

Deroghe alla gara. Le procedure

Nel «filtro» dell'Antitrust entra il silenzio-assenso

Federica Caponi

Nella legge di conversione del decreto Ronchi esce modificato, e in parte alleggerito, anche il ruolo dell'Antitrust nelle scelte di gestione dei servizi pubblici locali.

Il nuovo testo ha confermato l'obbligo per gli enti di chiedere il parere preventivo all'Authority per derogare alla regola generale della gara, ma ha assoggettato questa richiesta al meccanismo del silenzio assenso. Se la risposta non arriva entro 60 giorni dalla richiesta dell'ente, il parere si intenderà positivo.

TEMPI CONTINGENTATI

Il parere preventivo dell'Authority è indispensabile per rendere efficace la scelta effettuata dall'ente ma l'eventuale risposta negativa non può arrivare oltre i 60 giorni

Il decreto 135/2009, entrato in vigore il 26 settembre, aveva demandato all'authority la potestà di individuare la soglia al di sotto della quale non sarebbe stato più obbligatorio chiedere il parere prima dell'affidamento diretto. Il nuovo comma 4-bis, introdotto in fase di conversione, affida invece al governo il compito di fissare il valore ritenuto "non rilevante" per il mercato.

Il ruolo dell'antitrust è stato quindi sostanzialmente ridotto, nonostante, forse, proprio grazie all'intervento dell'authority i servizi pubblici si erano da un anno a questa parte avvicinati concretamente al mercato e alla concorrenza. Al contempo, è apparso sempre più difficile per gli enti locali utilizzare l'in house per i servizi a rilevanza economica, con-

siderato che l'autorità fino ad oggi ha emesso un solo parere positivo, motivato proprio dal fatto che in quel caso specifico il servizio non era in grado di incidere in misura apprezzabile sulle condizioni concorrenziali del mercato interessato, in ragione del valore del servizio stesso e della sua dimensione in termini di popolazione interessata.

Spetterà ora al governo, con proprio regolamento da emanare entro la fine dell'anno, individuare la soglia al di sotto della quale l'in house possa ritornare ad essere una modalità, sempre eccezionale, ma sostanzialmente "accessibile" per i comuni, potendo essere attuata senza la preventiva richiesta di parere all'antitrust.

Sulle procedure per arrivare alla deroga, certamente il decreto ha il merito di aver chiarito definitivamente che il parere dell'Antitrust è «preventivo» rispetto all'acquisizione dell'efficacia della «scelta» gestionale operata dal Comune.

Permangono comunque alcune perplessità per quanto riguarda la forma che deve assumere la manifestazione di volontà dell'ente. La scelta in merito alle modalità di organizzazione dei servizi pubblici può essere espressa esclusivamente con delibera del consiglio comunale.

La delibera deve essere approvata (divenendo, pertanto, perfetta ed efficace), ma l'esecuzione di tale decisione deve essere "sospesa", in attesa del parere dell'antitrust. Il parere rimane comunque obbligatorio; in tal senso si è espresso di recente anche il Tar Toscana, nella sentenza n. 1430/09, che ha dichiarato l'illegittimità della delibera consiliare di affidamento diretto di un servizio alla partecipata comunale, non avendo l'ente richiesto il parere all'antitrust.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

L'attuazione. Il regolamento

Patto e conflitti d'interesse per completare la riforma

La nuova riforma dei servizi pubblici locali ha modificato anche le deleghe affidate al governo per fissare con regolamento i dettagli della disciplina.

L'articolo 23-bis aveva riconosciuto al Governo un incarico assai più ampio e incisivo, in quanto comprendeva anche la disciplina del regime transitorio degli affidamenti in essere, ad esclusione delle concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica, che avrebbero dovuto cessare al 31 dicembre 2010.

Il Dl Ronchi ha disciplinato diretta-

LE MATERIE

Entro fine anno il governo deve fissare la disciplina delle incompatibilità e le regole per assoggettare ai vincoli di finanza pubblica i titolari degli affidamenti diretti

mente il regime transitorio, concentrano le deleghe sugli altri aspetti. Prima di tutto, il comma 10 stabilisce che entro fine anno il governo dovrà fissare le norme per l'assoggettamento delle società in house al patto di stabilità interno. Le società in house e quelle miste dovranno poi seguire le procedure a evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale.

Quest'ultima previsione continua a destare alcune perplessità in quanto le società pubbliche (o comunque a controllo pubblico) sono già obbligate al rispetto delle disposizioni del codice appalti (che disciplina anche l'acquisto di beni e servizi) e l'articolo 18 del Dl 112/08 impone già l'assoggettamento alle procedure selettive per il reclutamento del proprio perso-

nale e per l'affidamento di incarichi esterni. È quindi poco chiara la portata "innovativa" che dovrebbe avere per questi aspetti il regolamento del governo.

