

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

Roma, 3 novembre 2010

Circolare n. 147/2010

**AI SIG. PRESIDENTE
CONFSERVIZI MARCHE
A TUTTI GLI ASSOCIATI**

**AL SIG. PRESIDENTE
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'
- LORO SEDI -**

OGGETTO: D.P.R. 7 SETTEMBRE 2010, N. 168 – REGOLAMENTO IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA, A NORMA DELL'ART. 23-BIS, COMMA 10, DEL DECRETO-LEGGE 25 GIUGNO 2008, N. 112, CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, IN LEGGE 6 AGOSTO 2008, N. 133.

Come segnalato (circ. n. 146/10), sulla GURI n. 239 del 12 ottobre 2010, è stato pubblicato il Regolamento attuativo dell'art. 23-bis, comma 10, del d.l. 112/08, recante modifiche alla disciplina sui SS.PP.LL..

Con il provvedimento regolamentare giunge, quindi, a conclusione il processo di liberalizzazione nel settore dei SS.PP.LL., avviato con l'art. 23-bis citato, nella dichiarata finalità di *“favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati ... garantire il diritto degli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni ... assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione”*.

Come è noto, l'art. 23-bis del d.l. 112/08 mira ad impedire l'acquisizione di ingiustificate posizioni di vantaggio nel delicato e strategico settore dei SS.PP.LL. di rilevanza economica, prevedendo che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali debba avvenire, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società, in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, ovvero a società a partecipazione mista, pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante

specifiche procedure competitive cc.dd. "a doppio oggetto", e che al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

E' anche noto che i commi 3 e 4 del citato art. 23-bis consentono, tuttavia, una deroga alle predette modalità ordinarie, nel caso di situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettano un efficace e utile ricorso al mercato. In tali casi, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Il percorso procedimentale per addivenire ad un affidamento diverso da quello ordinario è delineato dal comma 4 della citata disposizione di legge che, ricorrendo i presupposti di cui al comma 3, obbliga l'ente affidante a dare adeguata pubblicità alla scelta e a motivarla in base a un'analisi del mercato, da vagliarsi ad opera dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, alla quale le amministrazioni dovranno trasmettere una relazione, sugli esiti della predetta verifica, per l'espressione di un parere preventivo sui profili di competenza; il parere in questione deve essere reso entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione e, in caso di mancata espressione del parere entro tale termine, è previsto il formarsi del c.d. "silenzio assenso".

I principi e criteri direttivi del regolamento 168/10, come individuati dal comma 10 dell'articolo 23-bis, intendono completare la disciplina in materia di SS.PP.LL. prevedendo:

- l'assoggettamento dei soggetti affidatari "in house" di SS.PP.LL. al patto di stabilità interno, tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8, e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista, pubblica e privata, di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale;
- che, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza, di cui all'articolo 118 della Costituzione, i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei SS.PP.LL. in forma associata;
- una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei SS.PP.LL., anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;
- l'armonizzazione della nuova disciplina e di quella di settore applicabile ai diversi SS.PP.LL., individuando le norme applicabili, in via generale, per l'affidamento di tutti i servizi pubblici di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;
- l'applicazione del principio di reciprocità, ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;

- la limitazione, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, dei casi di gestione in regime di esclusiva dei SS.PP.LL., liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;
- nella disciplina degli affidamenti, idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionali e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;
- la disciplina, in ogni caso di subentro, della cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;
- adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;
- l'individuazione espressa delle norme abrogate ai sensi dell'articolo 23-bis.

A ciò si aggiunga che il comma 4-bis dello stesso art. 23-bis ha affidato al decreto 168/10 l'individuazione delle soglie oltre le quali gli affidamenti di SS.PP.LL. assumono rilevanza ai fini dell'emanazione del parere, di cui al comma 4.

In questa sede, si evidenziano le disposizioni più significative del Regolamento – entrato in vigore il 27 ottobre u.s. – che consta specificamente di 12 articoli.

AMBITO DI APPLICAZIONE

L'art. 1 del Regolamento disciplina l'ambito di applicazione del provvedimento, che concerne specificamente i SS.PP.LL. di rilevanza economica.

Dunque, sono sottratti dall'applicazione delle norme regolamentari tutti i servizi privi del carattere della economicità, che non sono in grado di produrre reddito per il soggetto gestore e, conseguentemente, per il soggetto che procede al loro affidamento a terzi.

Il comma 2 dell'art. 1 precisa che, con riguardo alla gestione del servizio idrico integrato, restano ferme l'autonomia gestionale del soggetto titolare, la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, nonché la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle risorse stesse; principi già affermati nell'art. 15, comma 1-ter, d.l. 135/09, convertito in legge 166/09.

