

Roma, 10 ottobre 2011

Circolare n. 187/2011

**AL 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: 1) LEGGE 14 SETTEMBRE 2011, N. 148 – ULTERIORI MISURE PER LA STABILIZZAZIONE FINANZIARIA E PER LO SVILUPPO. DELEGA AL GOVERNO PER LA RIORGANIZZAZIONE DELLA DISTRIBUZIONE SUL TERRITORIO DEGLI UFFICI GIUDIZIARI (C.D. MANOVRA ECONOMICA DI FERRAGOSTO).

Come è noto, per contrastare la grave crisi finanziaria internazionale, su iniziativa del Governo il Parlamento ha adottato un'ulteriore manovra economica, scaturita nella legge 148/11, di conversione del d.l. 138/11, pubblicata sulla GURI del 16 settembre 2011, n. 216.

Il provvedimento – che consta di 28 articoli – contiene una serie di misure di rilevanza economica e sociale di significativo interesse anche per gli Enti e le Società aderenti al Servizio (dalle misure per la razionalizzazione della spesa pubblica a quelle per contrastare l'evasione fiscale, dalle misure in tema di solidarietà ai tagli imposti agli enti locali, dalle misure in tema di liberalizzazione delle professioni a quelle in tema di attività edilizie).

Come segnalato con ns. circ. 183/11, significativo rilievo assume il contenuto dell'art. 4 della legge 148/11, recante disposizioni di adeguamento della disciplina dei SS.PP.LL. all'esito del referendum popolare di giugno u.s. e alla normativa europea.

In particolare, la disposizione – articolata in 35 commi – ripropone molte delle norme già contenute all'art. 23-bis del d.l. 112/08, abrogato a seguito del referendum, nonché quelle introdotte dal d.P.R. 168/10, di attuazione del medesimo art. 23-bis, anch'esse oggetto di abrogazione.

Nel riservarci ogni ulteriore approfondimento della tematica, si ritiene opportuno in questa sede fornire un quadro sintetico della nuova disciplina sui SS.PP.LL., come risultante dalla legge 148 cit..

1. Ambito oggettivo.

La novella legislativa riguarda i servizi pubblici locali di rilevanza economica, definiti “servizi pubblici locali”.

Essa non trova applicazione, quindi, nei riguardi dei servizi pubblici locali non economici.

Di conseguenza, questi ultimi saranno suscettibili di affidamento diretto a:

- a) istituzioni;
- b) aziende speciali;
- c) società *in house*.

Quanto precede, sulla base di valutazioni di ordine generale, non essendo più in vigore l'art. 113 *bis*, d.lgs. 267/00 e s.m.i..

Ad ogni buon conto, sembra potersi affermare che sia tuttora ammissibile la gestione in economia, là dove, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno procedere ad affidamenti nei riguardi dei soggetti di cui alle precedenti lettere a), b) e c).

Quanto all'ambito oggettivo della legge 148/11, va inoltre evidenziato che sono esclusi dall'applicazione delle disposizioni contenute all'art. 4 cit., il servizio idrico integrato (ad eccezione di quanto previsto nei commi da 19 a 26, sulle incompatibilità; vedi *infra*), il servizio di distribuzione di gas naturale, il servizio di distribuzione di energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario regionale, la gestione delle farmacie comunali.

2. I servizi economici da liberalizzare e quelli da svolgere in esclusiva.

La legge 148/11 prevede che, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, gli enti locali devono distinguere – all'interno dei servizi pubblici locali a rilevanza economica – quelli da liberalizzare e quelli da concedere in esclusiva.

Trattasi di valutazione discrezionale e funzionalizzata; in buona sostanza, gli Enti dovranno indicare le ragioni che inducono a non liberalizzare determinati servizi, ragioni che fondamentalmente poggeranno soprattutto sulla esigenza di protezione degli interessi della comunità locale e/o di rendere accessibili ed universali i servizi.

