

ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

Area Economia delle Costruzioni
Area Legislazione Opere Pubbliche

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI:

Il problema dei lavori in house

Il problema degli assetti di mercato

Aprile 2003

INDICE

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| IL PROBLEMA DEI LAVORI "IN HOUSE" | 3 |
| SCHEDA N. 1 - SETTORI ORDINARI | 5 |
| SCHEDA N. 2 - SETTORI SPECIALI (ACQUA, ENERGIA TRASPORTI E TELECOMUNICAZIONI) | 7 |
| SCHEDA N. 3 - MODIFICA NORMATIVA PER ARGINARE I LAVORI "IN HOUSE" | 9 |
| EMENDAMENTO..... | 9 |
| IL PROBLEMA DEGLI ASSETTI DI MERCATO..... | 10 |
| L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA SULLA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI..... | 10 |
| GESTIONE AFFIDATA DIRETTAMENTE AD AZIENDE SPECIALI (EX MUNICIPALIZZATE) | 12 |
| <i>Un caso concreto</i> | 12 |
| Settore energetico | 13 |
| Settore idrico-ambientale | 13 |
| L'attività nella realizzazione dei lavori | 13 |
| AFFIDAMENTO DIRETTO DELLA GESTIONE A SOCIETÀ MISTA APPOSITAMENTE COSTITUITA..... | 14 |
| CESSIONE DELLE QUOTE E CONTROLLO DELLE SOCIETÀ CONCESSIONARIE | 15 |

IL PROBLEMA DEI LAVORI "IN HOUSE"

Da qualche tempo si assiste ad un preoccupante fenomeno per le imprese edili, relativo **all'invasione del mercato delle opere pubbliche da parte dei soggetti che gestiscono i servizi pubblici locali** (quali, le "società miste", le aziende speciali ed i consorzi tra enti locali, previsti dal D.lgs. n. 267/2000, agli artt. 2, 31, 113, 113 bis, 114 e 116, come modificati dall'art. 35 della Legge n. 448 del 28 dicembre 2001).

Si tratta di entità che, nella maggior parte dei casi, hanno avuto il servizio in affidamento diretto - ovvero senza l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica - e che, pertanto, godono di una posizione monopolistica sia nella gestione dei servizi in parola, sia nella realizzazione delle opere necessarie alla manutenzione delle reti strumentali ai servizi stessi.

Peraltro, si rileva che tale situazione di monopolio è destinata a permanere a lungo anche a seguito della riforma normativa realizzata con la Legge n. 448 del 2001 (Legge finanziaria 2002).

Infatti, detta legge (art. 35) se, da un lato, ha sancito l'obbligo di acquisire la gestione dei servizi pubblici esclusivamente mediante gara, dall'altro, prevede un lungo periodo transitorio in cui le società che agiscono in virtù di un affidamento diretto possono comunque continuare ad operare, potendo, così affrontare con tranquillità l'impatto con il mercato.

Ora, risulta che tali soggetti tendano a realizzare "in house"- ovvero senza ricorrere alle procedure concorsuali, ma utilizzando le proprie strutture interne, ovvero quelle del socio privato imprenditore - gran parte dei lavori strumentali alla gestione dei servizi.

Ciò, tuttavia, sarebbe loro largamente precluso.

Infatti, tali soggetti avrebbero l'obbligo di eseguire i lavori pubblici esclusivamente tramite affidamenti esterni, con la sola eccezione dei lavori in economia, (c.d. obbligo di "esternalizzazione" dei lavori, su cui art. 19, comma 01 della Legge n. 109/94), questi ultimi realizzabili "in house" solo nei limiti dei 50.000 euro (**vedi scheda 1**).