Al comma 3, sempre per esigenze di chiarezza dell'ambito applicativo del regolamento, sono confermate le esclusioni già contenute nel comma 1 dell'art. 23-bis (servizio di distribuzione di gas naturale; servizio di distribuzione di energia elettrica; servizio di trasporto ferroviario regionale; gestione delle farmacie comunali; servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti, già disciplinati dall'art. 13, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006 n. 233, convertito, con modificazioni, in legge 4 agosto 2006 n. 248).

L'esclusione dei "servizi strumentali" alle attività degli enti dall'applicazione del Regolamento appare senza dubbio significativa, posto che sull'argomento si sono registrati indirizzi interpretativi non sempre uniformi.

In buona sostanza, con la disposizione regolamentare si è chiarito che gli enti locali possono svolgere direttamente i servizi strumentali, anche là dove gli stessi si configurino come attività a rilevanza economica.

Dunque, quando il servizio strumentale e di supporto ad una attività principale dell'ente non è resa direttamente alla collettività, ma alle strutture gestite dall'ente affidatario, non si è in presenza di SS.PP.LL. riconducibili nel campo di applicazione della riforma.

MISURE DI LIBERALIZZAZIONE

L'art. 2 del Regolamento ribadisce i principi contenuti nell'art. 23-bis, confermando, in via generale, l'obbligo di esternalizzazione dei SS.PP.LL., consentendo il ricorso all'affidamento "*in house*" solo in esito ad una serie di condizioni: la verifica da parte dell'ente locale in ordine alla inidoneità del ricorso al mercato; l'adozione di una specifica delibera, previa adeguata istruttoria; la trasmissione all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato per la verifica dei presupposti; l'emanazione del parere da parte dell'Autorità Garante (v. *infra*).

In buona sostanza, gli enti locali sono tenuti a verificare se il ricorso all'affidamento risulti effettivamente idoneo a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Si tratta quindi di un'analisi sotto il profilo delle caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del territorio, che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato.

Pertanto, nella "delibera quadro", adeguatamente pubblicizzata e trasmessa all'A.G.C.M., l'ente locale deve dare motivato conto dell'istruttoria compiuta, evidenziando, per i settori nei quali si sia mantenuto un regime di esclusiva, i fallimenti del mercato e, contestualmente, i benefici, per la collettività locale, derivanti dalla scelta compiuta dall'ente locale; benefici in termini di stabilizzazione, sviluppo ed equità sociale.

La norma richiama, poi, l'applicazione delle disposizioni contenute nella legge istitutiva dell'Autorità Garante (legge n. 287/1990), disciplinando l'affidamento dei SS.PP.LL. aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali (cfr. art. 9), e regolamentando i limiti territoriali dei soggetti gestori di servizi pubblici, che intendono operare in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva (cfr. art. 8, commi 2-bis e 2-quater).

PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

L'articolo 3, comma 1, in attuazione della lettera d) del comma 10 del citato articolo 23-bis, prevede i parametri che le procedure competitive ad evidenza pubblica devono rispettare, analogamente a quanto già previsto dal comma 7, primo periodo, dell'art. 113 del d.lgs. 267/00 (T.U. sugli EE.LL.).

Il successivo comma 2 chiarisce che le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, di cui all'art. 23-bis, comma 2, lett. a), sempre che non vi siano specifici divieti sanciti dalla legge (cfr. i divieti previsti dal comma 9 dell'art. 23-bis).

Sono previste, poi, alcune prescrizioni con riguardo all'indizione delle procedure per l'affidamento di SS.PP.LL. e in tema di contenuto del bando di gara o della lettera di invito, finalizzate a garantire il rispetto dell'assetto concorrenziale dei mercati interessati.

In particolare, sono indicati i criteri per la redazione del bando o dell'invito, sia con riferimento alle gare per l'affidamento a terzi del servizio, sia in relazione alle gare a c.d. "doppio oggetto", e cioè aventi ad oggetto la qualità di socio e l'attribuzione allo stesso di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

PARERE DELL'A.G.C.M.

In attuazione del comma 4-bis dell'art. 23-bis, l'art. 4 del Regolamento definisce le soglie oltre le quali gli affidamenti di SS.PP.LL. assumono rilevanza ai fini dell'emanazione del parere dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, previsto dal comma 4 dell'art. 23-bis. In particolare, tale rilevanza si configura se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di € 200.000,00 annui.

Dunque, al di sotto di tale soglia, gli affidamenti *in house* sono ancora ammessi nel nostro ordinamento, in deroga alle prescrizioni dell'art. 23-bis.

Pertanto, anche se l'affidamento del servizio ha, per esempio, durata decennale, se il valore annuo è inferiore alla predetta soglia di € 200.000,00, non è necessario acquisire il parere dell'A.G.C.M..

Inoltre, in relazione ai soli servizi nel settore idrico, è prevista la possibilità di mantenere fermi gli affidamenti *in house*, in caso di gestioni efficienti, che rendano svantaggioso per l'ente affidante una diversa modalità di gestione.

