

Servizio Legale-Societario e Compliance

Circolare n. 2 del 24/03/2023

RIORDINO DELLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

In data 31 dicembre 2022 è entrato in vigore il d.lgs. **23 dicembre 2022, n. 201**, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 304 del 30 dicembre 2022 e recante il *“Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”*.

Il decreto è stato approvato nella seduta del Consiglio dei Ministri del 16 dicembre 2022, in attuazione della delega di cui all’art. 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118 (legge annuale sulla concorrenza).

Il testo normativo si inserisce nell’ambito delle misure adottate in attuazione del *milestone* del PNRR da realizzare entro il 31 dicembre 2022, che prevede la razionalizzazione delle disposizioni normative in materia di servizi pubblici locali, allo scopo di promuovere dinamiche competitive finalizzate a garantire la qualità dei servizi pubblici.

Il decreto è suddiviso in sei titoli e trentanove articoli.

Il **Titolo I (artt. 1 - 4)** ha a oggetto i principi generali del servizio pubblico locale, l’ambito di applicazione e i rapporti con le discipline di settore, con l’indicazione dell’intento di *“raggiungere e mantenere un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento nell’accesso universale e i diritti dei cittadini e degli utenti”* (art. 1, comma 2).

Il **Titolo II (artt. 5 - 9)** si occupa dell’organizzazione e del riparto delle funzioni in materia di servizi pubblici locali, disciplinando i meccanismi d’incentivazione delle aggregazioni a livello sovracomunale, nonché introducendo nuove ipotesi d’incompatibilità e inconfiribilità, con la finalità di mantenere distinte le funzioni di regolazione, indirizzo e controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali.

Il **Titolo III (artt. 10 - 20)** si divide in due capi, che rispettivamente disciplinano l’istituzione del servizio pubblico locale (artt. 10 - 13) e le forme di gestione dello stesso (artt. 14 - 20).

Il **Titolo IV (artt. 21 - 23)** riguarda la disciplina delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali.

Il **Titolo V (artt. 24 - 31)** attiene ai rapporti tra gli enti affidanti e i soggetti affidatari del servizio pubblico, con particolare riguardo alla trasparenza, al rapporto contrattuale e alle vicende dello stesso, alle tariffe, nonché all’aspetto di vigilanza e controllo della gestione del servizio.

L’ultimo **Titolo (artt. 32 - 39)** contiene la disciplina dei settori del trasporto pubblico locale, del servizio idrico, della gestione dei rifiuti urbani, delle farmacie e della distribuzione dell’energia elettrica e del gas naturale.

Il testo come sopra sintetizzato nei contenuti, presenta diversi profili d'interesse per le cooperative, sia con riferimento all'individuazione dei confini del servizio pubblico locale, sia nella parte in cui analizza l'istituzione del servizio, le forme di gestione dello stesso e la possibilità per gli enti locali di attivare rapporti di partenariato con enti del Terzo settore.

In relazione al primo aspetto, il decreto richiama il concetto di **servizi pubblici locali di rilevanza economica**, mutuandone la definizione dal diritto unionale.

In particolare, all'art. 2, comma 1, lett. c), questi vengono descritti come *“servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che sono previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale”*.

I servizi pubblici locali di rilevanza economica così definiti vengono distinti in **servizi a rete** e **non a rete**, ove i primi si qualificano come *“servizi (...) suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti funzionali necessari tra le sedi di produzione o di svolgimento della prestazione oggetto del servizio, sottoposti a regolazione ad opera di un'autorità indipendente”* (art. 2, comma 1, lett. d).

Particolare rilievo assume l'**art. 10** del decreto, rubricato *“Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà”*.

Con tale norma, il legislatore ha voluto rimarcare l'importanza del **principio di sussidiarietà orizzontale** quale principio cardine dell'attività dell'ente pubblico locale.

Obiettivo del legislatore è quello di privilegiare l'esternalizzazione del servizio, favorendo *“l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, e delle imprese, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni”*.

Il suddetto intento di privilegiare l'esternalizzazione dei servizi pubblici locali, e il connesso *favor* per l'iniziativa economica privata, trovano infatti espressione in caso d'istituzione di un nuovo servizio pubblico. Per tali ipotesi è prevista apposita istruttoria, avviata anche su richiesta di cittadini e imprese, da cui risulti, vagliate concretamente le possibili soluzioni, *“che la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato o da parte dei cittadini, singoli o associati, [sia] inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali”* (art. 10, comma 4).