E ciò anche se essi operino nei c.d. "settori speciali" (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni), di cui al D.Lgs. n. 158/95, ma debbano realizzare i lavori individuati dal D.P.C.M. n. 517/97 (ovvero quei lavori non strettamente influenzati dagli scopi istituzionali perseguiti da tali enti, ovvero riguardanti opere il cui contenuto specialistico o tecnico non sia direttamente condizionato dalle specificità tecniche proprie di tali settori, cui vanno aggiunti i rilevati aeroportuali e ferroviari) (**vedi scheda 2**).

Con riferimento ai “settori speciali”, però, la situazione si è aggravata con l’entrata in vigore della Legge n. 166/2002.

Infatti, il comma 5 bis dell’art. 2 della Legge n. 109/94, non riprodotto nel nuovo testo dello stesso art. 2 introdotto dalla Legge n. 166/2002, estendeva l’obbligo di esternalizzazione anche a quei lavori non contemplati dal D.P.C.M. n. 517/97.

Il fatto che il comma 5 bis non sia stato riprodotto nel nuovo testo dell’art. 2 comporta, che relativamente a quei lavori non elencati nel suddetto DPCM, i soggetti operanti nei settori speciali tra cui moltissime società miste, non hanno più il divieto di realizzazione “in house”.

La conseguenza di tutto ciò è una progressiva sottrazione alle regole della concorrenza di una importantissima fetta di mercato, a scapito degli operatori privati di settore.

A tali considerazioni, si aggiunga che **le società miste danno precisi segnali di voler partecipare, in veste di esecutori, alle gare per l’affidamento di lavori pubblici.**

Lo dimostra il fatto che si registrano **le prime attestazioni SOA delle società miste**, ovvero delle ex aziende municipalizzate, ora divenute società per azioni, il cui rilascio è stato recentemente avallato, dopo un iniziale orientamento negativo, dall’Autorità di vigilanza dei lavori pubblici (su cui deliberazione n. 325/2002, con la quale ha confermato la legittimità dell’attestazione rilasciata all’ACEA), sebbene la stessa abbia recentemente convocato un’Audizione – cui ha partecipato anche l’ANCE – onde poter approfondire la tematica.

In tal modo, il mercato, ed i principi concorrenziali che lo regolano, vengono totalmente scon-volti.

Ed infatti, tali soggetti, potendo ottenere le attestazioni sulla base dei lavori realizzati “in house” – lavori che peraltro vengono loro affidati in modo pressoché continuativo, trattandosi per lo più di interventi di manutenzione delle reti strumentali ai servizi – finiscono per partecipare alle gare per l’affidamento dei lavori (e non solo di servizi), in una posizione che, per le ragioni ora espresse, appare di totale privilegio.

Tutto ciò concreta un’ipotesi di concorrenza gravemente sleale.

Per arginare tale fenomeno dei lavori “in house” sarebbe opportuno ripristinare una norma già presente nella Legge Merloni, eliminata dalla Legge n. 166/2002.
(vedi scheda 3)

Scheda n. 1 - Settori Ordinari

Le “società miste”, le aziende speciali ed i consorzi tra enti locali - previsti dal D.lgs. n. 267/2000, agli artt. 2, 31, 113, 113 bis, 114 e 116, come modificati dall’art. 35 della Legge n. 448 del 28 dicembre 2001 - possono realizzare “in house” - ovvero senza ricorrere alle procedure concorsuali, ma utilizzando le proprie strutture interne, ovvero quelle del socio privato imprenditore - i lavori strumentali alla gestione dei servizi **solo entro il limite di importo di 50.000 euro.**

Infatti, detti organismi sono considerati dalla Legge n. 109/94 fra gli enti aggiudicatori e non fra i soggetti esecutori (art. 2, comma 2, lett b).¹

Come tali, hanno l’obbligo di eseguire **i lavori pubblici esclusivamente tramite affidamenti esterni, con la sola eccezione dei lavori in economia (c.d. obbligo di “esternalizzazione” dei lavori).**

Tale principio è desumibile in modo chiaro dall’art. 19, comma 01 della Legge n. 109/94², secondo il quale “*i lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto e di concessione di lavori pubblici, salvo i lavori in economia di cui all’art. 24, comma 6*”.³

Per quanto più strettamente attiene ai lavori in economia, si ricorda che il richiamato art. 24, comma 6, della Legge quadro, li ammette fino all’importo di 200.000

¹ **Art. 2, comma 2, della Legge n. 109/94** – “Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge”

(...)

