

Federico BONA GALVAGNO (Presidente Comitato Scientifico ASPL)

Innanzitutto, grazie.

Non è piaggeria e non sono i soliti ringraziamenti formali che vengono fatti per puro dovere di cortesia. Ci conosciamo, credo, con circa l'80 per cento di questa nutrita platea, per avervi incontrato nei numerosissimi convegni sui Servizi Pubblici Locali ai quali in questi anni ho partecipato in veste di relatore, da quando mi fu conferito, da ben due successivi Governi, l'incarico di tentare di chiudere la procedura di infrazione comunitaria originariamente aperta dalla Commissione europea nel 1997 /98 e successivamente reiterata nel 1999. Come sapete, sono riuscito a portare a casa questo difficile risultato grazie all'approvazione da parte del precedente Governo Berlusconi della modifica del quadro normativo di riferimento contenuto nella riforma del 2003 che misi a punto e suggerii all'allora Ministro Prof. Rocco Bottiglione, mentre rivestivo il ruolo di Capo dell'Ufficio Legislativo delle politiche comunitarie.

Quindi la gran parte di voi già conosce il mio punto di vista sulle problematiche relative alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali in Italia ed in Europa, avendo già più volte ascoltato e letto i miei interventi in materia.

Sostengo da sempre, e lo ricordo in ogni convegno in onore del mio grandissimo Maestro torinese, prof. Giuliano Marini, che le "leggi" si chiamano così perché *"è un imperativo presente"*. Tutti devono leggere con attenzione le disposizioni che costituiscono i singoli atti normativi, prima di avventurarsi in valutazioni giuridiche ed interpretazioni personali, circa il loro vero o presunto significato e sulla loro effettiva portata. Purtroppo questa semplice e banale regola di buon senso sembra che venga spesso ignorata da molti di quelli che sentiamo prendere pubblicamente posizione in materia di Servizi Pubblici Locali.

E la stessa regola vale anche per le sentenze e i documenti europei pubblicati in materia di Servizi di interesse generale.

Approfito quindi per segnalarvi che al vostro ingresso in sala vi è stata consegnata una cartellina, abbastanza corposa, nella quale sono contenuti tutti i documenti che condensano il duro lavoro svolto in questi lunghi mesi dal Comitato scientifico e dal Gruppo di lavoro che ho avuto il piacere di presiedere e coordinare. Spero non diventi la solita documentazione che finirà nel cestino non appena sarete usciti da questa Sala. Nelle nostre intenzioni si tratta di una documentazione che ambisce a raggiungere lo scopo concreto di fornire un utile supporto a tutti Voi ed alle stazioni appaltanti che decidano di procedere ad una esternalizzazione della gestione dei servizi pubblici locali.

E' da anni che sentiamo parlare della necessità di aprire il mercato dei Servizi Pubblici Locali attraverso un sempre più massiccio ricorso alla esternalizzazione delle gestioni; ma, proprio su questo argomento, abbiamo purtroppo dovuto registrare, soprattutto dopo il 2003, una attività quasi schizofrenica da parte di un Legislatore che continua a fare un passo in avanti e subito dopo due indietro.

L'unico dato che, ad oggi, possiamo ritenere pacificamente acquisito è che, in un modo o nell'altro, il ricorso alla esternalizzazione di molti servizi pubblici locali dovrà essere sempre più frequente anche nel nostro Paese. Mi riferisco, chiaramente, alla necessità di un graduale superamento dell'attuale e diffuso di affidamenti diretti secondo il modello del c.d. *quasi in house providing* ad un nuovo sistema che veda sempre più diffondersi la regola dell'affidamento delle gestioni attraverso lo svolgimento di regolari gare ad evidenza pubblica, con conseguente ingresso dei privati nel "mondo" dei Servizi Pubblici Locali fino ad oggi caratterizzato nel nostro Paese da una presenza pubblica quasi esclusiva.

So che c'è molta ansia da parte vostra nel sentire la mia opinione sulla recentissima "bufala" che è uscita su tutti i *mass media* italiani (*intesa non certo come "mozzarella Campana DOP"*) dell'avvenuta "privatizzazione" del servizio idrico ad opera dell'ultima riforma approvata pochi giorni fa e che ha modificato l'articolo 23-bis introdotto dalla precedente riforma attuata dallo

stesso Governo con il Decreto Legge 26 giugno 2008 n.112, convertito con la legge 6 agosto 2008, n.133. Ma, per tenervi un po' sulle spine, preferisco occuparmi di questo aspetto più avanti, in chiusura del mio intervento.

Su quest'ultima riforma, contenuta nuovamente in un decreto legge ed in particolare nell'art.15 del D.L. 25/9/2009, n.135, ho comunque già svolto alcune mie riflessioni a prima lettura nel documento a mia firma che vi è stato consegnato oggi nella cartellina del Convegno. Il caro amico Foppa, infatti, mi ha fatto lavorare fino all'altro ieri, considerato che la conversione in legge di tale decreto è avvenuta solo giovedì scorso e prima di consegnare il testo definitivo del mio documento, ho preferito attendere la sua approvazione definitiva per essere sicuro di cosa avrei dovuto modificare rispetto al contenuto del documento che avevo già messo a punto e consegnato qualche mese fa alla chiusura dei lavori del Gruppo.

Ed iniziamo, quindi, dallo spiegarvi i motivi per i quali questo Gruppo è nato per l'intelligente decisione assunta dall'Agenzia dei Servizi Pubblici Locali di Torino, del Comune di Torino, ed in particolare dal già citato Presidente della stessa Agenzia, Carlo Foppa.

L'idea dalla quale si è deciso di partire è stata quella che il principale rischio delle esternalizzazioni è, principalmente, uno solo. Nel nostro Paese abbiamo una moltitudine di Amministrazioni Pubbliche locali che rappresentano altrettante stazioni appaltanti in materia di SPL. Moltissime sono di ridottissime dimensioni e, ciò non di meno, saranno chiamate a confrontarsi nel caso optino per la esternalizzazione delle gestioni con gruppi industriali, anche e sempre più internazionali, di dimensioni ragguardevoli, e che sono pertanto in grado di assumere stuoli di Avvocati e consulenti. Ed allora la domanda che è stata posta a fondamento della nascita del Gruppo di Lavoro è stata molto semplice: possiamo dormire sonni tranquilli perché riteniamo che tutte le nostre stazioni appaltanti sparse sul territorio sono perfettamente in grado di predisporre da sole bozze di contratti di servizio adeguate e complete, da allegare al bando nel momento in cui decidono o sono obbligate ad andare a gara per l'affidamento dei SPL ricadenti nel territorio di loro competenza ?!!

Questa domanda non è affatto retorica perché , se così non fosse, il rischio serio sarebbe rappresentato dalla quasi certezza che attraverso le esternalizzazioni, da tutti tanto osannate, rischieremmo seriamente di farci un pericolosissimo e fatale autogol, che come pubblici amministratori e come cittadini ed utenti, non possiamo permetterci perché potrebbe farci piangere tutte le nostre lacrime.

Perché questo non accada, occorre essere in grado da subito di fornire a tutte le nostre stazioni appaltanti sparse sul territorio gli strumenti giuridici necessari ad evitare di correre rischi e per evitare che le stesse siano indotte – *come spesso è accaduto* – a mettersi nelle mani di quanto deciso e predisposto direttamente dai nuovi gestori che, molto volentieri, si offrono per venire incontro alla difficoltà dei funzionari delle stazioni appaltanti di predisporre loro stessi le bozze dei contratti di servizio che saranno poi obbligati a rispettare. Prima dello svolgimento delle singole gare occorre che tutte le stazioni appaltanti abbiano la consapevolezza dell'importanza del contenuto del contratto di servizio e la certezza di aver introdotto negli stessi tutte quelle clausole che sono imposte dalla legge e che sono necessarie ad assicurare un corretto ed adeguato funzionamento dei servizi e l'applicazione di tariffe eque ed accessibili ai cittadini utenti ed alle imprese da parte dei soggetti che dovranno gestire i servizi pubblici locali all'esito dell'aggiudicazione della gara.

Questa fondamentale esigenza di far comprendere appieno a tutte le stazioni appaltanti la centralità del contratto di servizio e del suo contenuto e i concreti rischi che le stesse corrono in caso di predisposizione di contratti di servizio inadeguati o carenti, sono stati al centro dell'attenzione del Gruppo di Lavoro e dei singoli documenti che vi abbiamo consegnato in cui la maggior parte di queste problematiche sono state analizzate e approfondite sia sotto il profilo del Diritto europeo e del Diritto nazionale.

Vi è già stato detto da uno dei relatori che mi hanno preceduto, che l'oggetto del contratto di servizio rappresenta il fulcro delle gare per la esternalizzazione delle gestioni in quanto il contenuto dello stesso, dopo lo svolgimento della gara e l'aggiudicazione della concessione di gestione, non è

più modificabile dalle parti, compresa la stazione appaltante.

Questo concetto di *“immodificabilità post gara del contratto di servizio allegato al bando”* possiamo dire che appartenga al DNA stesso del Diritto Comunitario. Non è possibile, una volta che è stata aggiudicata la concessione sulla base del bando di gara al quale è obbligatoriamente allegato il contratto di servizio, modificare l’oggetto o singole clausole dello stesso contratto.

In base ad una giurisprudenza consolidata della CGCE è necessario, infatti, ricorrere ad una nuova procedura di gara, quando le modifiche che s’intendono apportare all’originario contratto di servizio o le innovazioni alle singole clausole contrattuali in esso contenute siano di natura tale da incidere significativamente sugli elementi conosciuti e tenuti in considerazione da parte degli operatori del settore al momento della formulazione della loro offerta ovvero della decisione di rinunciare a partecipare alla gara.

Ed il motivo di questa regola europea credo sia evidente a tutti noi se solo si pensa che, in caso contrario, qualunque concorrente tra quelli che non hanno vinto la gara potrebbe farsi avanti dicendo: *“Scusi, ma se ci fosse stata già in sede di gara questa o quella modifica dell’oggetto o di clausole essenziali del contratto di servizio che avete apposto dopo l’aggiudicazione, la mia offerta sarebbe stata diversa e quindi avrei potuto aggiudicarmi io la gara”* od, ancora, altri competitori tra quelli operanti nel mercato che non avessero presentato offerte potrebbero a loro volta dire: *“Io, a queste nuove condizioni, avrei deciso di partecipare alla gara con una mia offerta in quanto ho deciso di non presentarla e di non partecipare alla gara proprio in considerazione del precedente contenuto dell’oggetto o di quelle clausole contenute nel contratto di servizio allegato al bando di gara che adesso avete modificato ”*.

Ecco perché non possiamo mettere in nessun modo in discussione che la modifica dell’oggetto o di singole clausole essenziali del contratto di servizio dopo lo svolgimento della gara non è più possibile; per poter effettuare legittimamente modifiche essenziali è necessario che – *alla fine del precedente affidamento o, ove possibile, avvenuto l’annullamento della precedente gara o la*

risoluzione del precedente contratto di servizio – la stazione appaltante proceda ad indire una distinta ed autonoma procedura di gara al cui bando allegare il nuovo contratto di servizio modificato in suoi punti ritenuti essenziali.

Fortunatamente questa rigida e logica regola può subire alcune limitate eccezioni ammesse anche dal diritto europeo.

Nel mio documento in particolare, ho avuto cura su questo punto di sottolineare che sia la Corte di Giustizia della Comunità Europea, sia la Commissione Europea – *che, come sapete, è la guardiana dei Trattati* – anche recentemente, nella Comunicazione Interpretativa sul Partenariato Pubblico Privato Istituzionalizzato del febbraio 2008, hanno alcune dedicate pagine a spiegare il contenuto ed i limiti di ammissibilità delle eccezioni alla regola di cui stiamo parlando. La Commissione, in particolare, proprio con riferimento alla nostra materia, ha avuto modo di spiegarci che in tutti i casi nei quali l'ente pubblico appaltante, per motivi precisi e ragionevoli – *come nel caso di concessioni di servizi pubblici la cui durata, per loro caratteristica peculiare, si protrae normalmente per un lungo periodo di tempo* – desidera che alcune delle condizioni contenute nel bando di gara o negli allegati capitolati d'oneri o contratti di servizio, possano essere modificate successivamente alla scelta dell'aggiudicatario, può prevedere in modo espresso tale possibilità di adeguamento precisandone e fissandone in modo sufficientemente chiaro e determinato le modalità di applicazione nello stesso bando di gara e nella documentazione ad esso allegata e quindi, per quanto qui adesso ci interessa, nello stesso contratto di servizio. Solo in questo modo, infatti, si riesce comunque a garantire che tutti gli offerenti interessati alla gara ne siano a conoscenza sin dall'inizio e così si trovino su un piede di perfetta parità nel momento in cui formulano la loro offerta.