Tra gli altri punti importanti del futuro regolamento ci saranno le norme per consentire la gestione associata dei servizi pubblici locali ai comuni piccoli e la fissazione del confine fra le funzioni di regolazione e quelle di gestione. Quest'ultimo aspetto si deve tradurre in una griglia di incompatibilità che un primo regolamento (quello previsto dal 23-bis e mai arrivato all'approvazione) aveva costruito in modo piuttosto rigido. Le nuove regole andranno poi armonizzate con le discipline di settore applicabili ai diversi servizi pubblici, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;

Concludono il quadro delle materie del futuro regolamento:

- a) l'applicazione del principio di reciprocità per l'ammissione alle gare di imprese estere;
- b) una limitazione dei casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale.
- c) forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale ai tempi di recupero degli investimenti;
- d) la disciplina della cessione dei beni in caso di subentro di un nuovo gestore
- e) gli strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi.

F.C.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

2008 devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta solo alle istituzioni pubbliche; in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 152 del 2006, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio.

La gestione del servizio è quindi ricondotta all'ambito applicativo dell'articolo 23-bis, determinando la prevalenza delle norme generali su quelle settoriali nell'individuazione del gestore.

Sulle modalità di affidamento, l'incidenza della riforma è abbastanza limitata poiché l'articolo 150 del Dlgs 152/2006 prevedeva già per l'Authority d'ambito la regola generale della gara e la configurazione dell'in house come scelta eccezionale, legata a particolari ragioni tecniche ed economiche. L'unica sostanziale novità è la possibilità di utilizzo della società mista come alternativa alla gara.

La norma conferma la permanenza in capo a enti locali e autorità d'ambito delle funzioni di regolazione, con riferimento alla definizione degli standard qualitativi (nel contratto e nella carte dei servizi) e b) delle tariffe.

La nuova disposizione-chiave per il servizio idrico conferma anche la separazione tra proprietà delle reti e loro gestione, nel solco della legge Galli (la 36/1994) e nel testo unico dell'ambiente.

Proprio in queste disposizioni è rilevabile la disciplina per la regolazione dell'uso delle risorse idriche e degli impianti di estrazione, trattamento e ve-

care il patrimonio idrico.

Sotto il profilo operativo, la salvaguardia della proprietà pubblica delle reti è assicurata dall'articolo 143 del Testo unico ambientale, dove si stabilisce che acquedotti, fognature, impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche pubbliche, fino al punto di conse-

LE FUNZIONI

Acquedotti, fognature e impianti rimangono proprietà inalienabili del demanio, come prevede il Codice civile

CHECK UP

Occorre effettuare una ricognizione completa delle infrastrutture per fissare le strategie di investimento

gnae/o misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del Codice civile e sono inalienabili.

La riforma impone indirettamente ai Comuni di procedere ad una completa ricognizione del sistema delle fonti e delle reti del servizio idrico e del loro stato, proprio per ottimizzare il riassetto gestionale e responsabilizzare gli affidatari (attuali e futuri) allo sviluppo di strategie di maggiore investimento. In questa prospettiva gli enti proprietari possono fare leva sulle opportunità offerte dall'articolo 153 del Dlgs 152/2006, nel quale si precisa che il gestore del servizio idrico integrato assume gli oneri relativi alla rete nei termini previsti dalla convenzione e dal relativo disciplinare.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

to porse, al punto che anche analisi ospitate su questo giornale (per esempio il 16 novembre) suggeriscono l'affidamento di questi compiti alla giunta. Un discorso a parte merita il procedimento di nomina del nuovo «organismo indipendente di valutazione». Anche in questo caso la competenza è in capo all'organo di indirizzo politico amministrativo, che pertanto provvederà con votazione segreta (trattandosi di persone), in analogia a quanto già accade ad esempio per il collegio dei revisori. Nei fatti l'esperienza insegna che la conseguenza sarà una spartizione politica (due componenti alla maggioranza ed uno all'opposizione): parlare di «organismo indipendente» è una forzatura. Il tutto, ovviamente, se non si consoliderà una interpretazione diversa delle norme.

Da ultimo, l'articolo 14 del decreto individua fra i dati da pubblicare obbligatoriamente sul sito internet di ciascuna ente, «i curricula e le retribuzioni di coloro che rivestono incarichi di indirizzo politico amministrativo». Anche in questo caso, negli enti locali il riferimento condurrebbe ad identificare il consiglio. Occorre tuttavia tenere presente che i consiglieri non ricoprono «incarichi», ma svolgono una funzione elettiva. Viste le sanzioni previste per i soggetti inadempienti, è necessario un intervento interpretativo. La riforma, che contiene elementi di grande novità, deve essere applicata con chiarezza fin dall'inizio, senza incertezze che causerebbero comportamenti difformi tra enti dello stesso comparto, vanificando l'obiettivo di migliorare la qualità della pubblica amministrazione nel suo complesso.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Segretario generale comune di Novara