2. Le norme della presente legge e del regolamento di cui all’articolo 3, comma 2, si applicano:

(...)

b) ai concessionari di lavori e di servizi pubblici e ai soggetti di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n.158, e successive modificazioni, alle aziende speciali ed ai consorzi di cui agli articoli 114, 2 e 31 del testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267, **alle società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del citato testo unico**, alle società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza; ai predetti soggetti non si applicano gli articoli 7, 14, 18, 19, commi 2 e 2-bis, 27 e 33 della presente legge;

(...)

² **Art. 19 della Legge n. 109/94** - Sistemi di realizzazione dei lavori pubblici

0.1 I lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo quanto previsto all’articolo 24, comma 6 (102).

(...)

³ **Art. 24, comma 6 della Legge n. 109/94** - Trattativa privata

(...)

I lavori in economia sono ammessi fino all’importo di 200 mila ECU I.V.A. esclusa, fatti salvi i lavori del Ministero della difesa che vengono eseguiti in economia a mezzo delle truppe e dei reparti del genio militare, disciplinati dal regolamento per l’attività del Genio militare di cui all’articolo 3, comma 7-bis.

(...)

euro. Tale disposizione va, peraltro, raccordata con quanto stabiliscono gli artt. 142⁴ e 143⁵ del D.P.R. n. 554/99 circa la modalità di esecuzione dei lavori in economia denominata “in amministrazione diretta” (corrispondente al concetto dei lavori “in house”), per la quale il comma 3 dell’art. 143 fissa il limite di spesa complessiva non superiore a 50.000 euro.

Ciò significa che, come detto sopra, i soggetti in esame possono realizzare al proprio interno, in amministrazione diretta, esclusivamente lavori fino all’importo di 50.000 euro (così stabilito dal D.P.R. n. 554/99).

Peraltro, con particolare riferimento alle società miste, il quadro normativo ora esposto sembrerebbe essere ribadito dallo stesso T.U. sugli enti locali (D.lgs. n. 267/2000) che, all’art. 116⁶, stabilisce il principio per cui, ai fini della realizzazione di opere di qualunque importo da parte di tali soggetti, si applica la legislazione vigente in materia di lavori pubblici (le cui regole sono quelle dianzi ricordate).

⁴ **Art. 142 (Modo di esecuzione dei lavori) D.P.R. n. 554/99**

1. I lavori in economia si possono eseguire:
 - a) in amministrazione diretta;
 - b) per cottimi.
2. Per tutti i lavori in economia la stazione appaltante nomina un responsabile del procedimento.

⁵ **Art. 143 (Lavori in amministrazione diretta) D.P.R. n. 554/99**

1. Quando si procede in amministrazione diretta, il responsabile del procedimento organizza ed esegue per mezzo di proprio personale o di personale eventualmente assunto i lavori individuati all'articolo 88.
2. Il responsabile del procedimento acquista i materiali e noleggia i mezzi eventualmente necessari per la realizzazione dell'opera.
3. I lavori assunti in amministrazione diretta non possono comportare una spesa complessiva superiore a 50.000 Euro.

⁶ **Art. 116 del D.lgs. n. 267/2000**

1. Gli enti locali possono, per l'esercizio di servizi pubblici di cui all'articolo 113-*bis* (servizi privi di rilevanza industriale) e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria anche in deroga ai vincoli derivanti da disposizioni di legge specifiche. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionariato diffuso e resta comunque sul mercato.
(...)

3. Per la realizzazione delle opere di qualunque importo si applicano le norme vigenti di recepimento delle direttive comunitarie in materia di lavori pubblici.