Abbiamo sentito anticipare poco fa da un altro dei relatori che mi ha preceduto, che abbiamo previsto nei nostri documenti la possibilità di inserire e disciplinare clausole premiali a favore dell'aggiudicatario già nell'originario contratto di servizio allegato al bando di gara, in modo da spingerlo virtuosamente a migliorare la qualità e la quantità del servizio da esso reso ai cittadini

utenti, proprio movendoci nell'ambito dei limiti di questa eccezione alla regola prima indicata.

Per consentire il raggiungimento di questa condivisibile ed auspicabile finalità, anche queste clausole che rimandano per la compiuta applicazione ad eventi futuri e necessariamente non specificatamente individuati, devono sottostare agli stessi principi di diritto europeo che abbiamo appena ricordato, e per questi motivi ci siamo occupati, nei documenti che vi abbiamo oggi consegnato, di specificare entro quali limiti ed a quali condizioni tali clausole “premiali” e “incentivi” possono essere contenuti nel contratto di servizio allegato al bando di gara.

Abbiamo cercato di coniugare il rispetto della regola di diritto europeo con la possibilità per la singola stazione appaltante di introdurre specifiche clausole utili a consentire l'obiettivo di indurre il futuro gestore a perseguire, nel concreto svolgimento delle proprie attività di gestione e produzione dei servizi affidati, politiche di miglioramento sia della qualità e quantità dei servizi e dei diritti dei consumatori ed utenti sia altre politiche ritenute dall'ente pubblico parimenti meritevoli di essere perseguite ai fini del raggiungimento delle proprie finalità pubbliche dirette o correlate all'oggetto delle attività gestite in base alla singola concessione od appalto, quali, ad esempio, il perseguimento di obiettivi di natura ambientale, utili al miglioramento del territorio di riferimento e della qualità della vita dei cittadini, o finalità di risparmio energetico.

Anche in questo caso, infatti, occorre che questi meccanismi premiali e compensativi siano immaginati e studiati dall'ente pubblico aggiudicatore prima dello svolgimento della gara in modo che lo stesso sia nelle condizioni di precisarne e fissarne in modo sufficientemente chiaro e determinato le modalità di applicazione nello stesso contratto di servizio allegato al bando di gara.

L'esserci occupati anche di questo aspetto ci è sembrato di fondamentale importanza se vogliamo essere volano di ricerche volte a garantire modalità di gestione dei servizi pubblici locali sempre più efficienti e performanti a tutto vantaggio degli stessi enti locali, dei nostri cittadini e dell'ambiente nel quale viviamo.

Senza la concreta e legittima possibilità di prevedere nei nostri contratti di servizio tali premi ed

incentivi, infatti, non ci sarebbe interesse da parte dei gestori a migliorare i servizi erogati anche dove l'ingresso di nuove tecnologie potrebbe consentire di compiere notevoli passi avanti. Si parla tanto di sviluppare la ricerca in Italia e quindi riteniamo che in tale direzione debbano sempre essere concentrati gli sforzi anche della pubblica amministrazione, compresa quella locale. Senza questa possibilità di introdurre nei contratti di servizio tali clausole premiali ed incentivi, noi rischieremo di costringere tutti quelli che hanno vinto una gara di gestione dei SPL, a non investire fondi nella ricerca delle migliori tecnologie idonee a migliorare la qualità del servizio, in quanto se comunque gli stessi non possono migliorare le clausole contrattuali originarie e non possono sperare di ricevere premi o incentivi una volta adottate tali tecnologie migliorative della loro gestione, si limiteranno – *quando va bene* – ad ottemperare agli obblighi ai quali risultano contrattualmente tenuti sin dall'inizio della loro gestione. E' superfluo che vi sottolinei come anche in quest'ultimo caso ci faremmo un altro autogol incredibile.

Data la peculiare caratteristica di alcuni dei condivisibili obiettivi che possono essere raggiunti con tali clausole, che potrebbero però incidere anche in modo significativo sulla libertà di organizzazione interna del gestore selezionato, ho ritenuto di evidenziare nel documento da me predisposto, che un modo pienamente legittimo e sufficientemente semplice per garantire il perseguimento di molte di queste ulteriori finalità pubbliche – *che corrispondono, spesso, a politiche seguite dalla stessa UE* - sia quello di prevedere direttamente nel bando di gara dei punteggi aggiuntivi da assegnare in fase di valutazione delle offerte a favore di quei gestori che formulino offerte nelle quali si impegnino a perseguire le politiche indicate nel bando e negli atti allegati nel corso della loro eventuale gestione. Su questo specifico punto, vi rinvio, comunque al documento generale a mia firma che trovate nella cartellina.

Capisco che è sempre difficile fare questi discorsi strettamente ancorati alle regole europee ed ai limiti delle eccezioni ad esse consentite nel nostro Paese, perché in Italia si pensa sempre che si possa fare tutto quello che si vuole, e come si vuole, senza tener conto delle regole imposte dalla

nostra partecipazione all'UE o ritenendo che le stesse possano essere sempre piegate a nostro esclusivo uso e consumo. E' quella che spesso ho definito nei miei interventi e nelle mie lezioni la "sindrome italiana da Repubblica a statuto speciale" e che si può condensare nel pensiero, purtroppo molto diffuso, che le regole europee valgono solo per i cittadini e le imprese degli altri Stati membri.

Purtroppo – o per fortuna per come la vedo io – le cose non stanno così. Ci sono delle regole di convivenza all'interno dell'Unione Europea imposte dalla partecipazione al Mercato Unico, all'interno del quale devono poter operare tutti i competitori europei su un piede di parità che può essere garantita solo dal puntuale rispetto delle regole di una corretta concorrenza da parte di tutti gli operatori economici appartenenti ai singoli Stati Membri. Non ci siamo solo noi italiani che operiamo sul mercato, perché il mercato è unico, e quindi, per questa ovvia ragione le regole del gioco devono essere uguali per tutti i competitori. E quindi anche l'Italia, che le piaccia o non le piaccia, deve necessariamente adeguarsi a queste regole.

E qui mi permetto di dire che la cosa che mi dà più fastidio di tutte queste recenti riforme o progetti di riforma che si sono susseguiti dopo la riforma da me messa a punto e suggerita al Governo nel 2003, è che chi li ha scritti o fortemente caldeggiati ha sempre spudoratamente mentito sulle ragioni della loro necessità e sulle reali finalità perseguite, trincerandosi dietro fumosi obblighi comunitari in realtà creati e distorti a proprio uso e consumo.

Riguardo alla riforma approvata pochi giorni fa – *la seconda nel giro di pochi mesi da parte dello stesso Governo in carica che ha come Presidente del Consiglio lo stesso che era già in carica nel 2003* - dovrei essere indotto a sollevare il mio calice per brindare, considerato che, di fatto, il legislatore ha tradotto in norma i due emendamenti a suo tempo presentati dal Senatore dell'UDC Maurizio Eufemi al disegno di legge Lanzillotta della XV^a Legislatura, decaduto a seguito delle dimissioni del Governo Prodi, che erano stati scritti entrambi dalla mia penna – *dietro espressa richiesta dell'amico Eufemi* – al fine di salvare il salvabile della precedente riforma del 2003.

Il primo era l'emendamento n.2-34 nel fascicolo emendamenti del 18 aprile 2007 al ddl AS n. 772; il secondo (*che riproduceva lo stesso emendamento, previa alcune ulteriori lievi modifiche ed aggiunte e spaccettato, in ossequio al Regolamento del Senato, in 6 sub-emendamenti*) era quello presentato a dicembre 2007 come sub-emendamento al maxi emendamento del Governo 1.2000. Dopo la sciagurata scelta di riforma del 2008, infatti, il testo da poco approvato ha il pregio di reintrodurre di fatto una disciplina quadro dei SPL che conferma e fa proprio il nucleo centrale e fondante della vera riforma da me suggerita nel 2003. Tolto questo aspetto, significativo ma non esaustivo, per tutto il resto sono invece molto critico e sfavorevole alle nuove norme e alla loro approvazione.

Mentre, infatti, appare indubbio che l'autore o suggeritore dell'attuale testo normativo ha preso ampia ispirazione dai citati emendamenti Eufemi il cui testo, per chi fosse interessato, è ancora reperibile nel sito ufficiale del Senato – anche se gli stessi intendevano intervenire novellando in alcuni limitati punti il testo dell'articolo 113 TUEL come riformato nel 2003 – il testo della norma approvata contiene anche alcuni nuovi commi che destano perplessità, critiche e dubbi non indifferenti.

Comunque, prima di affrontare tali criticità, consentitemi di sottolineare con non poca soddisfazione personale, che il fulcro della nuova riforma conferma che non ero stato così sprovveduto e ignorante – *a differenza di quanto sostenuto e scritto da molti ed autorevoli commentatori della precedente riforma del 2003* - quando avevo previsto e disciplinato nel V° comma dell'articolo 113 TUEL che era possibile e legittimo procedere ad un affidamento della gestione a favore delle società miste attraverso il meccanismo di una unica procedura di gara ad evidenza pubblica complessa a doppio oggetto, avendo sempre sottolineato come fosse da ritenere, al contrario, totalmente assurdo dover imporre a tale scopo l'obbligo per le stazioni appaltanti di ricorrere al meccanismo della doppia gara, secondo quanto sostenuto da molti con forza sia prima che dopo la riforma del 2003.

In conseguenza di questa mia convinzione, mentre ero stato apprezzato sia in Germania che in

Europa, nel nostro Paese ero stato da molti tacciato di presunzione ed ignoranza per il non breve lasso di tempo che va dal 2003 fino agli anni 2007/2008, quando finalmente molti di quelli che prima avevano puntato il dito accusatorio contro di me hanno dovuto incominciare a ricredersi.

Lo stesso Consiglio di Stato ha impiegato dal 2003 al 2007 per arrivare a interpretare correttamente la famosa lettera b) del comma 5 dell'articolo 113 TUEL che disciplinava l'affidamento della gestione alle società miste, e che era stato intelligentemente introdotto nel nostro ordinamento con la riforma del 2003.

Vi voglio qui ricordare, tra i tanti autorevoli interventi di quel periodo, la inconcepibile Senyrnza n. 589 pronunciata nel 2006 dal Consiglio della giustizia amministrativa per la Regione siciliana; in tale decisione i nostri giudici amministrativi, chiamati ad occuparsi della vicenda di un affidamento diretto nel servizio idrico ad una società mista da parte dell'ATO, dopo aver ricostruito i principi di diritto europeo elaborati in materia di affidamenti diretti dalla CGCE secondo il modello c.d. *in house*, avevano concluso per l'obbligo della doppia procedura di gara quale unica modalità di affidamento in grado di assicurare la legittimità degli affidamenti a favore di società miste argomentando che la diversa erronea interpretazione della lettera b) – *da me sempre sostenuta già da prima dell'approvazione della riforma del 2003 ed in essa semplicemente codificata* – comportava la assoluta incompatibilità della norma nazionale di cui alla lettera b) con il conseguente obbligo della sua obbligatoria disapplicazione.

Solo ad aprile dell'anno successivo – *melius re perpensa* _ la Seconda Sezione del CdS nel proprio parere n. 4561 del 2007 ha sancito l'avvenuta comprensione da parte del nostro massimo organo di giustizia amministrativa della concreta impraticabilità del meccanismo della doppia gara grazie alla tardiva - *ma sempre ben accetta* – comprensione del corretto contenuto della gara complessa – *o ad oggetto plurimo* – che la norma in esame imponeva sin dalla sua approvazione , risalente a ben tre anni prima, per la costituzione di una società o, *se si preferisce di Partenariato Pubblico Privato (PPP)* per la gestione dei servizi pubblici locali.

Dovrei plaudire alla Seconda Sezione del Consiglio di Stato per questo, ma purtroppo non me la sento perché nella lunga e complessa motivazione del citato parere emergono, a mio avviso, a offuscare queste luci molte altre ombre che non è questa la sede per approfondire.

Quindi solo nel 2007 i nostri giudici amministrativi, dopo alcuni voli pindarici nei quali avevano tentato proprie ricostruzioni alquanto fantasiose ed ardite dei principi di diritto europeo applicabili in materia, sono finalmente giunti ad ammettere : *“No, forse effettivamente la norma si può interpretare...”*, esattamente come io avevo già spiegato e scritto da oltre quattro anni ed ampiamente sottolineato presentando la stessa riforma in anteprima al Convegno H2O di Trieste e come, infine avevo definitivamente chiarire oltre ogni ragionevole dubbio – *a favore di quelli che avevano dimostrato un po' di difficoltà nel comprendere correttamente ed applicare i principi di diritto europeo in materia* – nei due citati emendamenti a firma del Senatore Eufemi presentati nello stesso periodo.

