

Roma, 2 agosto 2010

Ai Sigg. Presidenti e
Ai Sigg. Amministratori Delegati e
Ai Sigg. Direttori
delle Aziende e degli Enti Associati

Loro Sedi

OGGETTO: Schema di Decreto del Presidente della repubblica recante Regolamento di attuazione dell'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n.112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Come è noto l'art 23-bis della legge 133/2008, al comma 10, demandava al Governo, l'emanazione di uno o più regolamenti governativi, da adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa, per l'attuazione dei principi nello stesso comma contenuti.

Detto regolamento, licenziato dal Consiglio dei Ministri a dicembre 2009, ottenuti i prescritti pareri della Conferenza unificata, del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni parlamentari, è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri lo scorso 22 luglio.

Con l'approvazione del regolamento in questione il quadro di riferimento normativo in materia di servizi pubblici locali è, quindi, oggi completo e consente di effettuare valutazioni ulteriori e più definitive in ordine ai rapporti tra normativa generale e normativa settoriale.

Nell'allegare la bozza di regolamento, nella versione provvisoria e non ufficiale, appare opportuno proporre, qui di seguito, una prima analisi delle disposizioni in esso contenute.

▪ Articolo 1 – Ambito di applicazione.

L'articolo 1 disciplina l'ambito di applicazione del regolamento confermando quanto già previsto dall'art. 23-bis e, cioè, l'applicabilità ai **servizi pubblici locali** di rilevanza economica, con esclusione del **servizio di trasporto ferroviario regionale**.

Come già avuto modo di evidenziare in diverse circostanze e come confermato, in occasione di seminari sul tema, dai rappresentanti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, l'utilizzo del termine "locale" varrebbe a **circoscrivere la portata applicativa delle disposizioni** contenute nell'art. 23-bis e, adesso, anche nel regolamento ai **servizi pubblici locali e, cioè, a quelli**

di competenza di Comuni e Province, essendo questi, secondo l'accezione utilizzata dal legislatore, qualificabili come "Enti Locali". **L'art. 23-bis e il suo Regolamento di attuazione, pertanto, non troverebbero applicazione per i servizi di trasporto pubblico "regionale" e, cioè, per quelli attribuiti dal d.lgs. 422/97 e dalle leggi regionali di attuazione, alla competenza delle regioni. Servizi questi che, pertanto, risulterebbero disciplinati dalla normativa settoriale (d.lgs. 422/97; regolamento 1370/2007/CE; art. 61 legge 99/09, art. 4-bis legge 102/09; norme regionali).**

Rispetto all'ambito di applicazione indicato dall'art. 23-bis ed alle esclusioni ivi previste, il regolamento di attuazione recepisce l'indicazione fornita dalla competente commissione della Camera escludendo l'applicazione delle norme nello stesso contenute per i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti, già disciplinati dall'articolo 13, comma 1, del DL n.233/2006, convertito con modificazioni, dalla Legge n. 248/2006 (Decreto Bersani), in quanto non rientranti nella nozione di servizi pubblici locali.

▪ Articolo 2 – Misure in tema di liberalizzazione

La disposizione, recante "misure in tema di liberalizzazione", risulta completamente riscritta rispetto al testo precedente riportando la formulazione suggerita dal Consiglio di Stato.

Fermo restando l'obbligo per gli Enti Locali di verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, **limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva**, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio, si è previsto che detta verifica venga effettuata sulla base di **un'analisi di mercato** e che all'esito della verifica l'ente adotti una **delibera quadro da pubblicizzarsi** adeguatamente pubblicizzata e da inviarsi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione annuale al Parlamento.

Dette verifiche dovranno essere effettuate dagli Enti Locali entro dodici mesi dall'entrata in vigore del regolamento e successivamente, con cadenze periodiche, secondo i rispettivi ordinamenti, e, comunque, prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi.

I commi successivi, non modificati rispetto alla versione originaria, ribadiscono che **i soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'articolo 8, commi 2-bis e 2-quater, della legge n. 287/1990 (obbligo di operare mediante società separate).** Nel richiamare l'attenzione sulla disposizione in esame, si rammenta come, di recente, l'Autorità garante per la concorrenza ed il

mercato, abbia contestato ad alcune aziende di trasporti la mancata applicazione della norma di cui all'art. 8 della legge antitrust applicando le sanzioni relative.

Il **comma 5**, che prevede che gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici, definiscano, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo, non risulta modificato rispetto al testo precedente.

▪ Articolo 3 – Norme applicabili in via generale per l'affidamento.

L'articolo 3, in attuazione della lettera d) del comma 10 dell'articolo 23-bis, detta disposizioni ulteriori in materia di affidamento dei servizi pubblici.

Al comma 1 è stata recepita la modifica proposta dalla Conferenza Unificata, di eliminare la precisazione "statale e regionale" in riferimento alla legge che deve definire gli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza a cui devono essere adeguate le procedure competitive ad evidenza pubblica, di cui all'articolo 23-bis, comma 2.