(....)

Scheda n. 2 - Settori Speciali (Acqua, Energia Trasporti e Telecomunicazioni)

Le società miste, le aziende speciali ed i consorzi tra enti locali - previsti dal D.lgs. n. 267/2000, agli artt. 2, 31, 113, 113 bis, 114 e 116, come modificati dall'art. 35 della Legge n. 448 del 28 dicembre 2001 - operanti nei c.d. "settori speciali" di cui al D.Lgs. n. 158/95, debbono eseguire **i lavori pubblici esclusivamente tramite affidamenti esterni, con la sola eccezione dei lavori in economia (c.d. obbligo di "esternalizzazione" dei lavori), solo qualora debbano realizzare i c.d. lavori "civili"** (ovvero quelli, individuati dal D.P.C.M. n. 517/97 - a sua volta richiamato dall'art. 8, comma 6 del Dlgs. n. 158/95⁷ - non strettamente influenzati dagli scopi istituzionali perseguiti da tali enti, ovvero riguardanti opere il cui contenuto specialistico o tecnico non sia direttamente condizionato dalle specificità tecniche proprie di tali settori, cui vanno aggiunti i rilevati aeroportuali e ferroviari).⁸

⁷ **Art. 8 comma 6 del D.lgs n. 158/95**

(.....)

6. Agli appalti di lavori che non siano strettamente correlati agli scopi istituzionali dei soggetti aggiudicatori di cui agli articoli da 3 a 6, o che pure essendo funzionali a detti scopi, riguardino opere il cui contenuto specialistico e tecnico non sia direttamente condizionato dalle specificità tecniche proprie dei settori di cui agli articoli da 3 a 6, individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con i ministri competenti, si applicano, per gli aspetti regolati dal presente decreto, le norme vigenti.

(...)

⁸ **Art. 2 della Legge n. 109/94 "Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge"**

(...)

2. Le norme della presente legge e del regolamento di cui all'articolo 3, comma 2, si applicano:

(...)

- b) ai concessionari di lavori e di servizi pubblici e ai soggetti di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n.158, e successive modificazioni, alle aziende speciali ed ai consorzi di cui agli articoli 114, 2 e 31 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267, alle società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del citato testo unico, alle società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza; ai predetti soggetti non si applicano gli articoli 7, 14, 18, 19, commi 2 e 2-bis, 27 e 33 della presente legge;

(...)

4. I soggetti di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n.158, applicano le disposizioni della presente legge per i lavori di cui all'articolo 8, comma 6, del medesimo decreto legislativo e comunque per i lavori riguardanti i rilevati aeroportuali e ferroviari. Agli stessi soggetti non si applicano le disposizioni del regolamento di cui all'articolo 3, comma 2, relative all'esecuzione dei lavori, alla contabilità dei lavori e al collaudo dei lavori. Resta ferma l'applicazione delle

In questa ipotesi, i lavori “in house” possano essere realizzati fino all'importo di 50.000 euro - così stabilito dal sopraccennato art. 143 del D.P.R. n. 554/99 - per i lavori eseguibili in amministrazione diretta.

Con riferimento ai lavori afferenti ai “settori speciali” e non rientranti in quelli c.d. “civili”, la situazione è diversa.

Come noto, infatti, il comma 5 bis dell'art. 2 della Legge n. 109/94⁹, che estendeva l'obbligo di esternalizzazione anche a quei lavori non contemplati dal D.P.C.M. n. 517/97, non è stato riprodotto nel nuovo testo dello stesso art. 2 introdotto dalla Legge n. 166/2002.

Da ciò consegue **che relativamente a quei lavori diversi dai lavori “civili”, i soggetti operanti nei “settori speciali”, tra cui moltissime società miste, non hanno più il divieto di realizzazione “in house”, restando vincolati unicamente al rispetto dei propri regolamenti.**

disposizioni legislative e regolamentari relative ai collaudi di natura tecnica. Gli appalti di forniture e servizi restano comunque regolati dal solo decreto legislativo 17 marzo 1995, n.158.