Infine, la piena correttezza della mia tesi giuridica sul punto ha trovato ampia ed autorevole conferma con la pubblicazione da parte della Commissione Europea della Comunicazione Interpretativa del febbraio 2008 in materia di Partenariato Pubblico Privato Istituzionalizzato che sul punto, come penso sia noto a tutti voi – *tranne, evidentemente a chi ha scritto il precedente testo dell'art. 23-bis come approvato nella precedente riforma del 2008* - ha confermato in modo inequivocabile quello che, noi, come primi in Europa, avevamo già previsto e disciplinato nella legislazione italiana attraverso l'inserimento della lettera b) nel V° comma dell'articolo 113 TUEL, come riformato nel 2003.

Certo è che oggi, da parte dello stesso legislatore del 2008, si può registrare un ripensamento sul punto in quanto, con nostra somma soddisfazione, è rispuntata nel 2009 all'interno del nuovo comma 2 dell' articolo 23 bis, la tanto vituperata “lettera b)” già contenuta nella riforma di sei anni prima.

Tale previsione sembra dimostrare che improvvisamente siamo tutti diventati più intelligenti ed

anche i tecnici dell'attuale governo ha finalmente capito quello che mi sono sgolato per anni di sostenere in ogni sede, restando del tutto inascoltato.

Ma fatte queste promesse, che ritenevo doverose sotto un profilo di ricostruzione storica della disciplina dei SPL, cos'è che mi preoccupa, invece dell'attuale riforma?

Innanzitutto vorrei che ci ricordassimo che la riforma del 2003, come abbiamo detto prima, partiva ed era indirizzata a superare una procedura di infrazione comunitaria che si trascinava senza soluzione da anni.

In tale procedura di infrazione la Commissione rimproverava al nostro Paese che gli affidamenti in essere erano sempre stati fatti "all'italiana" e, pertanto, tra quelli in essere non ne risultava che fosse realmente rispettoso delle regole di diritto comunitario imposte agli Stati Membri in materia di affidamento delle concessioni.

Ricordiamocelo: la Commissione aveva pienamente ragione a muovere quelle contestazioni all'Italia. Quasi tutte le concessioni risultavano essere illegittime, perché erano tutte state affidate dagli enti locali senza procedure di gara ad evidenza pubblica, nonostante che le società affidatarie non possedessero minimamente i requisiti richiesti dal diritto europeo per la legittimità del c.d. modello del quasi *in house providing*, individuato e disciplinato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Requisiti che avevamo cercato di spiegare alle stazioni appaltanti nazionali sin dal 1999 con l'emanazione di Circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri ed avevamo successivamente normato in modo esplicito inserendo la lettera c) nel 5° comma dell'articolo 113 TUEL, come riformato nel 2003 e che finalmente mi auguro che siano entrati nella testa di tutti: *totale capitale pubblico, controllo analogo, svolgimento della parte prevalente di attività a favore degli enti pubblici titolari del capitale, con i necessari corollari giuridici da questi stessi requisiti direttamente ed indirettamente discendenti.*

Nessuno degli affidamenti diretti effettuati all'epoca rispettava tali requisiti essenziali in quanto erano tutti avvenuti a favore di società mezze miste con una partecipazione minoritaria – *ove non*

del tutto irrisoria (in molti casi pari all'1%) - del socio privato e, soprattutto, in molti casi si trattava di società che si stavano già comportando o intendevano comportarsi come un qualsiasi altro competitore presente nel mercato ritenendosi legittimate ad andare a gareggiare per l'acquisizione di ulteriori servizi in Italia e all'estero nella errata e infondata convinzione di avere una natura del tutto equiparabile a quella propria degli altri operatori pubblici, privati o di partenariato pubblico privato, che risultassero titolari di concessioni ottenute all'esito della loro vittoriosa partecipazione a gare ad evidenza pubblica.

Altrettanto illegittimi erano anche gli affidamenti effettuati a favore di società miste pubblico-private all'esito dello svolgimento di fittizie gare ad evidenza pubblica volte alla sola ricerca del socio privato da far entrare in società a fianco del socio pubblico in una nuova società mista, nel cui bando di gara ci si era guardati bene dall'indicare quale servizio pubblico sarebbe poi stato successivamente chiamata a gestire – *né per quale tempo e a quali condizioni* – all'esito di un distinto e autonomo affidamento diretto.

Anche in questi casi, credo che ora mai – *nonostante si siano registrati in passato gravissimi svarioni anche sotto questo profilo da parte dei nostri giudici amministrativi* – nessuno possa oggi avanzare dubbi circa la loro assoluta illegittimità. Si trattava, infatti, di affidamenti di gestioni di SPL non effettuati a seguito di una reale ed effettiva gara ad evidenza pubblica (*quindi erano affidamenti diretti illegittimi non riconducibili al modello c.d. in house, mancando il requisito del totale capitale pubblico*), ma fatti dai soliti “furbetti” o se preferite “*all'italiana*”, attraverso l'escamotage del ricorso ad una gara ad evidenza pubblica il cui unico scopo era quello di aggirare le regole europee poste a tutela della concorrenza attraverso la previsione di un oggetto che era volutamente limitato alla sola ricerca del socio privato, ben guardandosene dal chiarire nello stesso bando che cosa sarebbe poi andata a fare come concreta attività ed a quali condizioni la stessa società mista così costituita. Mancando il requisito che abbiamo definito della c.d. “gara complessa”, che deve necessariamente comprendere nello stesso ed unico bando di gara anche il o i

SPL che la società sarà chiamata a gestire dopo la sua costituzione ed il relativo contratto di servizio, l'affidamento post gara del servizio era inequivocabilmente ed in ogni caso da ritenere totalmente illegittimo.

Considerata, pertanto, questa situazione disastrosa diffusa, fui incaricato oltre che di riportare nell'alveo della legittimità europea le regole in base alle quali procedere per il futuro in materia di affidamenti delle gestioni dei SPL in Italia, anche di portare in porto una delicata trattativa con la Commissione Europea, al fine di ottenere un congruo periodo transitorio per poter traghettare il nostro intero sistema verso le nuove regole che intendevamo introdurre dopo averle concordate con la Commissione europea.

La stessa Commissione che ci aveva messo sotto accusa non poteva, infatti non rendersi conto della assurdità di pretendere che il nostro Paese, da un giorno all'altro, dichiarasse l'illegittimità di tutti gli affidamenti in essere. Ove mai avesse preteso ciò, ci saremmo trovati con tutti i nostri cittadini armati di forconi nelle piazze delle nostre città, perché quasi tutti i Servizi Pubblici locali il giorno dopo si sarebbero bloccati.

E', infatti, del tutto logico e normale che quando si intende introdurre nell'ordinamento una normativa che innova in modo così incisivo e radicale rispetto al modello precedentemente diffuso, si deve accompagnare la sua entrata in vigore attraverso la previsione di un periodo c.d. transitorio che ne consenta una sua graduale entrata in vigore.

Il termine "transitorio", sta infatti ad indicare un periodo provvisorio, che passa, che non dura e, quindi, che è per sua stessa natura un regime di durata definita e limitata nel tempo.

Un'importante parte delle trattative con la Commissione Europea fu incentrata, pertanto sulla individuazione della durata massima di tale periodo transitorio e cioè di quell'arco temporale che ci veniva concesso per mettere a regime le nuove norme introdotte con la riforma del 2003 che disciplinava finalmente in modo esaustivo tutte le legittime modalità di affidamento delle gestioni dei SPL.

Alla fine riuscimmo ad ottenere quello che, all'epoca, avevo ritenuto un vero e proprio regalo da parte della Commissione che concesse al nostro Paese un periodo transitorio della durata di ben cinque anni. E poiché tale periodo fu oggetto di uno specifico accordo raggiunto con Bruxelles nel 1999, per ragioni di pura matematica il periodo transitorio concordato doveva scadere alla fine dell'anno 2006. Per questi motivi quando abbiamo introdotto nella riforma del 2003 lo specifico comma 15-bis che disciplinava il predetto periodo transitorio – che già precedentemente, come sapete, avrebbe dovuto essere così inserito nel famoso articolo 35 del 2001 - abbiamo correttamente indicato in modo chiaro ed espresso che il periodo transitorio scadeva il 31 dicembre 2006.

L'attuale legislatore, invece, con il D.L. 25/9/2009 , n.135 ha modificato il comma 8 dell'articolo 23-bis, che contiene una nuova disciplina del c.d. periodo transitorio, mettendo così a rischio i rapporti con la Commissione e la stessa legittimità della propria riforma e dando prova di ignorare volutamente il principio fondamentale del diritto internazionale, contenuto anche nella nostra Costituzione, *“pacta sunt servanda”*, disattendendo gli impegni presi dal nostro Paese nel 1999 e ribaditi nel 2003 con la Commissione europea sulla durata massima del predetto periodo transitorio. Anzi, a essere franchi, si potrebbe non del tutto infondatamente nutrire più di un sospetto sul fatto che a fondamento dell'exasperato agitarsi, da parte prima del Governo Prodi ed ora dell'attuale Governo Berlusconi, al fine di riformare la precedente riforma del 2003 – *che, incidentalmente, mi permetto di ricordare a tutti noi che era stata pienamente concordata con la Commissione europea ed aveva consentito la chiusura della procedura di infrazione ed aveva brillantemente superato sia il vaglio della Corte Costituzionale nel 2004 che quello della stessa Corte di Giustizia europea nel 2006* – mentendo in modo spudorato sulla ratio e sulla stessa necessità dei nuovi interventi di riforma – *indicata nell'obbligo di dover rispettare il diritto europeo (???!!! Quale e perché, non è dato comprendere) e nella volontà di privatizzazione e liberalizzazione dei SPL (???!!! Anche se, come detto, sulle modalità di affidamento dei SPL non vi è nulla di più o di diverso rispetto al*

precedente quadro normativo vigente dal 2003 - e ricorrendo per la loro approvazione, per ben due volte, al decreto legge (*oltretutto a distanza di meno di un anno*), vi sia in realtà la volontà di trovare un ennesimo escamotage per riuscire a superare il termine ultimo del predetto periodo transitorio, giustificandolo ed in parte nascondendolo all'interno di un fumoso nuovo quadro normativo di riferimento che, in realtà, non innovando per nulla il quadro normativo precedente introdotto nel 2003 sulle modalità legittime di affidamento dei SPL, non necessita né giustifica la previsione di alcun periodo transitorio ulteriore.

E su questa constatazione dell'assoluta mancanza di norme effettivamente innovative nei testi di riforma messi a punto dopo il 2003, ogni volta ci troviamo a dover ripetere le stesse cose. Tralasciando il ddl Lanzillotta, rimasto fortunatamente lettera morta – *anche se il suo contenuto sembra aver in parte influenzato le due successive riforme adottate dal Governo Berlusconi* - sulla riforma del 2008 avevamo già avuto modo di sottolineare e di scrivere che la possibilità del conferimento delle gestioni alle società miste con unica gara complessa, conformemente alla lettera b) del comma 5° dell'articolo 113 TUEL, anche nel silenzio serbato sul punto da parte del nuovo 23 bis del DL 112 del 2008, rimaneva perfettamente compatibile con la nuova norma considerato che la stessa aveva comunque previsto la generale possibilità di effettuare gli affidamenti attraverso procedure di gara ad evidenza pubblica. E' innegabile, infatti, che gli affidamenti effettuati a favore delle società miste all'esito di procedure di gara complesse a doppio oggetto sono e restano un caso particolare perfettamente rientrante nella predetta regola generale, rappresentando semplicemente un particolare modello di procedura ad evidenza pubblica rispettosa delle regole comunitarie in materia. Ciò non di meno abbiamo dovuto assistere a sterili polemiche durate mesi dove ci si accapigliava sulla portata effettiva dell'articolo 23 bis, ed in particolare se l'aver taciuto sugli affidamenti a favore delle società miste avesse o meno inteso eliminare la possibilità di procedere ad affidamenti attraverso una unica procedura di gara complessa come ormai riconosciuto nel parere del CdS e nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea, di poco

precedente alla nuova norma. Con la conclusione, a mio avviso, che se questa fosse stata la reale volontà del materiale estensore o suggeritore del testo della norma, non si sarebbe potuto che concludere che lo stesso si decidesse a cambiare mestiere o ad imparare a scrivere le norme.

Lo stesso discorso poteva valere per altri aspetti della riforma che ben poco andavano a incidere sul quadro normativo previgente.

Invece, l'unica norma che effettivamente poteva essere considerata innovativa – *almeno nelle intenzioni del nuovo legislatore* – appariva essere quella dallo stesso dedicata alla proroga del regime transitorio e contenuta nei commi 8 e 10 lettera e). Non è il caso di soffermarci ad analizzare compiutamente le citate norme del 2008 considerato che le stesse sono state novellate dalla più recente riforma del 2009.

Ed anche in quest'ultima riforma qual è l'unica norma che cambia rispetto alla riforma del 2003?

La risposta, anche in questo caso, appare semplice e scontata: quella relativa alla proroga del regime transitorio degli affidamenti illegittimi.