In tal caso, nella richiesta di parere inoltrata all'Autorità Garante - che deve pronunciarsi allo scadere di ogni anno di gestione - devono emergere le seguenti circostanze:

- a) chiusura dei bilanci in utile;
- b) reinvestimento nel servizio di almeno l'80% degli utili per l'intera durata dell'affidamento;
- c) applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore.

Il comma 3 dell'art. 4 stabilisce inoltre che, nel rendere il parere in questione, si tiene espressamente conto delle condizioni rappresentate e dichiarate dall'ente affidante, sotto la personale responsabilità del suo legale rappresentante.

PATTO DI STABILITA'

Anche i soggetti affidatari di SS.PP.LL. *in house* sono assoggettati al Patto di stabilità interno. Pertanto, gli enti affidanti devono vigilare sul rispetto dei vincoli derivanti dal Patto, da parte dei gestori *in house*.

La norma rinvia comunque l'effettività di tale previsione, in quanto a criteri e modulistica, alla piena esecuzione della disciplina di cui all'art. 2, comma 2, lettera h) della legge n. 42/09 e s.m.i., in materia di bilancio consolidato.

Allo stato, quindi, e fino all'attuazione della richiamata disposizione, mancano i parametri necessari per la determinazione delle modalità di rispetto dei vincoli del Patto di stabilità da parte delle citate società.

ACQUISTO DI BENI E SERVIZI

Sempre in attuazione della lett. a) del comma 10, dell'art. 23-bis, l'art. 6 del Regolamento prevede che le società "in house" e le società a partecipazione mista, pubblica e privata, affidatarie di SS.PP.LL., applichino, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni del Codice di contratti (d.lgs. 163/06 e s.m.i.).

Anche se la norma fa riferimento esclusivo all'acquisto di beni e servizi, si deve ritenere che l'operatività del Codice riguardi anche l'esecuzione di lavori, considerata la natura di organismi di diritto pubblico (o di imprese pubbliche) delle società *in house* e delle società miste e, quindi, la loro assoggettabilità alle disposizioni del d.lgs. 163/06.

FUNZIONI DI REGOLAZIONE E FUNZIONI DI GESTIONE

All'art. 8, il Regolamento contiene disposizioni volte a distinguere le funzioni di regolazione da quelle di gestione.

Si tratta, in particolare:

- a) di alcune incompatibilità per gli amministratori, i dirigenti e i responsabili, e loro congiunti, degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di SS.PP.LL. e per coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo, attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale;
- b) di alcuni divieti alla nomina di amministratore di società partecipate da enti locali;
- c) di alcune disposizioni per la nomina dei componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di SS.PP.LL. sulla falsariga di quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici (cfr. art. 84);
- d) della sottoposizione alla vigilanza dell'organo di revisione dell'ente locale affidante della verifica circa il rispetto del contratto di servizio, in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente medesimo.

Sono, fatte salve le nomine e gli incarichi conferiti prima dell'entrata in vigore del Regolamento (27 ottobre 2010).

CESSIONE DEI BENI IN CASO DI SUBENTRO

Al fine di dare attuazione alla lett. i) del comma 10, dell'art. 23-bis, l'art. 10 del Regolamento disciplina, per l'ipotesi di subentro, la cessione dei beni di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio.

Si distingue a seconda se i beni strumentali e le loro pertinenze, necessari per la prosecuzione del servizio, siano stati interamente ammortizzati o meno, prevedendo, nel primo caso, che la cessione in favore del gestore subentrante avvenga a titolo gratuito e senza pesi e gravami, essendo stato il relativo investimento già ammortizzato in tariffa, e nel secondo, la corresponsione, da parte del subentrante e a favore del precedente gestore, di un importo pari al valore contabile dei beni non ancora ammortizzati, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi. In siffatto contesto, si prevede poi che il suddetto importo debba essere indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale, a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione, in modo da rendere conoscibile il dato ai soggetti interessati a partecipare alla nuova gara.

ULTERIORI DISPOSIZIONI

L'articolo 11 del Regolamento attua la lettera l) del comma 10 dell'articolo 23-bis e rimanda ai contratti di servizio o, se previste, alle carte dei servizi, la possibilità, per l'utente o per la categoria di utenti che lamenti la violazione di un diritto o di un interesse giuridico rilevante, di promuovere la risoluzione non giurisdizionale delle controversie. La procedura conciliativa viene avviata secondo uno schema-tipo di formulario allegato al regolamento.

Infine, sono elencate le norme che debbono ritenersi espressamente abrogate.

Significativa in tale contesto appare la definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 113 del d.lgs. 267/00, con l'esatta indicazione dei commi del citato articolo che devono ritenersi "incompatibili" con le disposizioni di cui all'art. 23-bis, d.l. 112/08.

* _ * _ * _ * _ * _ *

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