La verifica sui servizi da liberalizzare va effettuata dando pubblicità alla procedura adottata e definendo, in anticipo, gli obblighi di servizio pubblico dei soggetti gestori (nella convenzione con il gestore saranno previste forme di compensazione per indennizzare il medesimo riguardo all'eventuale applicazione di *tariffe sociali*).

La relativa determinazione va inviata all'A.G.C.M., che la utilizza ai fini delle relazioni annuali al Parlamento. Rispetto al precedente regime nessun potere di ingerenza è riconosciuto all'AGCM, neanche sotto forma di parere facoltativo.

Resta inteso che la verifica dei servizi da liberalizzare va effettuata entro il **13 agosto 2012** e ripetuta periodicamente secondo gli ordinamenti degli enti e - comunque - prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi in corso di esecuzione alla data di emanazione del decreto legge 138/11 (13 agosto 2011).

3. Applicazione normativa Antitrust.

All'attribuzione di diritti di esclusiva ad una impresa incaricata della gestione di servizi pubblici consegue l'applicazione della normativa *antitrust*, di cui alla legge n. 287/90.

In particolare, le disposizioni della citata legge eventualmente applicabili nella fattispecie prevedono:

- la riserva ad un'impresa incaricata della gestione di attività di prestazione al pubblico di beni o di servizi verso corrispettivo, non comporta per i terzi il divieto di produzione di tali beni o servizi per uso proprio, della società controllante e delle società controllate;
- l'autoproduzione non è consentita nei casi in cui, in base alle disposizioni che prevedono la riserva, risulti che la stessa è stabilita per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa nazionale, nonché, salvo concessione, per quanto concerne il settore delle telecomunicazioni;
- le imprese che svolgono servizi pubblici economici in regime di monopolio o esclusiva, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono con l'esclusiva, operano mediante società separate.

Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le predette imprese rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati "liberi" determinati beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte sul mercato oggetto di esclusiva, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti.

I soggetti gestori di servizi pubblici locali possono svolgere attività in mercati diversi da quelli oggetto di esclusiva, ma devono rispettare le condizioni elencate all'art. 8, commi 2-bis e 2-quater della legge n. 287/90 i cui contenuti, per comodità, si riportano di seguito:

"2-bis. Le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società separate.

2-quater. Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese di cui al comma 2 rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi di cui al comma 2-bis beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del medesimo comma 2, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti".

4. Modalità di affidamento

In base alla novella, può distinguersi:

- a) gestione *in house*;
- b) affidamento del servizio mediante gara;
- c) gara per la scelta del socio e contestuale affidamento del servizio.

4.a) L'affidamento *in house* non è menzionato come modulo, ma è preso in considerazione nei limiti previsti dall'orientamento comunitario ormai consolidato, che si fonda – come noto - sui principi del “controllo analogo” e della “totalità del capitale pubblico”.

I presupposti per ricorrere alla gestione *in house* vanno individuati – dunque - nelle statuizioni della Corte di Giustizia Ce, e possono, allo stato, così enuclearsi:

- a) necessità che l'ente eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esercita sui propri Uffici;
- b) partecipazione totalitaria al capitale della società (l'ente deve possedere il 100% del capitale della società; appare ormai pacifico che nel caso di pluralità di enti-soci, il controllo può essere esercitato congiuntamente dai predetti enti).

Significativo rilievo assume la circostanza che il Legislatore non impone una specifica motivazione per l'affidamento *in house*, né il parere preventivo o successivo dell'A.G.C.M..

Le società sono tuttavia sottoposte al patto di stabilità; in altri termini, gli enti devono vigilare sul rispetto del patto.

In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11, e 12 dell'art. 4 della legge 148/11, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house".