(...)

⁹ **Art. 2, comma 5 bis della Legge n. 109/94, abrogato dalla Legge n. 166/02**

5 bis. I soggetti di cui al comma 2 provvedono all'esecuzione dei lavori di cui alla presente legge, esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici ovvero in economia nei limiti di cui all'articolo 24. Le medesime disposizioni si applicano anche ai soggetti di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, per l'esecuzione di lavori, di qualsiasi importo, non rientranti tra quelli individuati ai sensi dell'articolo 8, comma 6, del medesimo decreto legislativo nonché tra quelli di cui al comma 2, lettera b) del presente articolo (comma abrogato dalla Legge n. 166/2002).

Scheda n. 3 - Modifica normativa per arginare i lavori “in house”

Al fine di arginare il fenomeno dei lavori “in house” si ritiene necessario ripristinare una previsione già presente nella Legge Merloni, eliminata poi dalla Legge n. 166/02.

Tale previsione stabiliva l’obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici disciplinate dalla Legge n. 109/94 di eseguire i lavori esclusivamente tramite affidamenti esterni, con la sola eccezione dei lavori in economia. Lo stesso comma 5-bis estendeva tale obbligo anche ai soggetti operanti nell’ambito del D.Lgs. n. 158/95 (c.d. settori speciali).

EMENDAMENTO

All’art. 2, della Legge 11 febbraio 1994, n. 109, come da ultimo modificato dall’art. 7, comma 1, lettera a), della Legge 1° agosto 2002 n. 166, dopo il comma 4 aggiungere il seguente comma:

“4-bis. I soggetti di cui al comma 2 provvedono all’esecuzione dei lavori di cui alla presente legge, esclusivamente mediante i contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici ovvero in economia per cottimi nei limiti di cui all’art. 24. Gli stessi soggetti possono eseguire i lavori in amministrazione diretta esclusivamente nei limiti di cui all’art. 143 del D.P.R. n. 554/99. Le medesime disposizioni si applicano anche ai soggetti di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158 per l’esecuzione di lavori, di qualsiasi importo, compresi i lavori non rientranti tra quelli individuati ai sensi dell’art. 8, comma 6, del medesimo decreto legislativo nonché di quelli riguardanti i rilevati aeroportuali e ferroviari.”

IL PROBLEMA DEGLI ASSETTI DI MERCATO

La diffusione dei lavori "in house" e la successiva attestazione SOA delle società create da soggetti che gestiscono i servizi pubblici locali assume una dimensione preoccupante, se si considera il quadro complessivo della normativa sulle *public utilities*.

Il motivo di tale preoccupazione è la presenza di una **normativa ancora in evoluzione, che permette ai soggetti già concessionari per affidamento diretto**, di continuare la propria attività all'interno del proprio ambito in condizioni di monopolio, e **di allargare il proprio raggio d'azione** sia in termini territoriali, sia andando ad insidiare mercati non collegati alla finalità per cui sono stati creati.

Si ritiene utile ripercorrere l'evoluzione della normativa sui servizi pubblici locali e di descrivere i comportamenti tenuti da alcuni soggetti che operano in questo mercato.

L'evoluzione della normativa sulla gestione dei servizi pubblici locali

● **La normativa** relativa alla gestione dei servizi pubblici locali, introdotta dall'articolo 22 della legge 142/1990, **prevedeva che per la gestione dei servizi di rilevanza imprenditoriale i comuni e le province potessero utilizzare:**

1. **un'azienda speciale**, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale
2. una **società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale** costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio
3. **la concessione a terzi.**

Il primo caso, riguardante l'utilizzo di aziende speciali, ha visto una quasi immediata evoluzione a seguito del D.L. 386/1991 (convertito dalla legge 35/1992) riguardante la trasformazione degli enti pubblici economici, in società di capitali.