In caso di riscontro istruttorio negativo, l'ente può comunque decidere di promuovere iniziative volte ad adeguare il servizio, ferma restando la libertà d'impresa degli operatori (art. 11). Qualora, invece, all'esito dell'istruttoria si rinvenisse la necessità di istituire un nuovo servizio pubblico, l'ente pubblico locale avrà l'onere di verificare *“se la prestazione del servizio possa essere assicurata attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di uno o più operatori, senza restrizioni del numero di soggetti abilitati a operare sul mercato”* (art. 12).

La valorizzazione dell’iniziativa privata si manifesta anche con riferimento alle **modalità di gestione** del servizio pubblico locale, ove vengono privilegiate la procedura a evidenza pubblica e l’affidamento a società mista rispetto all’*in house*, a cui è possibile ricorrere solo in via residuale, con l’obbligo di motivare (con motivazione qualificata in caso di affidamenti sopra soglia) la scelta effettuata in punto di ragioni del mancato ricorso al mercato, benefici per la collettività e d’impiego ottimale delle risorse pubbliche.

In particolare, l’art. 17, comma 2, stabilisce che “(...) *gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un’efficiente gestione del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all’impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell’ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali gestioni pregresse in house*”.

Il disfavore per il ricorso all’affidamento *in house* emerge anche dalla previsione di cui al comma 5 del medesimo articolo, che prevede che “*l’ente locale proced[a] all’analisi periodica e all’eventuale razionalizzazione prevista dall’art. 20 del decreto legislativo n. 175 del 2016 [che disciplina la razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche], dando conto, nel provvedimento di cui al comma 1 del medesimo articolo 20 [con cui le amministrazioni effettuano annualmente l’analisi degli assetti partecipativi e prevedono eventuali razionalizzazioni], delle ragioni che, sul piano economico e della qualità dei servizi, giustificano il mantenimento dell’affidamento del servizio in house, anche in relazione ai risultati conseguiti nella gestione*”.

Da tale disposizione normativa, ancora una volta, si evince la scelta del legislatore di **privilegiare il ricorso al mercato**, rispetto all’affidamento diretto. L’eccezionalità del ricorso alla procedura di affidamento *in house* è dunque evidente, atteso peraltro che, una volta opzionata, la stessa viene monitorata dall’ente locale, che deve periodicamente valutarne l’opportunità.

In sintesi, le forme di gestione previste dal decreto legislativo in esame all’art. 14, sono le seguenti:

- affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica
- affidamento a società mista pubblico – privata
- affidamento a società *in house*
- gestione in economia o mediante affidamento ad aziende speciali, con circoscritto riferimento ai servizi non a rete.

In caso di scelta di ricorrere a procedura a evidenza pubblica, il decreto ha voluto privilegiare le **concessioni** rispetto agli appalti, in un’ottica di allocazione in capo al gestore del rischio operativo legato alla gestione del servizio (art. 15).

In relazione alla scelta di affidamento a società mista, è previsto che la partecipazione del privato **non sia inferiore al 30%** e che la selezione del socio privato avvenga tramite gara avente a oggetto sia la partecipazione societaria, sia l’affidamento del contratto (art. 16).

Da ultimo, la rilevanza del principio di sussidiarietà orizzontale emerge anche dalla previsione di cui all’**art. 18**, rubricato “*Rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore*”. Tale disposizione prevede la possibilità per gli enti locali di attivare con enti del Terzo settore (quindi anche cooperative sociali) **rapporti di partenariato ex d. lgs. n. 117/2017** (Codice Terzo settore) “*per la*

realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica”.

In caso di attivazione del partenariato, l’ente locale ha l’onere di motivare la scelta in relazione alla sussistenza di *“circostanze che, nel caso concreto, determinano la natura effettivamente collaborativa del rapporto e agli effettivi benefici che tale soluzione comporta per il raggiungimento di obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio, nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento”.*

La norma conclude specificando che l’applicazione dell’articolo in questione è circoscritta alle ipotesi in cui le risorse stanziare a favore dell’ente del Terzo settore non superino il rimborso dei costi previsti per l’esecuzione del rapporto di partenariato.

In conclusione, il decreto si qualifica come un tentativo di razionalizzare la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con un’attenzione ai soggetti erogatori privati o partecipati. Fondamentale risulta il richiamo ai principi orientativi della disciplina dei servizi in questione, e in particolare al principio di sussidiarietà orizzontale.

Prossimamente, anche tenuto conto dell’evoluzione della dottrina e della prassi, seguiranno ulteriori approfondimenti.