Allora cerchiamo di capirci. Se ogni volta veniamo presi in giro sia dai politici che dai *mass-media* che continuano in ogni dove a dirci che vogliono liberalizzare, privatizzare e che propongono nuove riforme in materia sostenendo che è la stessa opinione pubblica a chiederglielo, perché è opinione diffusa e dominante la necessità di intervenire con maggior decisione al fine di liberalizzare e privatizzare la gestione dei servizi pubblici nel nostro Paese per consentirci di metterci al passo con gli altri paesi europei e poi, di fatto e alla resa dei conti, andiamo a scoprire che in realtà quello che si limitano a fare le nuove norme è solo di prorogare tutti gli affidamenti illegittimi in essere e, cioè proprio quelli che risultano essere in aperta violazione dei principi posti a tutela di quel mercato e di quella concorrenza che viene invocata a gran voce, lo trovo, sinceramente, un po' deprimente ed alquanto imbarazzante.

Perché di nuovo che cosa abbiamo nell'ultimo testo di riforma approvato?

Come abbiamo detto, sulle modalità di affidamento, non abbiamo altro che la reintroduzione delle

stesse regole già contenute nella riforma del 2003 accompagnate da alcune aggiunte a chiarimento della loro corretta interpretazione e applicazione; aggiunte che ci appaiono condivisibili ed utili all'interprete giuridicamente meno attrezzato in materia di diritto europeo, ma che assolutamente non possono ritenersi in alcun modo innovative della disciplina.

E quello che più mi fa sorridere è che le principali norme che potrebbero essere contrabbandate come innovazioni epocali, sono rappresentate da due commi dei quali uno, di fatto, non si può applicare e l'altro rappresenta, come vi ho già anticipato all'inizio del mio intervento, una vera e propria "bufala".

E per questo che vi sto dicendo che l'unica cosa che il testo sembra voler cambiare è la durata del regime transitorio. E sottolineo *sembra* perché chi ha materialmente redatto o suggerito la norma sul regime transitorio appare un legislatore che potremmo definire "*della domenica*" che sembra essersi dimenticato che la precedente norma del 2003 – *ed intendiamo riferirci all'articolo 113, comma 15-bis del TUEL* – non abrogata dalla riforma del 2008 in quanto con essa perfettamente compatibile, stabilisce che tutte le concessioni illegittime in essere prima del 2003, in quanto non affidate nel rispetto delle nuove regole di affidamento introdotte con la stessa riforma, sono decadute, senza bisogno di declaratoria dell'ente affidante il 31 dicembre 2006 ed il 31 dicembre 2007 (*questa seconda data, vi ricordo, che vale per il solo settore idrico, a seguito della modifica alla stessa norma apportata dalla c.d. delega ambientale*), e quindi, salvo capacità soprannaturali del redattore delle nuove norme transitorie, alla data in cui le ha scritte, gli affidamenti illegittimi ai quali evidentemente sperava si applicasse il nuovo regime di proroga del periodo transitorio non esistevano già più in quanto decaduti *ope legis* ed i morti, solitamente, non mi risulta che possano essere resuscitati in questo mondo, anche per noi cattolici.

E questa rappresenta uno degli altri aspetti di diritto che, evidentemente, è difficile far comprendere ai nostri aspiranti legulei ma che, mi auguro, ben comprendano e rigorosamente applichino nelle future loro decisioni i miei colleghi appartenenti alle giurisdizioni amministrative e contabili.

Cerco di spiegarmi meglio; se il comma 15-bis dell'articolo 113 TUEL introdotto dalla riforma del 2003 dice che alla data del 31 dicembre 2006 gli affidamenti effettuati senza il rispetto delle regole stabilite nel precedente comma V alle lettere a), b) e c) decadono *ex lege* senza bisogno di declaratoria, vuole dire che a far data dal primo gennaio 2007 le concessioni di gestione illegittimamente affidate in epoca precedente sono tutti irrimediabilmente decaduti *ope legis* e senza che tale decadenza debba essere dichiarata o consacrata in qualche atto amministrativo successivo. E, pertanto, o mi convincono che viviamo in una Repubblica di zombie, o solitamente ai morti non è possibile ridare la vita; ne consegue, pertanto, che le gestioni che ciò non di meno risultassero ancora in essere da parte di soggetti i cui titoli abilitativi (concessioni di gestione) risultano decaduti *ex lege* vanno considerate di fatto senza titolo, in quanto operano in assenza di titolo legittimo di concessione. Ed il titolo giuridico venuto meno *ope legis* non si può certo far resuscitare quasi due anni dopo attraverso una norma che, oltretutto, neppure lo prevede. Nel nostro ordinamento giuridico ciò non è consentito, e questo mi auguro che sia chiaro per tutti.

Quindi dal momento che sia le norme transitorie contenute nel D.L. 112 del 2008, che quelle contenute nella riforma del 2009 sono intervenute nel nostro ordinamento in due date entrambe successive al primo gennaio 2007 (e del 2008 per l'idrico) ed una volta chiarito che, conseguentemente, le stesse non possono in alcun modo prorogare la durata di affidamenti illegittimi già precedentemente decaduti *ope legis*, si potrebbe, al più, sostenere che la previsione del nuovo periodo transitorio possa essere invocata solo nei confronti delle concessioni che risultassero essere state affidate *contra legem* in data successiva al 1° gennaio 2007 (o del 1° gennaio 2008 per il solo settore idrico). Ma se anche così fosse, è certo che in questi casi sarebbe difficile risolvere l'interrogativo di come possano essere state affidate in maniera illegittima, cioè *contra legem* queste concessioni quando era in vigore un quadro normativo contenente un quadro di regole complete e chiare. Non potrà certo sostenersi che l'attuale riforma necessita al pari di quanto avvenuto nel 2003 di un periodo transitorio per consentire una sua entrata in vigore graduale anche

perché difficilmente può essere paragonata la attuale situazione in materia con quella che caratterizzava la legislazione italiana in materia di SPL prima del 2003, quando effettivamente si era potuto sostenere con la stessa commissione europea la necessità dell'introduzione di un congruo periodo transitorio per traghettare la precedente situazione da Far West verso la legalità .

Ma dopo l'intervenuto della riforma del 2003 (*le cui regole relative alle corrette modalità di affidamento delle concessioni di gestione dei servizi risultano identiche a quelle contenute nell'ultima riforma in esame*) e dopo che sono state pubblicate e divenute di dominio pubblico numerose sentenze della nostra giustizia amministrativa in materia di affidamenti, oltre alle fondamentali decisioni in materia pronunciate dalla Corte di Giustizia Europea ed vari documenti adottati dalla Commissione europea, francamente c'è da chiedersi chi può aver affidato i propri SPL senza il rispetto di quelle regole ed in base a cosa ha deciso di agire così e, soprattutto, se la Corte dei Conti dorme o se intende agire nei confronti dei responsabili delle pubbliche stazioni appaltanti che hanno affidato i SPL in modo così spudoratamente e ingiustificabilmente *contra legem*.

Comunque, ferme restando le mie osservazioni critiche sulla concreta possibilità di applicare le nuove norme volte a regolare il c.d. periodo transitorio, chi le ha scritte intendeva evidentemente prorogare il periodo transitorio fino al 2010- 2011; visto l'andazzo non pare azzardato attendersi che prima che tale termine giunga a scadenza, qualcuno tenterà di intervenire per concedere una ulteriore proroga al 2024, o chissà quando; e temo che vi siano forti possibilità che, di questo passo, di proroga in proroga potrei correre il rischio di essere già morto prima che abbia termine il periodo transitorio in materia di affidamenti illegittimi nel nostro Paese. D'altra parte, non c'è nulla da stupirsi: siamo una "*Repubblica a statuto speciale*" come vi ho già detto.

E non voglio sembrare eccessivamente polemico, ma mi piacerebbe proprio sapere il motivo per il quale ci sarebbe bisogno in Italia di quest'ulteriore proroga di tutte illegittimità in essere in materia di affidamenti. Forse perché siamo in un paese di tonti e quindi bisogna dare tempo a tutti di capire e di adeguarsi? Bisogna dare più tempo agli operatori dei servizi ed alle nostre stazioni appaltanti

per adeguarsi e poter comprendere che l'*in house* è legittimo e va fatto solo nel rispetto del modello europeo?!

Non credo proprio perché voglio ricordare a tutti noi che il Diritto europeo prevale sul Diritto nazionale e le norme contenute nei Trattati e quelle che discendono dalle pronunce della Corte di Giustizia di Strasburgo sono di diretta applicazione in tutti gli Stati membri, Italia compresa, da subito.

La pronuncia della Corte di Giustizia sull'*in house providing* è del 1999. Quindi non si può dire che dopo il '99 non si applica perché non si è ancora compreso bene in Italia che cosa in realtà sia l'*in house*. Per chi è un po' più di cocchio e quindi non aveva ben capito quella prima pronuncia, ricordo che sono intervenute successivamente la sentenza Stadt Halle e quella Parking Brixen ed infine quella specifica sullo stesso articolo 113 TUEL come riformato nel 2003 proprio sullo specifico punto relativo all'*in house*. Quindi, comunque sia, diciamo che proprio ad essere meno portati a comprendere il diritto e più tonti degli altri, non si può negare che a far data dal 2005 non c'è più modo di giustificarsi nel sostenere che non si sa cosa sia e quali siano i requisiti perché gli affidamenti diretti possano considerarsi legittimi secondo il modello del quasi *in house providing*, secondo il diritto europeo come precisato dalla giurisprudenza Comunitaria ed oggetto di numerose pronunce anche da parte della nostra stessa giustizia amministrativa. Ripeto, parliamo di pronunce risalenti quanto meno al 2005, che contengono principi di Diritto direttamente applicabili in tutto il territorio dell'Unione Europea, perché le sentenze della Corte di Giustizia prevalgono addirittura sulle norme secondarie del Diritto europeo.

Quindi, tanto per intenderci, laddove c'è un regolamento comunitario – *e troverete un cenno anche a questa problematica nel mio scritto* – che riguarda il trasporto pubblico locale, che stabilisce che è possibile l'affidamento diretto ad una società che non sia al cento per cento di capitale pubblico, noi e tutti gli operatori di diritto dell'UE siamo tenuti a ritenerla una norma che, nonostante la sua origine comunitaria, risulta ciò non di meno illegittima perché in contrasto con i principi di diritto

consolidati in materia così come contenuti nel dispositivo di numerose sentenze della Corte di Giustizia; questo perché tali denunce prevalgono, al pari delle norme del Trattato, anche nei confronti della normazione secondaria approvata dalla stessa Europa. In questo caso, il citato Regolamento rappresenta un atto normativo secondario della UE. Approvato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio, e dal momento che tra le sue disposizioni contiene anche una norma che risulta essere in contrasto con i principi di diritto contenuti nelle pronunce della Corte di Giustizia che abbiamo prima citato, o con norme del Trattato, la stessa deve essere considerata illegittima e può essere impugnata da ogni Stato membro davanti alla Corte di Giustizia al fine di farne dichiarare la nullità per violazione del Diritto comunitario.

Comunque, per concludere sulle nuove norme transitorie, le stesse non solo non servono a nulla e sono fortemente discutibili, ma rappresentano in ogni caso una aperta violazione degli accordi assunti dal nostro Governo nel 1999 e nel 2003 con Bruxelles.

E adesso, come forse molti aspettate sin dall'inizio, arrivo a spiegarvi perché ritengo che nel nuovo testo di riforma vi siano quei due commi che contengono due norme che prima vi ho detto che ritengo, una, non applicabile e, una, totalmente inutile.

Tutti noi sappiamo che il testo della riforma approvato giovedì alla Camera dei Deputati, è identico *(anche perché abbiamo un sistema legislativo basato sul principio del bicameralismo perfetto)* a quello approvato al Senato.

Stando così le cose, la prima domanda che una persona intelligente avrebbe dovuto porsi all'indomani della sua approvazione definitiva alla Camera, era : ma è possibile che viviamo in un Paese in cui siamo tutti così fessi che, dopo l'approvazione in Senato della norma, nessuno si è accorto che nel testo di legge c'era la previsione di privatizzare l'acqua mentre, al contrario, tutti siamo rinsaviti e ce ne siamo accorti solo dopo l'approvazione dello stesso testo alla Camera dei Deputati ???! Stessero così le cose non ne uscirebbero molto bene né i politici appartenenti a tutti i partiti dell'opposizione né tutti i giornalisti e tutti i commentatori politici.

Ed allora perché solo dopo l'approvazione definitiva alla Camera della riforma, è esplosa una violenta e generalizzata polemica su questo tema della privatizzazione dell'acqua. Abbiamo forse tutti dormito fino al giorno prima? Il Senato era forse in sciopero? I suoi membri giocavano a carte durante la discussione ed il voto della riforma nella loro Camera?

Perché, ripeto, il dato indiscutibile è che la norma approvata alla Camera è identica è identica a quella che prima era già stata approvata al Senato.

