumentare delle dimensioni e delle attività di queste vengano meno le caratteristiche di prossimità sociale e organizzativa poste a giustificazione degli affidamenti originari secondo le modalità in discorso⁵. Per contro, si afferma progressivamente un'autonomia d'impresa che rende difficilmente sostenibile la tesi di un rapporto di controllo effettivo degli enti locali presenti nel capitale sociale, i quali sono da considerarsi piuttosto - come già si diceva - al più soci di maggioranza, ma sprovvisti di *“influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti”*⁶.

Tenuto conto di quanto sin qui considerato, l'Autorità auspica una revisione della normativa dei servizi pubblici locali che consenta un'effettiva apertura del mercato e garantisca un assetto maggiormente concorrenziale del settore anche a tutela dei cittadini in quanto consumatori, come si propone il disegno di legge delega in materia di servizi pubblici approvato dal Consiglio dei Ministri in data 30 giugno 2006. Si ricorda come tale proposta demandi al Governo l'adozione di un apposito decreto che consenta solo *“eccezionalmente l'affidamento a società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento in house”*, contestualmente stabilendo l'impossibilità per tali società di *“svolgere, né in via diretta, né partecipando a gare, servizi o attività per altri enti pubblici o privati”* (art. 2, comma 1, lett. b) e d)). Posto che, nel testo in discussione, la dimostrazione dell'opportuna eccezionalità dell'affidamento viene demandata all'ente locale, anche attraverso un confronto con le competenti autorità di regolazione e, in via residuale, con questa Autorità, si ritiene che alcune più precise indicazioni da parte della legge circa i limiti di legittimità dell'affidamento *in house* – ad esempio rispetto alle questioni sopra richiamate dell'eccessiva frammentazione del capitale sociale tra enti locali azionisti, l'effettività e la permanenza nel tempo dell'influenza determinante da esercitarsi sull'impresa, la problematicità del controllo indiretto, la soglia di cumulabilità della parte più importante della propria attività da svolgersi con l'ente o gli enti pubblici controllanti – potrebbero evitare il rischio che la situazione di distorsione interpretativa appena stigmatizzata perduri anche in futuro sotto la vigenza di una nuova normativa di riferimento.

In particolare, andrebbe indicato il principio che l'affidamento diretto risulta giustificato solamente quando non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato, secondo un principio di sussidiarietà che limiti l'intervento pubblico a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato.

A fronte di tale attuale carenza nel progetto di riforma, va invece condivisa l'impostazione del medesimo rispetto alla natura eccezionale e residuale del modello di partenariato pubblico-privato, anch'esso attivabile solo in casi eccezionali, proprio in quanto implicante anch'esso il mantenimento di una situazione di conflitto di interesse fra ente pubblico affidante, società affidataria ed ente regolatore, nei termini sopra rilevati.

⁵ Per altro verso, i medesimi effetti si sperimentano con l'uso distorto delle c.d. gestioni in deroga, come l'Autorità ha già rilevato in un caso particolarmente eclatante (v. segnalazione AS339 del 24 maggio 2006, *Gestioni in salvaguardia di servizi idrici e rifiuti urbani e gestione dei servizi ambientali*).

⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 13 ottobre 2005, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*. Al proposito si rinvia altresì a quanto assunto dal Consiglio di Stato, sentenza n. 4440 del 13 luglio 2006, *Saba Italia S.p.A. c. Comune di Bolzano*.

Per altro verso – e propriamente alla luce delle precedenti indicazioni sistematiche contenute nel disegno di legge – non si comprende la ragione della clausola di salvaguardia prevista nel medesimo disegno per la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici (art. 2, comma 1, lett. a)), clausola che determina il risultato di postulare per tale settore proprio la soluzione organizzativa ritenuta eccezionale e soggetta a rigorosi oneri di giustificazione per l'affidamento degli altri servizi. A questo proposito, si fa presente come le condivisibili esigenze di considerazione della pubblica utilità dei servizi idrici e della promozione, attraverso gli stessi, di una più profonda coesione sociale e territoriale⁷, possano già utilmente poggiarsi sulla natura pubblica delle acque stabilita dall'art. 1, comma 1, della legge 5 gennaio 1994, n. 36. Tanto riconosciuto, si ritiene che l'aspetto gestorio andrebbe invece definito di volta in volta in un'ottica di efficienza amministrativa nel perseguimento di un costante miglioramento dei servizi per gli utenti con l'applicazione di tariffe parametrare ai costi, dunque senza escludere la possibilità che, oltre a soggetti pubblici, la gestione dei servizi idrici venga affidata a soggetti privati, selezionati a mezzo di procedure a evidenza pubblica trasparenti ed effettivamente competitive.

Su un piano più generale, si riscontra poi come il menzionato disegno di legge non richiami il Governo ad una considerazione, che si ritiene invece opportuna in sede d'intervento normativo delegato, di alcune questioni cruciali per la regolazione dei servizi pubblici locali, sia con riferimento alle modalità di svolgimento delle gare – le quali devono prevedere requisiti economicamente giustificati e proporzionati per garantire un'effettiva selezione competitiva delle imprese idonee – sia con riferimento alle tariffe e alla qualità del servizio che sarà erogato dall'impresa affidataria. A questo proposito, va tenuto conto di come proprio per i servizi pubblici locali, in assenza di un quadro concorrenziale che dia al mercato regole di trasparenza dei prezzi e migliore qualità del servizio, risulta necessario individuare organi di regolazione indipendenti caratterizzati da un elevato livello di specializzazione, in grado di stimolare e controllare – anche mediante il confronto del grado di efficienza delle imprese fra situazioni locali distinte – la qualità del servizio e il livello degli investimenti effettuati, a prescindere dalla proprietà pubblica o privata delle imprese erogatrici. Solo attraverso un'adeguata regolamentazione svolta da organismi indipendenti e altamente specializzati cui venga affidato sia il controllo delle modalità di affidamento che delle modalità di gestione del servizio (quali il pieno rispetto del contratto di servizio e dei relativi standard qualitativi), appare possibile evitare situazioni di conflitto di interesse o fenomeni di cattura del regolatore, che, come noto, possono ingenerare distorsioni concorrenziali e determinare, tra l'altro, tariffe più elevate, servizi di qualità inferiore e/o minori investimenti, con evidente pregiudizio per i cittadini in quanto consumatori.

Nel raccomandare altresì una determinazione la più stringente possibile della fase transitoria al termine della quale le gestioni di servizi pubblici locali attualmente esistenti andranno allineate alla nuova normativa da adottarsi, l'Autorità sottolinea in conclusione la necessità che alle distorsioni sopra citate sia posto quanto prima un termine.

Si richiamano pertanto, da un lato, le amministrazioni competenti a interpretare la normativa rilevante in maniera rigorosa, in conformità ai principi di concorrenza stabiliti dall'ordinamento comunitario e nazionale, e, dall'altro, si auspica che il legislatore tenga conto dei principi concorrenziali sopra enunciati nei progetti di revisione legislativa in discussione sui servizi pubblici locali, in modo da stimolare anche in questo mercato un maggiore confronto concorrenziale, volto da una parte a stimolare una crescita del settore e, dall'altra, a migliorare le condizioni di offerta dei servizi a vantaggio degli utenti finali.

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà

⁷ Sul punto si rinvia anche alla segnalazione AS266 del 7 agosto 2003, *Normativa di settore dei servizi idrici*.