4.b) L'affidamento mediante gara si svolge sulla base di un confronto competitivo, oggetto di adeguata pubblicità, ispirato ai principi del Trattato CE e ai principi generali relativi ai contratti pubblici. Dovrà tenersi in particolare considerazione il rispetto dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Le procedure competitive sono altresì indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

Più in particolare, è previsto che il bando di gara o la lettera di invito relativi alle suddette procedure:

- a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;

- b) assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;
 - c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore (in ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti);
 - d) può prevedere l'esclusione di ATI/ConSORZI da parte di operatori economici che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;
 - e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;
 - f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni oggetto di cessione al termine della gestione, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione;
 - g) prevede l'adozione di carte dei servizi, al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.
- E' opportuno sottolineare inoltre che alle gare possono partecipare società pubbliche (anche totalitarie), salvo specifici divieti previsti da disposizioni primarie.

4c) In luogo della gara di cui al precedente punto 4.b) è previsto che l'Ente possa procedere a gara sia per la scelta del socio (al quale deve essere conferita una partecipazione **non inferiore al 40 per cento**), sia l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

In tal caso, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:

- a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;
- b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifichi, si proceda a un nuovo affidamento;
- c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

Resta fermo che anche per le gare ad oggetto duplice (ossia, quelle relative alla scelta del socio e all'affidamento del servizio) devono conformarsi ai principi e alle regole richiamati nel precedente punto 4.b).

6. Gare delle società *in house* e delle società miste affidatarie di servizi pubblici locali.

Reiterando norme già presenti nel Regolamento attuativo dell'art. 23 bis (d.P.R. 168/10), la nuova disciplina prevede che:

- per l'acquisto di beni e servizi le società applicano le disposizioni del d.lgs. 163/06 (Codice dei contratti pubblici);
- l'art. 32, comma 3, d.lgs. 163/06 (concernente - per quanto qui rileva - l'esecuzione diretta dei lavori da parte del socio privato delle società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, di cui alla lett. c) del comma 1 dell'art. 32, v. *infra*), limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta mediante procedure competitive aventi ad oggetto la scelta del socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

La portata di tali disposizioni non appare del tutto chiara alla luce dell'assetto complessivo dato alla materia degli affidamenti in appalto di lavori e forniture/servizi dal Codice dei contratti pubblici.

Invero, stando al dato letterale dell'art. 4 sembrerebbe che non vi sia alcuna differenza di regime tra appalti delle società *in house* e quelli delle società miste, ovvero - sotto un diverso approccio - che nel Codice vi sia una disciplina unitaria in materia; inoltre, sembrerebbe che entrambe siffatte società siano da considerare Stazioni Appaltanti solo se affidano forniture/servizi, preoccupandosi l'art. 4 dell'affidamento dei lavori esclusivamente nella prospettiva dell'esecuzione dei lavori stessi da parte del socio privato.

6.1 Appalti di forniture e servizi.

Per quanto concerne gli affidamenti di forniture/servizi, l'assunto circa la sussistenza di un regime unitario non è condivisibile, poiché il Codice dei contratti articola diverse discipline applicabili alle società partecipate da enti pubblici, distinguendole soprattutto in ragione dell'intensità del *profilo pubblico* che governa la fase costitutiva e/o gestionale delle citate società e (in ragione) dei settori operativi (settori ordinari o settori speciali): in sostanza, non esiste uno statuto unico sulle procedure di gara e sugli affidamenti da parte delle società partecipate da soggetti pubblici, ma più regimi.

Invero, la normativa del Codice rileva, innanzitutto, per la categoria dell'*organismo di diritto pubblico* (in seguito, per brevità, definita semplicemente anche come *organismo*) individuata mediante tre requisiti:

- la personalità giuridica;
- il requisito finalistico (*il fine generale non avente carattere industriale e commerciale*);
- il requisito della dominanza pubblica (*"...la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, Enti Pubblici o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a controllo da parte di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri*

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

designati per più della metà dallo Stato, da Enti Pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”).