Il problema, come sempre è che siamo in Italia... Ed in questo Paese di eterni "*furbe*" che si credono, oltretutto, particolarmente dotati di ingegno ed intelligenza, ci deve essere stato un genio del diritto, a me sconosciuto, che nello scrivere o suggerire il testo della norma ma, evidentemente ignorando (*nel senso etimologico del termine*) il Diritto comunitario ha creduto di essere riuscito a compiere una vera e propria "*furba*".

Ed in che cosa potrebbe consistere questo colpo di "*italico genio*"?

Certamente non ha scritto nulla che direttamente potesse far capire ai meno furbi di lui le sue mire sull'argomento, tant'è che se uno legge il testo approvato dalle due Camere, giustamente si chiede dove diavolo sia scritto che è stata privatizzata l'acqua.

Io ho letto e riletto il testo, non appena è esplosa la polemica sull'acqua, ma non sono riuscito a trovare subito quale fosse la norma incriminata, perché leggendo anche attentamente il testo avevo concluso che non era assolutamente vero che vi fosse al suo interno una norma idonea a determinare la tanto temuta privatizzazione dell'acqua.

Poi ragionandoci meglio ed immaginando quale poteva essere stata la tattica del presunto "*furbo*", mi sono convinto che dovevo rileggere attentamente le singole disposizioni per immaginare il contorto pensiero di chi era convinto di essere riuscito in tale intento, evidentemente, tentando di percorrere una via indiretta.

Normalmente in un Paese civile e democratico il ragionamento è: ho la maggioranza in Parlamento per far passare una norma per privatizzare l'acqua che ritengo opportuna ed utile? Benissimo, c'è

nel mio testo di legge un comma III dell'articolo 23 bis che disciplina le regole per l'affidamento *in house* ad un soggetto a capitale totalmente pubblico e poiché non voglio consentire che da adesso in poi sia più possibile seguire tale modalità di affidamento per l'idrico, il gioco è semplicissimo: inserisco nello stesso comma un semplice inciso nel quale espressamente escludo la possibilità del ricorso a tale modalità di affidamento per tutte le gestioni che riguardano il settore idrico; punto a capo e proseguo con l'ulteriore comma IV.

Nel caso fosse stato approvato tale testo, certamente non vi potevano essere dubbi sulla volontà del legislatore e sulla portata della norma: si era privatizzata la gestione di tutto il settore idrico. Ma tale semplice norma non è stata scritta; nella legge così come approvata in Parlamento non l'ho trovata. Allora ho continuato, come vi ho detto, a cercare perché pensavo che se lo avevano detto e scritto tutti, qualcosa ci doveva pur essere, salva la remota ipotesi di un fenomeno di allucinazione collettiva.

Sono stato così incuriosito da una strana norma contenuta nel comma 1 ter dove è detto che tutti gli affidamenti del settore idrico, comunque effettuati a norma dell'articolo 23 bis del Decreto Legge 112/2008, devono garantire l'"*autonomia del gestore*".

E, ripensando alle caratteristiche a garantire la legittimità dell' *in house providing* secondo il modello messo a punto alla luce delle pronunce della CGCE e che più volte avevo illustrato nei vari convegni e scritti, mi si è accesa una lampadina.

La norma in esame, in pratica, ci dice che qualunque sia la forma di affidamento scelta dalla stazione appaltante – *ed abbiamo appena ricordato che in base al nuovo comma 2 dell'articolo 23-bis, sono possibili affidamenti con gara, in base alla lettera a); affidamento con gara complessa a doppio oggetto a favore delle società miste, in base alla lettera b); od, infine, l'affidamento diretto in house, in base al III comma* – nel settore idrico deve essere in ogni caso garantita "*l'autonomia del gestore*".

E poiché anche la possibilità di poter ricorrere all'affidamento della gestione secondo il modello

c.d. *quasi in house*, rientra tra le modalità stabilite dal 23-bis, tale modalità di affidamento per il settore idrico in tanto risulta ammessa dalla norma in quanto con essa sia comunque garantita “*l'autonomia del gestore*”.

Cosa può aver pensato, pertanto, il “*furbetto*”? Se passa questa norma è fatta perché siccome sono che tutti quanti ci insegnano che una delle caratteristiche richieste dal diritto europeo per poter rientrare nel modello del *quasi in house providing* è rappresentato dal fatto che occorre che il titolare del capitale abbia nei confronti della società pubblica alla quale è stata affidata direttamente la gestione un “*controllo analogo*” a quello che svolge nei confronti dei propri uffici, qui vi frego tutti! La necessità del requisito del “controllo analogo” esclude che possa a sua volta ricorrere il requisito da me richiesto nel comma 1-ter “dell'autonomia gestionale” da parte del gestore del servizio idrico.

Peccato che il “*furbetto*”, come mi sono già permesso di anticipare, così dimostrato di avere una conoscenza alquanto superficiale dei principi di diritto che intendeva utilizzare per raggiungere il suo obiettivo. Sembra, infatti, ignorare la loro corretta applicazione alla luce delle stesse pronunce nelle quali viene sottolineata l'esigenza, tra gli altri, del requisito del “*controllo analogo*”.

Evidentemente ignora, in particolare, che è sempre stato sottolineato, anche da parte del sottoscritto, che siccome il Diritto comunitario ha sempre una sua razionalità e coerenza, la possibilità di far ricorso ad affidamenti diretti secondo il modello del “*quasi in house*”, considerata una eccezione alla regola comunitaria delle gare, è possibile solo quando non si tratta di un affidamento ad un soggetto realmente terzo, ma l'affidamento avviene a favore dello stesso ente pubblico affidante che decide di gestire il servizio attraverso una propria società che rappresenta una sua articolazione interna. Proprio perché questo requisito possa ritenersi sussistente, occorre per il diritto europeo che su tale società l'ente pubblico affidante abbia il totale controllo, normalmente definito per semplicità “*controllo analogo*”. Tant'è che, da parte degli studiosi e della stessa Commissione europea si parla, in questi casi di c.d. *quasi in house providing*, di una ipotesi di immedesimazione

organica tra ente affidante e società pubblica affidataria.

Ed allora, stando così le cose, è evidente che se questa è stata la tattica seguita dal fantomatico “furbetto”, lo stesso risulta infatti aver fatto i conti senza l’oste. Si è, infatti dimenticato di considerare che se è lo stesso Ente pubblico che affida e gestisce attraverso una propria articolazione interna ed organica – *se no si tratterebbe di un affidamento a favore di un soggetto terzo per il diritto europeo non potrebbe in alcun caso derogare all’obbligo di gara ad evidenza pubblica* – è sicuramente garantita la assoluta ed indiscutibile autonomia da parte del gestore richiesta dal comma 1-ter. In tutti questi casi, infatti, c’è un ente pubblico stazione appaltante, che nella sua piena autonomia gestionale, ha deciso di organizzare quel servizio in prima persona utilizzando le proprie risorse interne, limitandosi a distinguere al suo interno tra un ufficio che affida ed un altro, costituito in forma societaria, che gestisce. Perché questo e nient’altro è il c.d. “quasi *in house providing*” in base al diritto europeo.

Quindi credo sia possibile che il fantomatico “furbetto” che immaginiamo possa aver scritto o suggerito questo comma, per evitare che nessuno si accorgesse della sua tattica e del suo obiettivo – *come dimostrerebbe il fatto che in Senato nessuno se ne è accorto* - quando è stato sicuro dell’approvazione definitiva alla Camera – *essendo evidentemente anche un po’ vana glorioso* – non sarà più riuscito a trattenersi ed avrà esultato saltando sulla sedia urlando : “*e vai, che li abbiamo fregati tutti!*” . Ci dispiace molto per lui ed i suoi eventuali *fans* ma la norma non funziona perché non consente affatto di ottenere il risultato avuto di mira (*se era quello che abbiamo immaginato*) in quanto in nessun modo questa norma può comportare la definitiva ed irreversibile liberalizzazione e privatizzazione delle gestioni nel settore idrico.

Quindi si mettano pure il cuore in pace tutti coloro che si sono agitati e preoccupati dopo questo vero e proprio annuncio “bufala” perché nelle norme approvate in Parlamento non c’è propri nulla sulla liberalizzazione dell’acqua.

Qualcuno altro ha però sostenuto che tale liberalizzazione potrebbe essere insita in un altro comma

e cioè in quello che riguarda i limiti riferiti alle società per azioni quotate in Borsa che, guarda caso, anche in questo caso riguarda solo il settore idrico. La norma incriminata sarebbe quella inserita nel comma dedicato al periodo transitorio, laddove viene previsto che la quota di azioni in mano pubblica deve scendere al 30 per cento al massimo.

Bene, visto che ci troviamo in questo momento a Torino, la domanda mi pare scontata: a quanto ammonta il pacchetto azionario della FIAT in mano alla famiglia Agnelli? Sicuramente, come tutti sappiamo, è inferiore al 30%, ma mi pare di poter affermare senza dubbio di essere smentito, che nessuno di noi intende mettere in dubbio che la famiglia Agnelli sia proprietaria e governi la FIAT da quando esiste.

Quindi il limitare il pacchetto in mano pubblica ad una quota non superiore al 30% per aziende come la SMAT di Torino o la ACEA di Roma, caratterizzate già adesso ed ancora più in futuro da un ampio azionariato diffuso, non impedirà all'ente pubblico di continuare, se vuole, a controllare perfettamente le stesse società. Quindi anche questa non rappresenta certo una norma in grado di comportare una sicura ed irreversibile privatizzazione nella gestione dell'acqua, intesa in senso di eliminazione della possibilità di mantenere il controllo delle stesse società da parte del socio pubblico.

Per le altre società miste di gestione – o, più correttamente, di partenariato pubblico privato – il legislatore del 2009 ha voluto imporre l'obbligo di assegnare al socio privato operativo una di non meno del 40% del capitale sociale. Anche qui, se vi andate a leggere il già citato emendamento a firma del Senatore Eufemi da me suggerito, potete vedere che io allora come ora sono convinto che sarebbe stato più corretto ed opportuno non cristallizzare in una predefinita dal legislatore la quota minima di capitale riservata al partner privato, essendo sufficiente chiarire nella norma che la quota del socio privato operativo deve comunque rappresentare una “*quota significativa*” del capitale sociale. Questo perché sono convinto che tale percentuale sarebbe stata comunque direttamente imposta e determinata dal mercato stesso, ed il limitarsi alla predetta indicazione della “quota

significativa” sarebbe comunque stato sufficiente ad evitare il problema dei furbetti italiani di cui abbiamo parlato prima; non sarebbe più stato possibile, infatti, costituire società miste di gestione nelle quali il privato acquista una quota minimale del capitale sociale, pari anche solo all’1%, e ciò non di meno gestisce il servizio, garantendogli così la massimizzazione degli utili senza fargli correre il rischio di mettersi in gioco con le proprie risorse, in quanto il 99% del rischio resta accollato al solo socio pubblico. In ogni caso, se io fossi stato costretto a suggerire una percentuale predeterminata al Governo, avrei suggerito una quota leggermente più bassa pari al 30 per cento; hanno deciso per il 40%, non mi sembra che ne si possa fare un dramma. Il 40 per cento al socio operativo privato, significa che comunque il pubblico può mantenere nelle sue mani una quota fino al 60 per cento, il che conferma ancora oggi i motivi per i quali ho sempre ritenuto questo modello come quello migliore per iniziare concretamente a percorrere in Italia la strada delle privatizzazioni e liberalizzazioni dei SPL attraverso l’ingresso dei privati nelle gestioni. Comunque in queste società miste il pubblico può tenere ben piantati i propri piedi dentro la società e quindi controllarne meglio il corretto funzionamento dal suo interno attraverso la possibilità, soprattutto all’inizio, di mantenere una propria posizione di forza che gli consente di perseguire quelle politiche di miglioramento dei servizi, e di corretta spesa delle risorse – *visto che in gran parte sono e sono destinate a restare pubbliche, come ci ha ben ricordato prima l’Ingegnere nel suo intervento* – ad esempio nel delicato e sensibile settore del trasporto pubblico locale nel quale, come sappiamo tutti, gran parte del costo del servizio è coperto dalla fiscalità generale.

Quello che ho sempre cercato di spiegare con riferimento al modello delle società miste è che, nel momento in cui tu privato gestisci in grandissima parte soldi pubblici, il fatto che vi sia un meccanismo ed un modello gestionale che consenta al socio pubblico di controllare bene anche come effettivamente gestisci tale risorse, non mi è mai sembrato così tanto negativo. E su questo mio pensiero posso dire che concordino gran parte degli altri Paesi del mondo nei quali – *basti pensare alla Germania* – da molto tempo le cose funzionano già così.

Capisco che noi ci reputiamo sempre una “Repubblica a statuto speciale”, per cui dobbiamo sempre fare qualcosa di diverso dal resto del mondo. Ma se nel resto del mondo funziona così, e funziona molto meglio che qui da noi, forse dovremmo convincerci della bontà del modello del Partenariato Pubblico privato anche per il nostro paese.

