

CONFESERVIZI

Asstra • Federambiente • Federutility

**La riforma legislativa dei s.p.l. a rilevanza
economica definita dall'art. 15 D.L. 135/09**

***La riforma dei s.p.l. e la normativa
europea: inquadramento generale***

Bologna, 10 dicembre 2009

Linee generali della riforma dei SPL

Articolo 23-bis

- ❖ Introdotta in sede di conversione in legge del D.L. 112/2008 (in G.U. del 21/08/2008)
- ❖ Poi novellata dal comma 1 dell'art 15, D.L. 135/2009, convertito, con modificazioni, dalla L. 166/2009 (in G.U. del 24/11/2009)
- 12 commi immediatamente prenettivi tranne:
- Comma 10 (cui si aggiunge il nuovo comma 4-bis): contiene i criteri generali cui dovrà dare attuazione il Governo con regolamento di delegificazione. Il termine originario di approvazione (febbraio 2009) è stato ora prorogato al 31 dicembre 2009 (termine comunque ordinatorio)
- Tre Regioni hanno proposto ricorso alla Corte Costituzionale contro il 23-bis ante-riforma: Emilia Romagna (n. 69/2008), Liguria (n. 72/2008) e Piemonte (n. 77/2008)
- Dopo l'approvazione definitiva dell'art. 15 alcune Regioni hanno dichiarato che presenteranno ricorso anche avverso tale norma

Le novità introdotte: ristretto il campo di applicazione

Comma 1: “Le disposizioni del presente articolo disciplinano l’affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine 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 alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell’ articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili. Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell’ articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale, **le disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e della legge 23 agosto 2004, n. 239, in materia di distribuzione di energia elettrica, le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, relativamente alla gestione delle farmacie comunali nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale ...”**

Dubbi:

- ❖ Confronto tra locuzione usata nell’art. 113 (“Le disposizioni del presente articolo non si applicano a ...”) e quella del 23-bis (“sono fatte salve”)
- ❖ Comma 10, lettera d), ancora prevedere armonizzazione di alcuni di questi settori (“... individuando le norme applicabili in via generale per l’affidamento ... in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua”)
- Lo schema di regolamento parrebbe confermare l’inapplicabilità della normativa in esame ai settori richiamati dal comma 1

Le novità introdotte: le modalità di affidamento ordinarie

Comma 2: “Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.”

- ✓ Comunicazione interpretativa [Com(2009) 615 del 19 novembre 2009]: esorta gli Stati membri all'uso dei Partenariati, soprattutto in momenti come quello derivante dall'attuale congiuntura economica, in cui gli Stati membri tentano di accelerare gli investimenti per contrastare la crisi, ma devono contemporaneamente contenere le spese (benefici in termini di tempi chiusura progetti, ripartizione del rischio, etc.)
- ❖ Introdotta lettera b): società miste inserite a pieno titolo tra le modalità di affidamento “a regime”
- Superamento – ove ancora ve ne fossero – dei dubbi “residui” generati dalla disposizione pregressa (peraltro già risolti in via interpretativa anche alla luce della Comunicazione interpretativa della Commissione [C(2007)6661 del 5 febbraio 2008] sui Partenariati Pubblico-Privati Istituzionalizzati)
- ❖ L'affidamento dovrà però essere rispettoso delle modalità richieste dalla norma (compiti operativi e percentuale minima di partecipazione del partner privato)
- Il quadro di regole comunitario non prescrive nulla al riguardo: ante riforma non era pertanto necessario il rispetto di queste ulteriori condizioni di legittimità

Le novità introdotte: l'affidamento in deroga

Comma 3: “In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, 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.**”

- ❖ Si precisa che l'affidamento in deroga ivi previsto è quello ispirato al modello societario c.d. *in house providing* ma rimangono i nuovi criteri introdotti a livello nazionale (non contemplati dal quadro comunitario)
- Il modello *in house* “UE” sarà comunque utilizzabile quando non si ricada nel campo di applicazione dell'art. 23-bis (es. SPL senza rilevanza economica)
- ❖ Peculiare configurazione dell'*in house* nei trasporti (art. 5 Regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007). Compatibile con 23-bis?