Il secondo caso, ovvero l'affidamento della gestione ad una Società di capitali a maggioranza pubblica è stato introdotto per la gestione di quei servizi per i quali fosse opportuno associare soggetti privati.

L'ultimo caso rappresenta, invece, il traguardo a cui guarda il legislatore, ossia un mercato liberalizzato nel quale i gestori operino in base a concessioni aggiudicate secondo procedure concorsuali

- Successivamente, con l'emanazione della **legge 36/1994 per la disciplina della gestione del servizio idrico integrato**, è stato regolato il mercato delle acque sulla base dei principi della legge 142/1990

- Recentemente, poi, l'articolo 22 della legge 142/1990 (ora recepito nell'articolo 113 del Testo Unico degli enti locali, D. Lgs 267/2000) ha subito una profonda modifica dall'**articolo 35 della legge 448/2001**, che ha tracciato le linee generali per la riforma dei modelli di gestione dei Servizi Pubblici Locali.

- **L'affidamento della fornitura del servizio pubblico deve avvenire in regime di concorrenza**, attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica.

- **E' previsto un periodo transitorio, per le gestioni attualmente in essere**, durante il quale gli affidamenti diretti in essere potranno essere mantenuti, per una durata che sarà definita in un regolamento attuativo non ancora emanato.

- **In questo periodo le società che erogano un servizio di pubblica utilità in virtù di un affidamento diretto in un determinato contesto locale, non possono partecipare alle gare che si effettuano in altri ambiti locali.** Questo divieto è stato introdotto per tutelare i soggetti che prendono parte a queste gare e che non possono contare su di una simile rendita monopolistica.

- La mancata emanazione del regolamento, però, ha creato un vuoto normativo, a causa del quale **le aziende speciali trasformate in Spa – soggetti che solo formalmente appaiono di diritto privato ma che sono tuttora sotto il controllo pubblico – stanno attuando strategie imprenditoriali in evidente forzatura della legge.**

- **Questi soggetti stanno creando, a valle, società operative** per la realizzazione di lavori, o per occupare altri settori industriali (es. il global service, cfr. capitolo "*Un caso concreto*" a pag. 12) **e a monte**, ovvero nella fase di affidamento delle concessioni, **stanno attuando escamotage per acquisire il controllo di soggetti concessionari in altri ambiti territoriali** (cfr. capitolo "*Un caso concreto – settore idrico-ambientale*" a pag. 13)

Tali comportamenti sono dettati dall'esigenza di "occupare" tutti gli spazi di mercato possibili, sfruttando la condizione di essere affidatari diretti nella gestione dei servizi pubblici locali (patrimonializzazione e liquidità formatesi in regime di monopolio) prima che la normativa imponga definitivamente l'acquisizione degli affidamenti tramite un confronto concorrenziale.

Si tratta, di fatto, di una **pubblicizzazione strusciante del mercato dei servizi pubblici locali**.

Qui di seguito verranno esaminati alcuni casi che sembrano rappresentare meglio i fenomeni sopra descritti.

Gestione affidata direttamente ad aziende speciali (ex municipalizzate)

Gia dagli inizi degli anni '90, in seguito all'attuazione del DL 386/1991 finalizzato, fra l'altro, alla trasformazione in Spa delle aziende speciali di proprietà degli Enti Locali, il processo di formazione delle Società miste per la gestione dei Servizi Pubblici Locali ha determinato una sostanziale trasformazione del panorama societario di tali soggetti, senza, peraltro, modificarne gli assetti industriali.

Infatti, nella grande maggioranza dei casi, il processo di privatizzazione avviato con la trasformazione societaria di questi soggetti, si è concluso con un semplice cambiamento formale dei rapporti tra società ed Ente Locale, solo formalmente divenuto "socio".

In alcuni casi, invece, la trasformazione in società per azioni ha conferito un carattere di grande aggressività nelle strategie industriali di soggetti ancora di proprietà pubblica.