Non è questa la sede per approfondire gli orientamenti della giurisprudenza su tale controversa categoria; è qui sufficiente ricordare che:

- i tre requisiti sono cumulativi (la carenza di uno di essi esclude la riconducibilità del soggetto nella categoria dell'organismo; comunque, il requisito della dominanza pubblica si concretizza con la sussistenza anche di uno solo degli elementi sopra riportati che connotano la dominanza);
- le modalità concrete di gestione di un servizio pubblico locale possono portare a configurare il requisito dello scopo che connota l'organismo in capo alla società erogatrice;
- è assolutamente pacifico che in tale categoria possano rientrare le società *in house*, ma anche le società a partecipazione pubblica maggioritaria o semplicemente minoritaria, qualora in concreto, sulla base dell'analisi dello statuto e dell'atto costitutivo, si riscontrino i tre predetti requisiti.

Infine, va evidenziato che l'*organismo* è categoria giuridica contemplata nel corpo normativo del Codice relativo ai settori ordinari e in quello relativo ai settori speciali e che le *società – organismo* sono considerate dal d.lgs. 163/06 sostanzialmente alla stregua di enti pubblici, ossia di categorie soggette a tutta la disciplina del Codice e a quella più invasiva, per così dire, in esso contenuta (ferma la distinzione tra settori ordinari e speciali).

Se le società partecipate da enti/*organismi* pubblici non sono *organismi di diritto pubblico*, ma operano nei settori speciali, esse risultano soggette alle disposizioni del Codice sui settori speciali, qualora abbiano i requisiti delle *imprese pubbliche*.

Per tali si intendono le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante, o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

I citati requisiti o *indici* di connotazione delle *imprese pubbliche* appaiono agevolmente riscontrabili in punto di fatto, essendo ancorati ad elementi tendenzialmente oggettivi. Qui preme osservare che anche una società che gestisce un servizio pubblico locale può rientrare nel novero delle *imprese pubbliche*, essendo sufficiente riscontrare uno dei predetti requisiti/indici e l'operatività nel settore speciale (non deve effettuarsi un'indagine sul fine della società).

Certamente gli *indici* in questione sono riscontrabili in capo alle società *in house* e a quelle miste quando queste ultime risultino, anche indirettamente, sotto il domino pubblico; resta ferma la verifica sul settore operativo (ordinario o speciale).

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

Giova evidenziare che l'*impresa pubblica* è soggetta al peculiare regime definito nella Parte III del Codice (artt. 206 e segg.), di certo meno invasivo di quello riservato agli *organismi* di settore speciale o di settore ordinario.

Va, inoltre, osservato che l'art. 32, comma 1, lett. c), del Codice annovera tra le Stazioni Appaltanti, ai fini dell'affidamento di lavori, forniture e servizi, **le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni e servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli artt. 113, 113 bis, 115 e 116 d.lgs. 267/00.**

L'art. 113 del d.lgs. 267/00 concerne anche le società a partecipazione pubblica che gestiscono le reti e/o erogano servizi pubblici locali di rilevanza economica. Tuttavia, il comma 5 dell'art 113 cit., avente ad oggetto i moduli societari di gestione (o di erogazione, che dir si voglia) dei servizi pubblici economici (tra cui le società miste e le società totalitarie) è stato abrogato proprio dal DPR 168/10. Potrebbe allora ritenersi che l'art. 32 cit. abbia perso efficacia nella parte che si riferisce ai gestori di servizi pubblici locali. Tuttavia, appare più convincente concludere che l'art. 32 del Codice si applica alle società che erogano i SS.PP.LL., i cui affidamenti sono ora disciplinati dall'art. 4 della legge 148/11.

Quindi, le società miste e quelle *in house* erogatrici di servizi pubblici locali che non sono *organismi*, ovvero che non sono *imprese pubbliche* nel caso di settori speciali, possono essere tenute ad applicare il regime previsto per le società partecipate da soggetti pubblici, di cui all'art. 32, comma 1 lettera c) del Codice (è da intendere salva in questo caso la disciplina del comma terzo del citato art. 32).