Le novità introdotte: iter per l'affidamento in deroga

Comma 4: “Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato **per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.**”

- ✓ Espunte altre Autorità di regolazione competenti a rendere il parere
- ✓ Chiarita la natura preventiva del parere
- ✓ Prevista l'operatività dell'istituto del silenzio-assenso
- ❖ Dubbio: quale portata ha il parere così espresso dall'Antitrust?
- Manca la previsione in merito alle conseguenze: parere non vincolante

Comma 4-bis: “I regolamenti di cui al comma 10 definiscono le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4.”

- ❖ Affidamenti “sotto soglia” applicano il comma 3?
- ❖ Necessità di tener conto delle peculiarità dei settori con AATO (acqua, rifiuti): delimitazione territoriale già configura rilevanza per parere
- Schema di regolamento: sotto soglia solo affidamenti contemporaneamente con: pop. < 50.000 e valore economico complessivo < € 200.000,00

Le novità introdotte: il regime transitorio

Comma 8: “Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 è il seguente:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta “in house” cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell’ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2;”

- ❖ Affidamenti in house conformi al diritto comunitario ma difforni dalla normativa nazionale di cui al comma 3
- Disposizione mitigata da possibilità di trasformare in house in IPPP ex comma 2 (emendamento Senato)

“b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;”

- ❖ Affidamenti a società miste con partner privato senza compiti operativi
- Non rileva la percentuale di partecipazione del socio privato

“c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;”

- ❖ Affidamenti a società miste con partner privato con compiti operativi
- Non rileva la percentuale di partecipazione del socio privato

10/12/2009

Le novità introdotte: il regime transitorio

- “d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015;”
- ❖ Affidamenti a società che al 1° ottobre 2003 (comma 15-bis art. 113 TUEL) risultavano già quotate in borsa e affidatarie di servizi pubblici locali a rilevanza economica, ovvero a società che siano attualmente controllate dalle prime
 - Emendamento al Senato introduce doppia tempistica per dismissione azioni pubbliche e relativa cessazione anticipata:
 - ✓ 30 giugno 2013: partecipazione pubblica < 40%
 - ✓ 31 dicembre 2015: partecipazione pubblica < 30%
- “e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante.”
- ❖ Previsione residuale: affidamenti che non rientrano nelle precedenti lettere e nei commi 2 e 3

Le novità introdotte: limiti all'attività imprenditoriale

Comma 9: “**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 servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), 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 pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali 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.**”

- ❖ Ampliata l'elencazione dei soggetti sottoposti ai limiti
- Discrasie con principi comunitari:
 - ✓ concorrenza
 - ✓ proporzionalità
 - ✓ parità di trattamento
 - ✓ non discriminazione
 - ✓ libera prestazione dei servizi
 - ✓ favor *participationis*
- Discrasie con lo stesso art. 23-bis:
 - ✓ Ricomprese società ex comma 2, lett. b), che disciplina le modalità di affidamento ordinarie (?): C(2007)6661: “In diritto comunitario l'entità a capitale misto è libera, come qualsiasi altro operatore economico, di partecipare a gare di appalto pubbliche” ... e in diritto interno?
 - ✓ Mancata esclusione delle società controllate dalle quotate: comma 8 lett. d)

Le novità introdotte: limiti all'attività imprenditoriale

Comma 10: "Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro il **31 dicembre 2009**, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, adotta uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di:

a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari **cosiddetti in house** di servizi pubblici locali 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;

e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti di retti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;"

- ❖ Proroga al 31 dicembre 2009 del termine (ordinatorio) entro il quale emanare il prescritto regolamento
- ❖ Applicabilità del patto di stabilità interno ai soli affidatari *in house* "tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8"
- ❖ Abrogazione della lettera e): periodo transitorio
- Acquisto di beni: c'è già il Codice Appalti (D. Lgs. 163/2006)
- Assunzione di personale: c'è già l'articolo 18 del medesimo D.L. 112/2008

CONFSESERVIZI

Asstra • Federambiente • Federutility

Grazie per l'attenzione!

Giulia Chieffo
Area Giuridica

Confservizi Asstra • Federambiente • Federutility

legislativo@confservizi.net

tel. 06.47865211

fax 06.47865250

Bologna, 10 dicembre 2009