



**PRIMA NOTA DI LETTURA SULLO SCHEMA DI REGOLAMENTO DI ATTUAZIONE DEL COMMA 10 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**

**1. Premessa**

La presente nota contiene una scheda di lettura sullo schema di regolamento di attuazione della riforma dei servizi pubblici approvato, in via preliminare, nel Consiglio dei Ministri del 17 dicembre 2009.

Ciò può essere di ausilio per gli enti locali nella comprensione dell'impianto complessivo della riforma di settore che il regolamento si appresta a completare e sostanziare, con l'obiettivo di proporre correttivi in grado di migliorarlo.

Appare quindi opportuno operare un esame analitico del contenuto di ogni singola disposizione allo scopo di evidenziarne, le specificità che potranno comunque essere oggetto di apposito approfondimento.

Va altresì ricordato che il testo in esame è stato trasmesso alle competenti commissioni parlamentari ed alla Conferenza Unificata, per l'acquisizione dei necessari pareri.

**2. Liberalizzazione, norme generali e parere per l'affidamento in house**

Entrando nel merito, si evince che lo schema di Regolamento di attuazione del comma 10 dell'art. 23 bis della Legge 133/2008, in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, è costituito da 12 articoli che richiamano le diverse sezioni di cui si compone la suddetta norma generale (lett. a-m).

L'articolo 1, al comma 2, ribadisce la proprietà pubblica delle risorse idriche ai sensi dell'art. 15 comma 1 ter dell'ex dl 135/09.

Il comma 3 ripropone le materie escluse dall'applicazione del regolamento comprendendo - oltre quelle già sancite dalla legge generale sui servizi pubblici locali a rilevanza economica (distribuzione del gas, energia elettrica, trasporto regionale ferroviario e gestione delle farmacie comunali) - anche le attività strumentali all'attività o al funzionamento degli enti locali, come previste all'art. 13 del DL 223/06 convertito in legge 248/06 s.m.i.

L'articolo 2 del provvedimento disciplina l'apertura dei mercati in ottica liberalizzatrice e la gestione dei servizi in esclusiva.

I Comuni circoscrivono l'attribuzione di diritti di esclusiva ai soli casi in cui il privato non potrebbe soddisfare i bisogni della collettività, previa verifica periodica dell'impossibilità di una gestione concorrenziale.

Nel caso in cui l'ente affidi in esclusiva attività a fini sociali ad un'impresa, deve tener conto di quanto disposto dall'articolo 9 della legge 287/90 (relativo all'autoproduzione di beni e servizi contro corrispettivo).

Se invece i gestori titolari di tali diritti vogliono svolgere attività anche in altri mercati, allora si applicano le disposizioni di cui all'articolo 8 commi 2 bis e 2 quater della legge 287/90 (devono avere un'altra società separata e devono rendere accessibili anche a soggetti terzi, beni o servizi fruiti nell'ambito del regime di esclusiva).

L'articolo 3 nel ribadire le norme applicabili in via generale per l'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica prevede, al comma 1, che ci siano procedure competitive ad evidenza pubblica (di cui alla L. 133/08 articolo 23-bis, comma 2). Alle gare, comma 2, possono partecipare anche le società a capitale interamente pubblico, ove non vietato per legge.

Il *comma 3* elenca invece i contenuti del bando di gara o della lettera d'invito (quindi si rifa anche alle procedure ristrette). Prevede che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili non possa essere elemento discriminante per la valutazione delle offerte e che la durata dell'affidamento non possa essere superiore al periodo di ammortamento degli investimenti.

Alla lettera d) prevede inoltre che il bando possa escludere forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora l'aggregazione o la collaborazione abbiano effetti restrittivi della concorrenza e previa un'oggettiva e motivata analisi su struttura, dimensione, numero di operatori e mercato di riferimento.

Il *comma 4* interviene sulla parte della gara inerente il socio privato, quindi sulla gara a doppio oggetto per l'affidamento "ordinario" a società miste.

In tal caso il bando deve anche prevedere che le offerte siano basate su qualità e corrispettivo del servizio, piuttosto che sul prezzo delle quote societarie; il socio privato deve inoltre svolgere specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata dello stesso. In caso contrario si procede ad un nuovo affidamento ai sensi della L. 133/08 articolo 23-bis, comma 2.

Tali disposizioni - già richiamate nella disciplina generale - adesso prevedono quale sanzione la risoluzione del contratto, con conseguente riassegnazione.

Il *comma 5* sancisce che i rapporti fra enti titolari e soggetti gestori di servizi pubblici locali ed altri soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, siano regolati da contratti di servizio, da allegare ai capitolati di gara, i quali assicurino livelli dei servizi da garantire, adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli stessi nonché penali e misure sanzionatorie. Ciò, fermo restando le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del regolamento stesso.