Le società miste e quelle *in house* che gestiscono servizi pubblici locali, operanti nei settori speciali, non qualificabili in termini di *organismo* o di *impresa pubblica*, potrebbero pur sempre essere soggette alle disposizioni del Codice relative ai settori speciali, **qualora risultino titolari di diritti speciali o esclusivi**

Sono diritti speciali o esclusivi i diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di un'attività di cui agli articoli da 208 a 213 del Codice, ossia le attività di settore speciale e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri soggetti di esercitare tale attività.

Orbene, il Codice prevede diverse discipline applicabili alle società a partecipazione pubblica, a seconda della reale conformazione delle società stesse. Alla luce di tale considerazione appare ragionevole ritenere che il rinvio al Codice dei contratti, contenuto nell'art. 4 della legge 148 cit., vada interpretato come rinvio non a questa o a quella disposizione del Codice, ma a tutte ed a ciascuna disposizione del d.lgs. 163/06, con la conseguenza che di volta in volta l'interprete deve verificare a quale specifico corpo normativo del Codice va assoggettata la società *in house* o mista erogatrice di servizi pubblici locali a rilevanza economica presa in considerazione.

Tale impostazione porta ad escludere, altresì, che con l'art. 4 in esame si sia voluto assoggettare allo stesso regime soggetti così diversi quali le società *in*

house (considerate dalla giurisprudenza consolidata alla stregua di entità meramente strumentali dell'ente di riferimento) rispetto alle società miste.

In sostanza, si impone di ricercare caso per caso in quale delle categorie soggettive del Codice si inquadra la società mista o quella *in house*, anche in ragione del settore operativo di riferimento (ordinario o speciale); processo questo che potrà portare ad applicare regimi differenziati alle società *in house* rispetto alle società miste, con distinzioni anche tra le stesse società miste e con riconoscimento - in linea con il Codice - di maggiore libertà e flessibilità a quelle società in cui la connotazione pubblica è meno accentuata.

In tale processo di accertamento dovrà, tuttavia, tenersi conto che, secondo un condivisibile orientamento della giurisprudenza, se un soggetto rientra in più categorie soggettive, deve applicarsi ad esso il regime più rigoroso, ovviamente alla luce del settore operativo di riferimento (ordinario o speciale).

6.2 Appalti di lavori.

Per i lavori, l'art 4 cit. si preoccupa semplicemente di assicurare che il regime della esecuzione dei lavori da parte del socio privato possa valere anche dopo la riforma dei SS.PP.LL. operata dall'art. 4 medesimo, purché il socio risulti individuato tramite gara avente duplice oggetto (scelta del socio e affidamento del servizio preventivamente individuato).

Nel silenzio della norma citata sul regime degli appalti di lavori da affidare a terzi ad opera delle società *in house* e delle società miste, non può opinarsi nel senso che dette società possano agire sempre liberamente, senza vincoli procedurali di sorta, dovendosi, comunque, tener conto degli obblighi derivanti dal Codice, sebbene non richiamato (come, invece, accade per gli appalti per acquisti di beni e servizi), ma di certo vincolante.

Quindi, ancora una volta, dovrà verificarsi a quali delle suddette categorie soggettive previste dal Codice (organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, etc.) sia in concreto riconducibile la società partecipata da soggetto pubblico, all'esito, dovrà trovare applicazione il relativo, specifico regime in ordine all'affidamento a terzi (diversi dal socio) dei lavori.

Resta altresì fermo il condivisibile orientamento della giurisprudenza secondo il quale, se un soggetto rientra in più categorie soggettive, deve applicarsi ad esso il regime più rigoroso.

Come accennato, l'art. 4 ha premura altresì di precisare che il socio privato deve essere scelto secondo le procedure di evidenza pubblica e che restano ferme le disposizioni dei numeri 2 e 3 del comma 3, dell'art. 32 cit..