Sulla trita e ritrita questione del pubblico o privato quale miglior forma di gestione, ricordo sempre che hanno fatto un servizio televisivo, che più volte mi sono trovato già a citare nei miei interventi e nelle mie lezioni all'Università, nella trasmissione di RAI 3 “*Report*”, nel quale hanno messo a confronto la gestione dei rifiuti a Roma (*dove vivo da dodici anni*), ed a Berlino. A Berlino la gestione integrata dei rifiuti è totalmente pubblica mentre a Roma è pubblica la raccolta mentre la gestione della discarica è privata. E' forse superfluo che vi dica quali assurdi e sconcertanti dati siano emersi con riferimento all'efficienza ed ai costi per i cittadini dello stesso servizio di raccolta e smaltimento rifiuti. A Berlino è perfetta; vanno a ritirare i rifiuti in casa, e smaltiscono in modo differenziato al cento per cento con ampio ricorso ad un termovalorizzatore che fornisce anche energia a bassissimo impatto ambientale. A Roma c'è un casino totale, per cui è risultato che i cittadini sono anche in parte presi per i fondelli, essendo stato filmato che i rifiuti contenuti nei cassonetti per la raccolta differenziata vengono scaricati tutti nello stesso autocarro che poi li va a scaricare insieme a Malagrotta conferendoli in una discarica privata a cielo aperto, pagando a peso d'oro per tale servizio un privato e causando enormi problemi di impatto ambientale. Inoltre, dato di non minore importanza, alla fine il costo per il cittadino di Berlino è risultato essere enormemente più basso rispetto a quello pagato dal cittadino di Roma per ottenere un servizio nettamente più scadente e con un impatto ambientale devastante. Ed, in particolare, il brillante risultato registrato a Roma che smaltisce i rifiuti solidi urbani conferendoli ad una discarica di proprietà privata è stato quello che, considerato che il privato viene pagato a peso per ogni quintale di rifiuto conferito nel suo sito, Roma risulta essere l'unica città d'Italia e d'Europa nella quale negli ultimi anni invece di aumentare è diminuita la percentuale di raccolta differenziata di rifiuti e cioè la quota di quei rifiuti

che essendo in parte od in tutto riciclabili, non devono essere conferiti in discarica. Eppure, anche di fronte a questi dati obiettivi e certificati abbiamo ancora la quasi totalità dei politici di entrambi gli schieramenti che continuano a sostenere impavidamente: “*abbasso il pubblico e viva il privato!!!*”.

Come vorrei che riuscissero a spiegarlo ai cittadini di Roma e Berlino queste loro convinzioni.

Comunque tornando ad una analisi dell’ultima riforma, qual è la norma che ritengo, invece, seriamente preoccupante, anche se, come vedremo, il problema che la stessa solleva si può risolvere grazie al Diritto comunitario ed alla regola della disapplicazione delle norme che risultano in contrasto con lo stesso?

Sto parlando della previsione contenuta nel nuovo comma 9 dell’articolo 23-bis del DL n.112 del 2008, come modificato dall’articolo 15 del DL n.135 del 2009. Tale norma vieta, e non riesco francamente per quale motivo, alle società miste che hanno ottenuto un affidamento all’esito di una regolare procedura di gara ad evidenza pubblica di poter agire e competere sul mercato al pari degli altri operatori privati.

Certamente lo stesso divieto nei confronti di chi ha un affidamento diretto secondo il modello del c.d. quasi *in house*, contenuto all’inizio della stessa norma, può essere perfettamente condiviso anche se appare pleonastico e scontato, perché in questi casi si tratta di un soggetto pubblico il quale ha ottenuto un affidamento diretto proprio perché, per tutti i motivi che abbiamo appena ricordato, non è e non agisce come un terzo competitore del mercato, e quindi non può andare a fare gare e non può andare ad assumere extra-territorialmente altri servizi perché è strettamente legato con l’ente pubblico, che è il titolare del suo intero capitale sociale e del quale rappresenta il suo mero braccio operativo. In questi casi, come abbiamo sempre sostenuto, tale principio discende già come normale e necessario corollario giuridico dalle precedenti norme contenute nella riforma del 2003 relative alla disciplina del c.d. *quasi in house providing*, anche se avevamo dovuto constatare come si tentasse da più parti in Italia di far finta di non capire, o di non immagazzinare nel proprio cervello, questo fondamentale principio giuridico.

Ma nonostante alcune errate e criticabili pronunce giurisprudenziali del Consiglio di Stato di senso contrario, alle quali sembra evidentemente essersi ispirato il redattore o il suggeritore della norma, la sibillina ed in parte contraddittoria previsione contenuta nella seconda parte del nuovo comma 9 in esame non può in alcun modo essere condivisa giacchè risulta essere, come detto, in aperto e insanabile contrasto con il diritto europeo. Si deve, infatti, ritenere che le società a capitale misto pubblico privato titolari di concessioni od appalti di servizi pubblici ottenuti regolarmente all'esito di procedure di gara ad evidenza pubblica rispettose dei principi sopra ricordati, possono svolgere regolarmente attività extra moenia che extra territoriali partecipando a successive e distinte procedure di gara ad evidenza pubblica sia in Italia che all'estero come espressamente riconosciuto nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, sopra già ricordata, laddove la stessa Commissione si premura di chiarire che trattandosi di società nate nel rispetto delle regole del mercato e chiamate ad operare come un qualsiasi altro competitore al suo interno, tali entità devono essere considerate libere, come qualsiasi altro operatore economico, di partecipare ad ulteriori e distinte gare di appalto pubbliche. Addirittura la Commissione europea si è spinta oltre sottolineando nel suo documento che lo stesso principio opera anche per le procedure di gara che si rendano necessarie a seguito di importanti modifiche o proroghe di appalti pubblici o concessioni già aggiudicati all'entità a capitale misto dalla stessa amministrazione aggiudicatrice che l'ha costituita. In questi casi, com'è ovvio, la Commissione ha cura di porre l'accento sul fatto che l'amministrazione pubblica aggiudicatrice deve prestare particolare attenzione all'obbligo di trasparenza e di parità di trattamento di tutti gli offerenti per garantire l'assoluta sua imparzialità nei confronti dell'eventuale partecipazione alla gara della società di PPPI della quale è essa stessa compartecipe. Pertanto, in base ai principi di diritto vigenti, la norma in esame è stata introdotta nell'ultima riforma e che risulta per le ragioni anzidette essere in aperto contrasto con i principi affermati dal diritto europeo in tema di tutela della

concorrenza, dovrà essere disapplicata sia dai pubblici dipendenti che dagli organi giurisdizionali.

Certo che era meglio se evitavano di scriverla, perché comunque sia la Corte di Giustizia che la stessa Commissione Europea ci hanno sempre ricordato che il fatto che esista il meccanismo della disapplicazione e che il ricorso ad essa sia obbligatorio, non vale ad eliminare il contrasto della norma con il diritto europeo con conseguente obbligo per lo Stato di provvedere ad eliminarla nel più breve tempo possibile, espungendola dal proprio ordinamento.

Questo significa che comunque la Commissione potrebbe aprire una procedura di infrazione contro il nostro Paese finché tale norma esiste nel nostro ordinamento.

D'altra parte come potrebbe il nostro legislatore nazionale pretendere di impedire ad una società mista di altro Stato membro, che è un *competitor* nel mercato, di venire a partecipare ad una gara nel nostro Paese? Perché ricordiamoci che le norme nazionali non si applicano solo nei confronti dei soggetti nazionali, si applicano nei confronti di qualsiasi soggetto voglia partecipare ad una gara nel nostro Paese. E le gare sui Servizi Pubblici Locali sono e devono essere gare comunitarie. E quindi il nostro attuale Parlamento, su *input* del Governo, alla società mista francese o tedesca che vuole venire a fare una gara in Italia mista, e che è stata costituita nel pieno rispetto delle regole europee chiarite ed illustrate nella comunicazione interpretativa del febbraio 2008 da parte della Commissione Europea, intendono dire: “ ci dispiace ma tu non puoi partecipare a nessuna gara in materia di affidamento dei servizi perché lavoreresti extraterritorialmente !!”. Se ci azzardassimo mai a sostenere una tesi del genere la Corte di Giustizia ci massacrerebbe.

Per nostra fortuna anche per questa norma quindi non è il caso di essere assaliti dal panico perché lo ripeto: è una norma assolutamente illegittima, e quindi deve essere disapplicata.

Anche in questo caso ho sentito ingiustificati allarmismi sulla possibilità ed opportunità da adesso in poi di adottare il modello della società mista di gestione in quanto, siccome queste società non potrebbero andare più a far gara in giro, non potendo competere sul mercato, verrebbe conseguentemente meno l'interesse da parte dei potenziali soci privati ad entrare a far parte di una

società mista di gestione dei SPL. Tali timori, per le ragioni che ho appena illustrato, sono parimenti infondati. Inoltre l'assurdità dei risultati che deriverebbero dall'applicazione della norma incriminata ci convincono ancora di più della totale assurdità del suo inserimento nella riforma del 2009. Basta semplicemente riflettere su ciò che abbiamo sempre individuato come il principale difetto italiano in materia di gestione dei servizi: il "nanismo" delle società italiane di gestione dei SPL. Ed il principale rimedio per superare tale handicap strutturale è da sempre stato ritenuto quello di spingere le attuali società verso fenomeni di aggregazione e di apertura al capitale privato al fine di riuscire ad ottenere una loro significativa crescita dimensionale, laddove ritenuta utile, ai fini di poter ottenere quella economia di scala e quella maggior efficienza che caratterizza le società del settore degli altri Stati membri. Ed oggi, improvvisamente, l'attuale legislatore vuole andare a dire ai potenziali soci privati ed a quelli che hanno già creduto nel modello della mista e si sono messi in gioco, che è meglio che lascino perdere ed escano da queste società perché il progetto in cui hanno o intendevano investire è destinato a morire ed a non dare frutti perché a questo tipo di società si è inteso tagliare le gambe impedendo loro per legge di partecipare ad altre e diverse gare in futuro.

Sarebbe un atteggiamento schizofrenico ed irresponsabile che non sta né in cielo né in terra. Però per fortuna dovendosi ritenere, come ho cercato di argomentarvi sufficientemente, che la norma è palesemente illegittima sotto il profilo comunitario, la stessa è da considerare inesistente, "*tamquam non esset*" in conseguenza dell'obbligo della sua disapplicazione.

Quindi per quanto riguarda gli aspetti che abbiamo fin qui affondato della recente riforma, possiamo affermare senza timore di smentita che di fatto si limita a ribadire i sistemi di affidamento come erano già stati previsti nella riforma del 2003, compreso il modello del quasi *in house providing*. Con riferimento a quest'ultimo modello di affidamento è stata aggiunta solo una sorta di controllo preventivo dell'Autorità garante della concorrenza in quanto il nuovo legislatore sembrerebbe voler limitare il ricorso agli affidamenti diretti alle sole ipotesi in cui non ci sia la possibilità di un ricorso favorevole al mercato attraverso i meccanismi di messa in concorrenza.

Avevo premesso che ho modificato il mio documento di lavoro messo a punto prima della riforma, dove tutte queste tematiche sono affondate, subito dopo l'approvazione definitiva delle nuove norme giovedì scorso. Fortunatamente, con riferimento a quest'ultimo aspetto non l'ho dovuto modificare perché non è cambiato nulla rispetto a quanto lo stesso legislatore aveva già scritto nel 2008. Si trattava nel 2008 e continua a rimanere oggi una norma dettata al solo fine di esercitare una sorta di *moral suasion*, in quanto tale parere non era e non è vincolante.

Adesso hanno stabilito, fortunatamente, perché non lo avevano fatto nella norma precedente del 2008, che se entro sessanta giorni non viene pronunciato detto parere, lo stesso si dà per favorevole. Inoltre è stata introdotta ex novo la possibilità per i futuri regolamenti governativi in materia di stabilire una soglia al di sotto della quale tale parere non deve neppure essere richiesto. Questa, infatti, era una delle preoccupazioni che mi era stata segnalata da uno dei membri del Gruppo di lavoro, e cioè che l'eccesso di numero di richieste di pareri all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, avrebbero potuto intasare gli interi lavori della Autorità e che, pertanto, si auspicava un intervento legislativo correttivo rispetto al testo del 2008 perché non aveva senso che, per ogni piccola concessione di SPL, si andasse a disturbare l'Autorità garante. Ecco quindi spiegato perché oggi leggiamo nell'ultimo testo approvato che potranno essere previste soglie minime di rilevanza della concessione da affidare perché scatti l'obbligo di richiedere il parere all'Autorità. Quindi, anche questo aspetto della riforma non sembra creare problemi ed è una cosa che, anzi, a ben vedere, può essere considerata in modo positivo.