I commi 2 (possibilità per le società a capitale interamente pubblico di partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui all'articolo 23-bis, comma 2, letta a), sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge), 3 e 4 (contenenti prescrizioni, a tutela della concorrenza, relative alle procedure competitive ad evidenza pubblica) risultano sostanzialmente invariati.

Può apparire utile evidenziare come al comma 3 si ribadisca un principio, già contenuto nella disciplina settoriale, per cui i bandi di gara devono garantire che la disponibilità dei beni "non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali" non assuma valenza discriminante nella valutazione delle offerte, nonché il principio, anch'esso previsto dalla disciplina settoriale, per cui la durata degli affidamenti debba essere commisurata alla consistenza degli investimenti e mai superiore al periodo di ammortamento degli stessi.

Sempre il comma 3 recepisce, in via legislativa, un principio caro all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato e sul quale si sono registrati e continuano a registrarsi orientamenti giurisprudenziali discordanti, in base al quale il bando di gara può escludere forme di aggregazione tra soggetti singolarmente in possesso dei requisiti tecnici ed economici per partecipare alla gara. Ciò tuttavia, qualora detta aggregazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'analisi oggettiva e motivata che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento.

Fondamentale diverrà, quindi, chiarire cosa debba intendersi per "mercato di riferimento".

L'unica novità contenuta nel comma 3 è data dall'inserimento, richiesto dalle Commissioni parlamentari, della lettera g) per cui il bando di gara o la lettera di invito delle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici deve prevedere anche l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.

Obbligo questo già previsto nella disciplina di settore.

Il comma 4 indica, invece, alcune prescrizioni specifiche per il bando di gara o la lettera di invito concernente la cosiddetta "gara a doppio oggetto". In particolare, il bando di gara o la lettera di invito, fermo restando quanto previsto dal comma 3, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, devono assicurare 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 specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2;

c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessione della gestione.

Appare il caso di evidenziare, ancora una volta, con riferimento alla cosiddetta "gara a doppio oggetto" ed alle società miste risultanti da detta forma di affidamento, permanga, nonostante le richieste più volte avanzate dall'Associazione, l'ambiguità in ordine alle previsioni contenute nel comma 9 dell'art. 23-bis (divieto per le società risultanti dalla modalità di affidamento ex art. 2 comma 2 lettera b) di svolgere attività extraterritoriale) ed alla loro contrarietà rispetto ai principi affermati dalla Commissione Europea e dalla Corte di Giustizia.

Il regolamento, infatti, non interviene, probabilmente perché esulante dalla delega conferita, a chiarire la portata dei divieti contenuti dal citato comma 9 in ordine alle società miste.

Vale la pena, tuttavia, segnalare un'interessante e condivisibile chiave di lettura fornita dal Tar Reggio Calabria (n. 561/2010) secondo cui **"In tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica, il divieto di cui all'art.23-bis comma 9, d.l. 25 giugno 2008 n.112, convertito in l. 6 agosto 2008 n.133, si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica ("ovvero") anche le forme previste dal comma 2 lett. b), dell'art. 23-bis"**.

Non risulta, invece, recepita, probabilmente sempre perché esulante dalla delega, la proposta avanzata dalla commissione della Camera in ordine alla precisazione della inapplicabilità dei divieti di cui al comma 9 alle società direttamente o indirettamente controllate dalle società quotate.

▪ **Articolo 4 – Parere dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato**

L’articolo 4, in attuazione del comma 4-bis dell’articolo 23-bis, definisce le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell’espressione del parere dell’AGCM previsto dal comma 4 dello stesso articolo 23-bis. Al **comma 1** è stato recepito il valore **di 200.000 euro annui** quale valore economico del servizio oggetto dell’affidamento rilevante ai fini dell’espressione del parere dell’AGCM, proposto dalla Conferenza Unificata e dal Consiglio di Stato. È stato invece eliminato il valore di 50.000 unità riferito alla popolazione interessata, a prescindere dal valore economico del servizio, quale discrimen per la richiesta o meno del parere.

Vale la pena evidenziare come dette soglie appaiano piuttosto basse se raffrontate alle soglie individuate dal regolamento europeo 1370 (1.000.000 euro o 300.000 Km) per la legittimità degli affidamenti diretti cosiddetti sottosoglia. Rimane, quindi, da chiarire il rapporto tra le soglie previste dalla disciplina comunitaria per gli affidamenti diretti e quelle previste dalla normativa generale per gli affidamenti in house.

▪ **Articolo 5 - Patto di stabilità interno**

L’articolo 5, in attuazione della lettera a) del comma 10 dell’articolo 23-bis, assoggetta al patto di stabilità interno gli affidatari “in house” di servizi pubblici locali ai sensi dell’articolo 23-bis, commi 3 e 4. Al **comma 2** è stata recepita l’indicazione della Conferenza Unificata di dare agli enti locali l’obbligo di vigilare sull’osservanza, da parte degli affidatari in house al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità. Nella precedente versione della disposizione gli enti locali erano considerati direttamente responsabili del rispetto del patto di stabilità delle aziende partecipate affidatarie in house. Al **comma 3** è stata recepita l’indicazione della Conferenza unificata di rimettere all’articolo 2, comma 2, lettera h), della legge n.42/2009 e s.m.i., in materia di bilancio consolidato, la definizione delle modalità e della modulistica per l’assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti affidatari in house partecipati dall’ente locale di riferimento.