Il richiamato terzo comma dispone, in particolare, quanto segue: *“Le società di cui al comma 1, lettera c) non sono tenute ad applicare le disposizioni del presente codice limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per le quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni: 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; 3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo”.*

7. Ulteriori obblighi di trasparenza e di vigilanza.

Nell'ottica di massimizzare la trasparenza e la vigilanza, la novella prevede inoltre che:

- a) le società a partecipazione pubblica che gestiscono SS.PP.LL. adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi, nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del d.lgs. 165/01; fino all'adozione dei predetti provvedimenti, e' fatto divieto di procedere al reclutamento di personale ovvero di conferire incarichi (la norma in questione non si applica, tuttavia, alle società quotate in mercati regolamentati);
- b) in caso di affidamento della gestione dei SS.PP.LL. locali a società cosiddette "in house" e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore sia partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso, sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione dell'ente, di cui al T.U. 267/00; restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore della legge.

8. Divieti e incompatibilità.

I commi da 19 a 26 dell'art. 4 cit. disegnano, poi, una serie di divieti ed incompatibilità che si applicano alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore della legge. Divieti ed incompatibilità riguardano le posizioni di amministratore, dirigente e responsabile degli uffici o dei servizi già dell'ente locale, che degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, indirizzo e controllo di SS.PP.LL., nonché i relativi coniuge, parenti ed affini entro il quarto grado, amministratori di enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale di una società, componenti delle commissioni di gara, dipendenti o amministratori dell'ente locale che partecipa ad una società concorrente in una gara.

9. Gestione delle reti

La gestione delle reti può essere affidata anche a soggetti privati, ferma restando la loro proprietà pubblica; la novella non lo prevede espressamente, ma non pare dubbio che occorra una procedura di evidenza pubblica, in linea con quanto previsto già dall'art. 113, d.lgs. 267/00.

Sembra potersi ritenere tuttora valida ed efficace anche la disposizione dell'art. 113 d.lgs. 267/00 per effetto della quale, qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri

servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

10. Regime del trasferimento di beni

I commi 29, 30 e 31 dell'art. 4 della legge 148/11 riguardano invece – per il caso di scadenza o cessazione anticipata della gestione del servizio pubblico – la disciplina della cessione in favore del gestore subentrante dei beni strumentali e loro pertinenze, necessari alla prosecuzione del servizio.

11. Regime transitorio

Il comma 32 del citato art. 4 disciplina poi il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito dalla legge 148. Il 31 marzo 2012 cessano gli affidamenti diretti relativi a servizi di valore economico superiore a 900.000 euro annui, nonché tutti gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi successivi; il 30 giugno 2012 cessano le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, ma senza aver avuto ad oggetto la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio; alla scadenza prevista nel contratto di servizio, cessano invece le fattispecie di cui all'ipotesi precedente, quando le relative procedure competitive abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio; alla scadenza prevista nel contratto di servizio cessano anche gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 nei riguardi di società a partecipazione pubblica, già quotate in borsa a tale data, e nei confronti di quelle da esse controllate, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente; il 30 giugno 2013 o il 31 dicembre 2015 cessano gli affidamenti di cui all'ipotesi precedente, ove non siano rispettate le previste condizioni di riduzione della partecipazione pubblica alle scadenze previste.

La norma esclude tassativamente che le società per via diretta o senza gara possano acquisire nuovi servizi o espandere altrove i servizi già gestiti.

Sono fatte salve, inoltre, le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore della legge.

12. Società controllate e collegate

Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, SS.PP.LL. in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, ovvero di procedure volte a costituire le società miste con partecipazione in quote non inferiori al 40% (ai sensi del comma 12 dell'art. 4), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

pubblici o privati, ne' direttamente, ne' tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, ne' partecipando a gare.

Il divieto opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, nonché al socio selezionato ai sensi del comma 12 cit..

I soggetti affidatari diretti di SS.PP.LL. possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti.

* _ * _ * _ * _ * _ *

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