Ricordo a tutti – *ed è espressamente citato nel mio documento, che vi invito nuovamente a leggere con attenzione* – che la stessa Autorità garante della concorrenza, nel predisporre e mettere in rete i moduli da compilare per la richiesta del parere – *che trovate sul sito ufficiale dell'Autorità* - ha espressamente affermato che: si augura che le stazioni ottemperino a quanto previsto dai pareri. Questo per confermarvi e per fornirvi un'ulteriore prova di quanto vi ho detto prima sulla non vincolatività dei predetti pareri, considerato che è la stessa Autorità a sostenere questa stessa

posizione.

Questo significa che anche nel caso di parere contrario dell'Autorità sul ricorso all'affidamento *in house* la stazione appaltante potrà comunque procedere ugualmente allo stesso. Certamente, in base ai principi generali del Diritto, laddove comunque sarebbe previsto un obbligo di motivazione da parte della stazione appaltante sulla propria scelta tra le varie modalità di affidamento del servizio ammesse dalla legge, la motivazione dovrà essere ancora più stringente e più puntuale, soprattutto dovrà avere cura di confutare i punti del parere sui quali si dissente e dai quali intende allontanarsi disattendendoli. Sicuramente dovrà essere particolarmente curata questa parte della motivazione in quanto è probabile che tale affidamento *in house*, quando effettuato nonostante il parere contrario dell'Autorità, sarà impugnato davanti alla giustizia amministrativa da parte delle altre società che speravano nell'espletamento di una gara per potervi partecipare ed il Giudice del TAR, che dovrà decidere, valuterà sicuramente con attenzione le motivazioni in base alle quali la stazione appaltante ha deciso di procedere ugualmente, nonostante il parere contrario dell'Autorità all'affidamento diretto secondo il modello del c.d. *quasi in house providing* invece di rivolgersi al mercato.

Per cui bisognerà solo stare attenti, se si è convinti della bontà della propria scelta e decisione, a motivare correttamente e in maniera puntuale sul punto. E' un po' come capita ai capi degli uffici legislativi del governo nei confronti dei pareri delle Commissioni parlamentari espressi nei confronti dei vari Decreti Legislativi quando, convinto del proprio testo, il Governo non ritiene di doversi adeguare alle modifiche e/o correzioni del testo suggerite dalle Commissioni parlamentari; in questi casi le ragioni di tale deviazione dai pareri parlamentari vengono congruamente motivate ed inserite nel preambolo del provvedimento e nella relazione illustrativa di accompagnamento. Qui il ragionamento e le modalità con cui operare sono quasi le stesse.

Prima di concludere questo mio intervento, anche perché il già abbondante tempo che mi è stato concesso è praticamente scaduto, voglio insistere sul punto con il quale ho iniziato. Molti di voi, e vi ho visti a decine, se non a centinaia in una infinità di convegni sui Servizi Pubblici Locali in giro

per l'Italia, spero che oggi portino a casa un risultato concreto e tangibile.

Il risultato è che tutto questo lavoro, svolto dal Gruppo scientifico e tecnico da me coordinato, rappresenta un primo tentativo di spiegare ed aiutare, attraverso documenti specifici, tutte le stazioni appaltanti a redigere in maniera il più esaustiva e corretta possibile e nel pieno rispetto di tutte le normative comunitarie e nazionali i contratti di servizio da allegare ai bandi di gara per l'esternalizzazione dei servizi.

E' fondamentale che tutte le stazioni appaltanti tengano conto di queste prime linee guida e cerchino di specializzare parte del proprio personale, o degli uffici a cui si affidano per la redazione dei bandi, nella specifica materia della redazione del contratto di servizio da allegare al bando di gara.

Quanto da noi fino ad oggi fatto è, e l'ho preteso quando sono stato chiamato a fare il Presidente del Comitato Scientifico, un cosiddetto – *usando un termine inglese di uso comune* – work in progress e cioè non un lavoro finito e compiuto ma in corso di elaborazione continua.

Questo significa che tutto il materiale che oggi vi è stato consegnato (*come mi è stato garantito dal Presidente Foppa*) verrà messo a disposizione di tutte le stazioni appaltanti sul sito dell'Agenzia dei Servizi del Comune di Torino, con invito espresso e caloroso a tutti di segnalare cose da aggiungere o cose da modificare e correggere rispetto al loro attuale contenuto, perché (*ed anche questa è un'ulteriore promessa del Presidente Foppa e credo del Comune di Torino*) ci ritroveremo periodicamente con il Comitato Scientifico che ha già lavorato (e che vedremo se modificarlo o ampliarlo) per valutare tutte queste osservazioni e, ove necessario, per implementare e correggere attraverso modifiche, correzioni ed aggiornamenti tutti i documenti editi, in modo che tutti gli stessi si arricchiscano sempre di più, e siano sempre più puntuali ed esaustivi.

Quindi la preghiera è a tutte le stazioni appaltanti di segnalare se nella loro esperienza diretta si sono create, in sede di applicazione del contratto di servizio, delle problematiche che sono sfociate in un giudizio od in un arbitrato e la loro soluzione concreta. Il sapere e il conoscere questi dati, mi sembra, infatti, essenziale per evitare che le stesse problematiche possano insorgere anche ad

un'altra stazione appaltante. Perché questo lavoro non è un lavoro di proprietà esclusiva dell'Agenzia dei Servizi Pubblici Locali di Torino, che certamente va da tutti noi calorosamente ringraziata per aver dato l'avvio a questo cantiere di lavoro, ma tutto quanto fin ad oggi realizzato sarà stato inutile se non capiamo che deve trasformarsi da adesso in poi in un lavoro comune e corale di tutte le stazioni appaltanti italiane. E questo è l'impegno che il Direttore Bayma ed il Presidente Foppa si sono assunti personalmente con il sottoscritto: essere a disposizione per poter continuare i lavori.

Quindi questa è la prima preghiera.

La seconda – e con questo chiudo – è sull'utilizzo della Carta degli Utenti.

Anche con riferimento a questa tematica troverete ampio risalto nel mio documento che vi è stato distribuito, ma ritengo sia utile che io qui vi sottolinei che il termine "*Carta degli Utenti*" me lo sono dovuto inventare quando mi sono trovato a dover scrivere il mio documento nel Gruppo proprio al fine di distinguerla dalla Carta dei Servizi. E la necessità di effettuare questo distinguo terminologico è nata dalla solita norma scritta in modo molto discutibile dal legislatore in materia di Carte della qualità dei Servizi. Infatti, la Carta della qualità dei Servizi, in base all'articolo, comma 461, lettera a) della Legge finanziaria 2008 (Legge 24 dicembre 2007, n.244) deve essere adottata per ogni settore ad opera del soggetto gestore che è tenuto a predisporla in conformità ad intese che lo stesso è tenuto a concludere con le associazioni dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate. Nella norma di legge, quindi, non c'è scritto né "sentito il Comune affidante", né "sentite le Agenzie sui SPL" eventualmente presenti ed operanti nel territorio di riferimento.

Il che vuole dire che sulla Carta della Qualità dei Servizi l'Agenzia del Comune di Torino non avrebbe potuto metterci becco così come lo stesso Comune di Torino.

Una attenta lettura della norma mi ha però consentito, al contrario, di evidenziare il ruolo centrale e propulsivo che comunque l'ente pubblico locale virtuoso può riservarsi anche con riferimento al

concreto contenuto delle citate carte della qualità dei servizi. La norma, infatti, sottolinea che le stesse, pur se adottate dal gestore *“in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate”* devono comunque recare *“gli standard di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio”*. Ne deriva che l’ente locale mantiene integro il suo potere/dovere di determinare il reale cuore degli elementi ai quali le predette Carte della qualità dei Servizi si dovranno necessariamente attenere.

Nulla, infatti, impedisce – anzi il buon senso e le pregresse esperienze di ritardi o elusioni dell’obbligo di adottare le carte di qualità dei servizi nel nostro paese, ci consigliano vivamente – che il contratto di servizio predisposto dall’ente pubblico appaltante, oltre a contenere l’obbligo di adozione di una Carte della qualità dei Servizi secondo quanto previsto e disciplinato nell’articolo di legge citato, si spinga oltre prevedendo *ab origine*, come allegato facente parte integrante dello stesso contratto di servizio, una vera e propria *“Carta dei servizi”* che, proprio al fine di evitare confusioni terminologiche, ho deciso di chiamare *“Carta degli utenti”*.

Dobbiamo capire che questo deve rappresentare per tutte le stazioni appaltanti uno strumento forte. Seguendo questi suggerimenti, infatti, potremo garantire ai nostri cittadini di avere una *“Carta degli Utenti”* a tutela dei loro diritti e che contenga anche i correlati obblighi del gestore sin dal primo momento in cui entra in funzione il nuovo affidamento al gestore selezionato con gara cosicché, anche se il gestore non adotta la *“Carta della qualità dei Servizi”*, i nostri cittadini sono comunque tutelati. Ecco perché nel contratto di servizio dovremo ricordarci di imporre al gestore di rispettare quest’ultima fino all’adozione ed emanazione della *“Carta della qualità dei Servizi”* concordata con le associazioni dei consumatori e con quelle imprenditoriali interessate.

In questi casi è bene, inoltre, che sia aggiunta un’ apposita clausola nel contratto di servizio che chiarisca che la successiva *“Carta della qualità dei Servizi”* – che dovrà comunque essere obbligatoriamente emanata dal gestore – non potrà contenere al suo interno che risultino

peggiorative rispetto a quelle contenute nella originaria Carta degli utenti allegata al contratto, sia sotto l'aspetto della piena tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali, che di garanzia dell'adozione e mantenimento da parte del gestore degli standard di qualità, universalità ed economicità dei servizi pubblici erogati. Ecco perché, così congegnata la Carta degli Utenti assume il fondamentale ruolo di indicatore del contenuto minimo che ogni stazione appaltante ritiene necessario ed utile garantire quale ulteriore standard di qualità e quantità delle prestazioni da erogarsi in esecuzione del contratto di servizio.

Infine, e qui veramente chiudo, un'altra lacuna della recente riforma - *e che non vedo come possa essere sanata con una normativa secondaria* - è che manca l'istituzione di una Autorità di garanzia in un sacco di settori dei Servizi Pubblici.

Allora, come è importante che ci sia la Carta della Qualità dei Servizi e quella degli Utenti, come è importante che ci sia un contratto di servizio fatto con i controfocchi e studiato attentamente, così è fondamentale che ci sia una Agenzia garante effettivamente terza. Non è possibile che non ci sia un soggetto terzo che controlli quando sta per iniziare una stagione di sempre maggiori esternalizzazioni a soggetti privati.

Ed anche qui, non è che lo dico io perché io sono sempre un rompiscatole, ma basta leggersi un qualsiasi testo di Diritto europeo. In Europa intanto si è proceduto alle liberalizzazioni in quanto contemporaneamente si è imposto di creare nei singoli Stati membri le Autorità di controllo. Non si può fare le due cose separatamente. Se esternalizzo, quindi se liberalizzo, devo contemporaneamente prevedere l'istituzione di Autorità terze di controllo e garanzia. Ma non le posso fare dopo, le devo fare contemporaneamente.

Allora, anche qui, secondo me c'è un buco enorme nella attuale legislazione nazionale.

Inoltre c'è la richiesta, proprio con l'avanzare delle esternalizzazioni e il conseguente ingresso sempre più dei privati nella gestione dei Servizi Pubblici, di un forte cambio di mentalità, di approccio e di controllo da parte degli Enti pubblici affidanti, perché prima il loro ruolo era quello

di chi affidava e gestiva, mentre da adesso in poi diventerà sempre di più un ruolo di chi affida e deve dopo controllare come il terzo gestore opera in concreto.

Quindi se non si creano le strutture, non si creano le competenze, non si creano le capacità di effettuare controlli puntuali e per stabilire parametri o sistemi automatici di monitoraggio e controllo della quantità e qualità dei servizi erogati, rischiamo di fare esternalizzazioni che creeranno, invece che quel vantaggio che tutti ci aspettiamo e che tutti anelano da anni, il serio rischio di farci un ennesimo e fatale autogol.

Allora, benissimo le esternalizzazioni, benissimo l'ingresso dei privati, ma contemporaneamente rivalutazione del ruolo delle stazioni appaltanti, rivalutazione delle Autorità di controllo, rivalutazione soprattutto delle capacità della redazione e predisposizione del contratto di servizio.

Tutto questo è quello che abbiamo cercato di fare, spero in maniera esaustiva e comprensibile a tutti, nel lavoro che oggi consegnamo alla Vostra attenzione.

Grazie per l'attenzione e la pazienza con la quale avete seguito il mio lungo intervento.

Michele COPPOLA (Vicepresidente del Consiglio Comunale di Torino)

Non a caso avevamo lasciato le conclusioni al Presidente del Comitato Scientifico, al Professor Bona Galvagno, perché eravamo certi che sarebbero state frizzanti.

Io devo dire che la puntualità è un elemento forte, e quindi siamo stati bravissimi nel rispettare le previsioni che ci eravamo dati.