Un esempio concreto potrà essere utile per comprendere il processo di "privatizzazione" delle *public utilities* italiane e dei riflessi che si sono avuti sulla loro operatività.

Un caso concreto

La trasformazione in società per azioni di molte società "ex municipalizzate", primo passo verso la successiva "privatizzazione" di tali soggetti, ha comportato una decisa modificazione delle strategie di mercato di questi soggetti, rendendoli molto attivi nel ricercare opportunità di business in altri ambiti territoriali e in altri settori d'intervento, sebbene siano in gran parte ancora sotto il controllo maggioritario di enti locali.

Una delle maggiori società operanti nei settori idrici ed energetici, una volta assunta la veste di società per azioni, ha acquisito una struttura di gruppo, con società controllate attive in tre settori principali: l'energia, il settore idrico-ambientale e quello dei servizi integrati.

Settore energetico

Nel campo dell'energia, attraverso una politica di alleanze strategiche, la società ha ottenuto un'espansione del proprio business, grazie all'entrata nel capitale di altre public utilities.

Una di queste alleanze è avvenuta, nella forma di joint venture, con una società estera, a sua volta ex monopolista nel proprio ambito territoriale.

Altri accordi con importanti partner italiani, hanno permesso un ampliamento del proprio business ben oltre i confini del territorio originario.

Queste alleanze appaiono un efficace escamotage per eludere i divieti contenuti nell'articolo 35 comma 6 della Finanziaria 2002. In base a questa norma, infatti, chi, come il soggetto in questione, ha ricevuto in affidamento diretto la concessione per l'erogazione di un servizio pubblico locale, non potrebbe partecipare alle gare per l'affidamento del servizio pubblico in altri comuni. L'acquisto dei pacchetti azionari di imprese che operano in altri comuni rende possibile l'allargamento del business delle public utilities di maggiore dimensione.

Settore idrico-ambientale

Anche nel settore idrico la società in commento è presente con più imprese operative.

Affidataria di un ambito territoriale ottimale, attraverso un affidamento diretto, la società si occupa dei servizi idrici anche in altre importanti città italiane.

L'acquisizione di affidamenti in altri ambiti territoriali è compito di una società specializzata, facente parte del gruppo, che ha il compito di acquisire direttamente o di partecipare alle gare per l'assunzione di quote di capitale sociale di persone giuridiche operanti nel settore idrico.

Anche in questo caso appare evidente l'intenzione di espandere il proprio ambito operativo attraverso l'acquisizione di partecipazioni in società già operanti nel settore idrico, aggirando l'ostacolo rappresentato dalla ricordata normativa sui servizi pubblici locali

L'attività nella realizzazione dei lavori

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 166 del 2002, l'Autorità di vigilanza per i Lavori Pubblici aveva formulato una precisa indicazione alle SOA, secondo cui le società miste, costituite da comuni e province per la

gestione dei servizi pubblici locali, non potevano conseguire l'attestazione di qualificazione. Lo vietava, infatti, l'articolo 2 comma 5 bis della legge 109/94, che imponeva a questi soggetti di affidare a terzi tramite contratti di appalto, i lavori da eseguire.

Nonostante tale divieto, alcune società avevano presentato domanda per ottenere la certificazione Soa.

Con l'approvazione della legge 166/2002 è venuto meno il divieto contenuto nella 109/94, e quindi hanno assunto regolarità le attestazioni SOA di tali soggetti.

La società in commento, attraverso una società operativa, nel 2000 si è aggiudicata una gara per la gestione dei servizi di un importante museo, e tra le prestazioni erogate figura anche il coordinamento dei servizi di manutenzione e pulizia. Particolare da non sottovalutare è che la società operativa è in possesso della certificazione SOA per i lavori di progettazione e costruzione.

Ma il caso della certificazione SOA per la società oggetto dell'indagine non è l'unico: sono state rilasciate attestazioni anche ad altre società di gestione di servizi pubblici, e ad alcune società operative di questi soggetti.