▪ **Articolo 6 – Acquisto di beni e servizi da parte delle società “in house” e delle società miste.**

L’articolo 6, in attuazione della lettera a) del comma 10 dell’articolo 23-bis, prevede che le società “in house” e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applichino per l’acquisto di beni e servizi, le disposizioni del codice dei contratti pubblici. Il comma 2 contiene una

disposizione tesa ad amalgamare il codice dei contratti pubblici con quanto previsto dall'articolo 23-bis, comma 2, lettera b), ossia alla possibilità di affidare il servizio a una società mista previa gara a doppio oggetto.

▪ **Articolo 7 – Assunzione del personale da parte delle società “in house” e delle società miste.**

L'articolo è stato completamente riformulato su indicazione del Consiglio di Stato che nel suo Parere ha rilevato il difetto sia formale che sostanziale del rimando alla disciplina dell'art. 18 del DL 112/2008 contenuto nella versione precedente.

La norma riformulata prevede l'obbligo **per le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali di adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento di incarichi nel rispetto dei principi contenuti nel comma 3, articolo 35, del D.lgs. 165/2001.**

Appare il caso di evidenziare la maggiore ampiezza della norma rispetto, non solo alla versione precedente, ma anche rispetto all'art. 18 della legge 133/2008 e s.m.i. che si applica alle società a totale partecipazione pubblica o a partecipazione pubblica di controllo.

▪ **Articolo 8 – Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione**

L'articolo 8, in attuazione della lettera c) del comma 10 dell'articolo 23-bis, contiene alcune disposizioni tese a distinguere le funzioni di regolazione da quelle di gestione. Si tratta in particolare:

-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 servizi pubblici locali, 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;

-di alcuni divieti alla nomina di amministratore di società partecipate da enti locali;

-di alcune disposizioni per la nomina dei componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali;

-della sottoposizione alla vigilanza all'organo di revisione dell'ente locale affidante della verifica del rispetto del contratto di servizio in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente medesimo.

Su indicazione della Conferenza Unificata è stata inserita la previsione dell'applicabilità delle disposizioni contenute nel presente articolo alle nomine e

agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

▪ **Articolo 9 – Principio di reciprocità**

L'articolo 9 , in attuazione della lettera f) del comma 10 dell'articolo 23-bis, prevede il principio di reciprocità per le imprese estere non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea e con riguardo alla possibilità di ammissione alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali.

▪ **Articolo 10 – Cessione dei beni in caso di subentro.**

L'articolo 10, al fine di dare attuazione alla lettera i) del comma 10 dell'articolo 23-bis, disciplina, per il caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio, prevedendo che "alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati nel bando di gara o nella lettera di invito (come previsto, appunto, nell'art.3, comma 3, lettera f), dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami". **Al comma 2** è stato precisato, altresì, che, se al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma precedente non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente un importo pari al **valore contabile originario** non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.

Sono state altresì inserite, accogliendo le indicazioni sollecitate dall'associazione e fornite, da ultimo, dal Senato, le clausole di salvezza derivanti dalle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del regolamento, nonché eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore dello stesso.

Nell'apprezzare il recepimento delle istanze avanzate dall'Associazione, in considerazione dell'importanza e delicatezza della disposizione e della materia trattata, si informa che si sta effettuando un'analisi delle disposizioni settoriali contenute, in particolare, nelle norme regionali, al fine di effettuare delle valutazioni più approfondite.

▪ **Articolo 11 – Tutela non giurisdizionale**

L'articolo 11 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. Il comma 3 precisa che, in materia, restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore.

▪ **Articolo 12 – Abrogazioni e disposizioni finali**

L'articolo 12 contiene le abrogazioni e le disposizioni finali. Sono state indicate le specifiche disposizioni dell'articolo 113 del D.Lgs. 267/2000 e quelle dei singoli settori che sono state abrogate in quanto incompatibili con l'articolo 23-bis, nonché il comma 7 dello stesso articolo 113 abrogato in quanto oggetto di delegificazione. **Con riguardo al trasporto pubblico locale si è previsto che il regolamento si applichi in quanto compatibile con le disposizioni del Regolamento n. 1370/2007.**

Nell'allegare il testo dello schema di regolamento si rammenta che si tratta di un testo non ufficiale e che, pertanto, potrebbe subire variazioni in sede di pubblicazione. Ci si riserva, quindi, di trasmettere il testo ufficiale all'esito della pubblicazione in gazzetta.

Cordiali saluti


Il Direttore Generale
Avv. Guido del Mese