Ribadisco l'invito che ho fatto pochi minuti fa. Se ci sono delle domande, se ci sono delle considerazioni che si vogliono condividere invito le persone ad alzare la mano.

Prego, se ha piacere.

Intervento

Volevo chiedere se ci sono già esempi di gara duale in Italia nei Servizi Pubblici Locali.

Federico BONA GALVAGNO (Presidente Comitato Scientifico ASPL)

(Testo non rivisto dall'Autore)

Io sono abituato, facendo il Giudice, a parlare solo quando ho le carte in mano ed ho verificato. Mi hanno detto, però non l'ho verificato, che dovrebbe esserne stata fatta una a Genova, ma non so neanche in che materia. Credo nei trasporti. Però non ho verificato neanche se è stata fatta poi correttamente secondo i parametri.

Comunque il meccanismo è quello che ho detto, trito e ritrito, ripetuto mille volte, che tra l'altro è stato pubblicato anche su più riviste subito dopo la riforma del 2003, pubblicato negli atti del Convegno di Trieste del 2003. Ma devo dire che poi a questo punto non me ne importa niente, lo dico solo per dire che quando ho scritto la riforma nel 2003 era ben chiaro che pensavo a quello, e così è stato scritto.

Devo dire che oggi il tutto è chiarito in maniera esemplare, non c'è più spazio di discussione. Ricordo a tutti che prima del famoso parere dell'Adunanza Plenaria dell'aprile del 2007 c'è stata una sentenza, tra l'altro scritta da Pier Giorgio Trovato, che era Capo di Gabinetto alle Politiche Comunitarie, quando io ero Capo Legislativo. Quindi mi sembra anche strano che si sia dimenticato delle discussioni, e ritornate alle Commissioni giurisdizionali di tutto quello che avevamo discusso. Comunque c'era una sentenza sua in cui riteneva che andasse disapplicata la famosa lettera b), perché non era compatibile con il Diritto comunitario non essendo possibile un affidamento (lui sosteneva in quella sentenza) diretto attraverso la società mista. Cosa che non era vera perché è un affidamento con gara.

Quindi, dico, mentre ci sono state tutte queste altalenanti interpretazioni di che cos'è la gara ad oggetto misto, alla fine c'è una comunicazione interpretativa del febbraio del 2008 della

Commissione Europea che si pone questi quesiti, dove spiega dalla nascita alla funzionalità, per esempio tutti i problemi che vi ho detto prima sull'incompatibilità del divieto della possibilità di operare extraterritorialmente da parte della società mista nata con i crismi della gara doppia ad oggetto plurimo. C'è proprio un intero paragrafo della comunicazione interpretativa che dice che appunto è una società che, essendo nata nel mercato deve rispettare i crismi del mercato, e può e deve operare sul mercato come un qualsiasi altro competitore.

Anche perché il principio fondamentale del trattato è l'assoluta indifferenza della qualità della proprietà. Cioè al Diritto europeo non interessa se la proprietà è pubblica o privata.

Quello che interessa alla Comunità Europea, quello che interessa al Trattato, quello che controlla la Commissione Europea, quello che controlla la Corte di Giustizia è che chi opera nel mercato deve operare nel rispetto delle regole della concorrenza, nel rispetto del divieto degli aiuti di Stato. Perché si dice: benissimo, se tu sei un Ente privato ed operi in una società privata io non posso darti – Stato –, nel momento in cui sei in difficoltà, dei soldi per farti uscire dalla crisi, perché sarebbe un aiuto di Stato che ti metterebbe in una posizione privilegiata rispetto agli altri competitori, che operano nello stesso mercato e nello stesso momento congiunturale, che gli aiuti non ce li hanno.

Tant'è che di fronte al divieto per cui il Trattato prevede il divieto degli aiuti di Stato, poi dice: in alcuni casi ci sono – nello stesso Trattato – dei casi in cui è già riconosciuta a monte dal Trattato che è possibile, è legittimo l'aiuto di Stato. E poi ci sono degli altri casi in cui, quando ricorrono determinate condizioni, stabilite dalle norme del Trattato, si può chiedere l'autorizzazione all'aiuto di Stato. Tant'è che la prassi – lo sapete benissimo – è la modifica della legge di Stato dalla Commissione di Europea, che poi dà il parere favorevole o non favorevole se si rientra in quei casi.

Quindi qual è la difficoltà? Se l'Ente pubblico operasse nel mercato come faccio a verificare? E' evidente che i soldi li piglia direttamente dal pubblico, e quindi come se fosse un aiuto di Stato continuato e perpetuato. Mentre invece cos'è che è necessario? E' necessario che nel momento in cui opero, ma opero nel mercato, io sia una società che ha un suo Bilancio, e che quindi deve

giustificare le entrate e le uscite. E quindi non può avere, come un soggetto privato, per esempio somme che arrivino dallo Stato, o dall'Ente pubblico (titolare del capitale sociale), perché sarebbe un aiuto di Stato illegittimo.

Però, ripeto, ormai sulla costituzione, le modalità di costituzione, le possibilità di operare, le regole in base alle quali la società mista opera nel mercato, sono scritte tutte, proprio fino all'ultimo particolare dalla comunicazione interpretativa del febbraio 2008 della Commissione Europea, che posso permettermi di dirvi oggi è la Bibbia sulla mista.

Claudio CAVALLARI (Responsabile Rifiuti di Pro Natura)

Mi chiamo Cavallari e sono il Responsabile Rifiuti di Pro Natura. C'è un esempio che contraddice le ultime cose che ha detto, purtroppo. Ed è la A2A, completamente e clamorosamente, visto che gode dei CIP6, e con i CIP6 si è pagato interamente l'inceneritore. Questa è una considerazione.

La seconda domanda che le faccio è cosa ne pensa delle aziende speciali, e se rispetto a questa ultima approvazione ha ancora senso parlarne.

Federico BONA GALVAGNO (Presidente Comitato Scientifico ASPL)

(Testo non rivisto dall'Autore)

Dunque, le aziende speciali in teoria non avrebbero più potuto esistere se fosse rimasta la riforma del 2003 così com'era. Ed infatti questa è un'altra delle critiche che io muovo, e nel mio documento c'è anche questo punto.

Cioè cosa è successo? E' successo che la riforma del 2003 prevedeva che l'affidamento, nel caso di esternalizzazione, potesse avvenire solo a favore di società di capitali. Nel frattempo è intervenuta una sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea nel 2007 per la quale – ma questo è

un difetto che in Italia non muore mai – la gente che fa? Legge le massime, dà una lettura frettolosa della motivazione, purtroppo spesso, evidentemente, non capisce neanche la motivazione, e ne trae conseguenze che sono totalmente erronee rispetto a quello che è stato affermato.

La sentenza del 2007 interviene su uno specifico problema, cioè se io posso escludere dalla partecipazione ad una gara per l'affidamento di un servizio un soggetto legittimato ad operare nel proprio Paese di provenienza, che non ha la forma societaria. Cioè alla Corte di Giustizia cosa è stato chiesto? Se arriva una S.n.c. francese, e vuole partecipare ad una gara per l'affidamento del servizio che si vuole esternalizzare in Italia, può la stazione appaltante dire: no, siccome tu non sei una società di capitali non puoi partecipare al bando di gara, perché non hai i requisiti richiesti dalla norma che l'affidamento va fatto a società di capitali?

C'è un principio del Diritto costituzionale nostro, ma è un principio di Diritto generale anche a livello comunitario, che le norme, ove è possibile interpretarle in maniera conforme alla Costituzione, devono essere interpretate in quel modo. Quindi non è necessariamente che una norma, anche scritta in maniera sibillina, o in maniera che possa dare adito a più interpretazioni, non è detto che sia illegittima costituzionalmente, perché è una delle interpretazioni incostituzionali. Perché basta che ci sia una interpretazione, che non è incostituzionale, e sei obbligato ad interpretarla in quel senso e quindi la norma rimane in piedi.

Allora, perché vi dico questo? Perché la norma, sì, prevede che dovevano essere società di capitali, ma poteva essere interpretata benissimo nel senso che la forma della società di capitali deve essere assunta dalla società al momento dell'affidamento della gestione, fermo restando, che anche se non hai quella forma societaria, sei ammesso a partecipare alla gara, poi ti dovrai trasformare.

Ed è pacificamente riconosciuto da una Direttiva Europea (quella in materia di appalti) che io posso pretendere, come Stato, una determinata forma giuridica, societaria, nei confronti del vincitore della gara. Quindi mentre sarebbe stato illegittimo vietargli la partecipazione alla gara, posso legittimamente imporre a quella società, se avesse vinto, che ha partecipato non avendo la natura di

società di capitali, poi di trasformarsi in società di capitali per gestire la cosa.

Ora, vogliamo far crescere le dimensioni, diciamo e prevediamo addirittura la multidisciplinarietà, tutta una serie di cose che ci fanno capire come i gruppi devono crescere. Ora, non so, credo che nessuno abbia dubbi che la forma più trasparente, più sicura perché c'è la pubblicità dei Bilanci, sia la società di capitali. Quindi è evidente che abbiamo un interesse ad imporre, come forma societaria, quella di capitali quando facciamo gestire cose delicate, come sono i Servizi Pubblici Locali.

Allora a cosa si arriva? Che la norma ha detto più di quanto era necessario. Cioè quando l'hanno modificata, e hanno detto da imprenditori e società in qualsiasi modo costituite, senza null'altro dire, significa che invece adesso può partecipare anche quello che non è società di capitali, e non c'è più l'obbligo (se non lo prevedo nel contratto di servizio allegato al bando) di trasformarsi in società di capitali.

Allora io mi sono permesso, come gruppo, e su questo ho trovato l'accordo di tutti i membri del gruppo, di suggerire a chi fa il contratto di servizio che, fermo restando che hanno risolto il problema che può partecipare chiunque alla gara, anche se non ha la forma societaria, e nulla impedisce (perché è legittimo sotto il profilo comunitario) che nel bando di gara, ed in particolare nel contratto di servizio legato al bando di gara, ci sia scritto che però – attenzione – chi vince dovrà assumere la forma di società di capitali per gestire.

E quindi, secondo me, adesso come adesso, le aziende speciali potrebbero partecipare in teoria, laddove però, siccome sono Enti pubblici, dovrebbero semplicemente mantenere l'affidamento *in house*. Sì, per l'affidamento *in house* in teoria, oggi come oggi, possono farlo perché non c'è più l'obbligo mio. E non so se è un grande vantaggio. Comunque in teoria potrebbero.

Per cui per l'affidamento *in house* potrebbero, per quanto riguarda invece la modifica con riferimento alle esternalizzazioni io ritengo che sia comunque opportuno e fortemente consigliato che tutti i bandi di gara prevedano l'obbligatorietà, attraverso questo meccanismo di trasformazione prima dell'affidamento.

Non ho risposto sull'altra cosa che mi aveva chiesto all'inizio, cioè A2A.

Anche lì, io non conosco esattamente perché, le ripeto, io vengo chiamato sempre e solo sotto il profilo giuridico e dei principi. Anche qui quello che mi auguro certo è – e lo so che tanto mi creo sempre simpatie – che visto che pigliano tre volte il mio stipendio, i miei colleghi del Consiglio di Stato e del TAR comincino ad applicare le norme come vanno applicate.

Allora, significa che se è stato fatto un aiuto di Stato illegittimo, c'è una violazione grossa come una casa alla questione della concorrenza, che c'è un obbligo di sollevare la questione davanti alla Corte di Giustizia, e che è illegittimo, se è stato fatto, quell'aiuto pubblico non autorizzato preventivamente dalla Commissione Europea.

Questo ha diritto di farlo valere chiunque si senta defraudato, o comunque posto in una condizione di difetto di concorrenza, perché lui non ha avuto lo stesso aiuto e deve competere sul mercato.

Poi è evidente che devo dire che fino ad un certo punto posso anche capire che sia il TAR che il Consiglio di Stato ha svolto una funzione, se vogliamo, tra virgolette, come a volte fa anche la Corte Costituzionale, di supplenza. Cioè nella confusione e nel *bailamme* del Legislatore, alla fine per non far saltare tutto cercano di dare un colpo alla botte e un colpo al cerchio, cercando poi proprio non di applicare le norme esattamente come andrebbero applicate, ma con buon senso, e quindi cercando di aggiustare le cose zoppe per non farle crollare.

Ora, francamente, in questa materia credo che non sia più quest'epoca. Credo che ormai i principi sono consolidati a livello di Diritto europeo, nonostante quello che continuiamo a dire nella confusione delle norme che intervengono, dicono e che non dicono, o fanno un po' di pasticcio.

Credo che ormai il quadro sia chiaro, cioè gli affidamenti dei Servizi Pubblici Locali possono avvenire *in house* se si rispettano quei rigorosissimi parametri, e in via eccezionale (quando ciò è giustificato da obiettive ragioni di non miglioramento del servizio e non economizzazione del servizio nel caso di esternalizzazione).