E' evidente, quindi, che a seguito dell'abrogazione dell'art. 2 co. 5 bis della Merloni ter, è chiaro che la libertà d'azione delle public utilities è divenuta molto rilevante, e rischia di turbare il corretto funzionamento dei mercati. Questi player, potendo contare su di un'ampia liquidità derivante dagli affidamenti diretti in comuni con bacini di utenza ragguardevoli, sono in grado di insidiare altri mercati, come quello del facility management, facendo concorrenza alle imprese che non godono di tali rendite di posizione. Appare necessario al più presto eliminare queste distorsioni, ponendo limiti stringenti all'operatività di queste società.

Affidamento diretto della gestione a società mista appositamente costituita

Una delle possibilità offerte agli Enti locali per l'affidamento della gestione dei Servizi Pubblici Locali è la costituzione di società *ad hoc*, nelle quali il soggetto pubblico potrà detenere o meno la maggioranza del capitale

In tal caso, nella valutazione del rispetto, o meno, della normativa sulla libera concorrenza, assumono rilevanza le modalità adottate per la scelta dei soci privati che parteciperanno alla società.

Con le ricordate modifiche delle norme che regolano la gestione dei servizi pubblici locali l'affidamento dei servizi stessi può avvenire esclusivamente

attraverso procedure competitive, con l'eccezione del servizio idrico integrato per il quale è consentito l'affidamento diretto ad una società interamente partecipata da enti locali, con la condizione che questa ceda almeno il 40% del capitale entro due anni, attraverso procedure competitive.

Tale possibilità sembra superare la precedente previsione del Ministero dell'Ambiente (DM 22/11/2001) che ammetteva, per l'affidamento del servizio idrico integrato, esclusivamente una gara pubblica, con procedura aperta.

In base alle modifiche introdotte dal citato articolo 35 della Finanziaria 2002 molti enti di governo degli ambiti territoriali ottimali stanno affidando la gestione del servizio idrico integrato a società a totale partecipazione pubblica, assumendosi l'impegno di cedere, entro due anni, almeno il 40% del capitale sociale.

La cessione di quote (o azioni) dovrà avvenire in base a procedure di evidenza pubblica.

Si pone il problema se le società così formate possano realizzare i lavori in proprio oppure continuare a comportarsi come soggetti aggiudicatori e quindi appaltare secondo le norme vigenti.

Cessione delle quote e controllo delle società concessionarie

Un altro esempio di evoluzione nei rapporti societari delle società miste riguarda l'acquisto della maggioranza del capitale sociale di società concessionarie di servizi pubblici.

Una società mista con capitale a maggioranza pubblica potrebbe modificare il proprio assetto societario a vantaggio di uno dei soci privati che acquisti il controllo della società.

La società mista, che abbia ottenuto la concessione con un affidamento diretto da parte dell'Ente Locale, si troverebbe controllata da un soggetto privato che potrebbe concorrere ad affidamenti in altre gare per concessioni di servizi pubblici.

Un recente esempio servirà a chiarire il problema in questione.

In questi giorni sulla stampa è apparsa la notizia di una possibile cessione di quote azionarie della società che gestisce l'autostrada Serravalle-Milano-Ponte Chiasso, da parte del Comune di Milano, secondo azionista della società con il 18,6% del capitale sociale.

Il soggetto privato interessato all'acquisto, già socio di minoranza della stessa società, raggiungerebbe, in questo modo, una percentuale di capitale in proprio possesso di circa il 33%.

In un caso come quello presentato la futura partecipazione di un soggetto in una situazione simile alle gare per l'affidamento in altri servizi pubblici, stante la natura diretta dell'affidamento dell'autostrada Serravalle.

In altre parole, l'affidamento diretto dell'autostrada in oggetto dovrebbe impedire la partecipazione, e, a maggior ragione, l'affidamento, di altre concessioni per la gestione di tratte autostradali.