L'articolo 4 riguarda l'espressione del Parere da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Antitrust).

Il *comma 1* fissa le soglie rilevanti per l'attivazione della procedura di cui alla L. 133/08 articolo 23bis, comma 4 (affidamenti diretti *in house*) stabilendo un duplice vincolo per l'espressione del parere da parte dell'Autorità stessa.

Per l'affidamento in deroga di servizi pubblici di natura economica non assumono rilevanza, ai fini dell'espressione del parere, quelli il cui valore economico è inferiore alla somma complessiva di 200.000,00 euro.

Di contro il parere dell'Antitrust è comunque richiesto, a prescindere dal valore economico del servizio, qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità.

Tali vincoli non incidono però in alcun modo sugli altri elementi di presupposto e procedurali previsti dal comma 4 dell'articolo 23-bis (fra le quali dare adeguata pubblicità alla scelta).

Il *comma 2*, con solo riferimento al settore idrico, prevede che nella richiesta di parere all'ACGM, l'ente affidante possa rendere evidenti le condizioni di efficienza tali da rendere la gestione cosiddetta *in house* non distorsiva della concorrenza, ossia più economica per il cittadino.

In tal senso la norma individua gli elementi che possono favorire l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico quali: la chiusura dei bilanci in utile (con esclusione dei trasferimenti non per investimenti); il reinvestimento nel servizio di almeno dell'80% degli utili per l'intera durata dell'affidamento; l'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore; il raggiungimento di costi operativi medi annui con un'incidenza sulla tariffa che sia al di sotto della media di settore.

Nel formulare il parere invece l'Antitrust è obbligata, dal *comma 3*, a tener conto delle condizioni dichiarate dall'ente affidante sotto la personale responsabilità del suo legale rappresentante.

Il *comma 4* stabilisce inoltre che l'effettivo rispetto delle condizioni giustificative dell'*in house* deve essere verificato annualmente dall'ente affidante, il quale invia gli esiti della verifica all'Authority stessa, al fine

di evitare distorsioni. Se tali presupposti vengono meno, l'ente deve revocare l'affidamento e conferire il servizio secondo le procedure ordinarie.

### 3. Disposizioni sulle società: Patto di stabilità, acquisto di beni, servizi e personale e incompatibilità

L'articolo 5 interviene sul rispetto del patto di stabilità interno e pone in capo ai Comuni la responsabilità per il mancato rispetto, da parte delle proprie società *in house*, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità.

L'articolo 6 dispone, *comma 1*, che sia le società *in house* che quelle miste per l'acquisto di beni e servizi applichino le disposizioni previste nel c.d. Codice dei contratti e degli appalti (d.lgs. 163/2006 s.m.i.). Il *comma 2* prevede che le società miste, il cui socio sia stato scelto attraverso modalità "ordinarie" - affidatarie di lavori, servizi e forniture, che non sono organismi di diritto pubblico ed hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza - non sono tenute ad applicare le disposizioni del d.lgs. 163/09, limitatamente alla gestione del servizio per il quale sono state specificamente costituite.

L'articolo 7 riprende vincoli e restrizioni sul personale previsti dall'articolo 18 del D.L. 112/08 convertito in legge 133/08, escludendone però le società quotate.

Per quel che riguarda l'ambito di applicazione dell'articolo 18 dello stesso DL 112/98 s.m.i. - che sancisce, per le società *in house*, di adottare dei provvedimenti con cui stabilire criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento di incarichi, nel rispetto dei principi dell'articolo 35, *comma 3*, del D. L. gs. 165/2001 s.m.i. - si ritiene che, in via prudenziale, tali società dovrebbero dotarsi di regolamenti che contengano criteri per attuare procedure selettive per il reclutamento di personale e l'affidamento di incarichi, tenendo conto dei singoli punti dettati dai principi su indicati.

Un successivo decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, definirà le modalità e la modulistica per l'assoggettamento di tali società al patto di stabilità interno; ciò si ricollega a quanto previsto all'articolo 5 dello schema di Regolamento.

L'articolo 8 interviene sulla complessa materia delle incompatibilità tra funzione di gestione e regolazione nel settore dei servizi pubblici locali.

Il *comma 3* esclude la possibilità di nominare amministratore di società partecipate coloro che siano stati, nel triennio precedente, sindaci, anche metropolitani, presidenti delle province, consiglieri dei comuni, anche metropolitani e delle province, componenti delle giunte comunali, metropolitane e provinciali, i presidenti dei consigli comunali, metropolitani e provinciali, presidenti, consiglieri e gli assessori delle comunità montane, componenti degli organi delle unioni di comuni e dei consorzi fra enti locali, nonché componenti degli organi di decentramento (art. 77 del TUEL), negli enti che detengono quote di partecipazione nella stessa società.

### 4. Subentro, tutela degli utenti ed abrogazioni

L'articolo 9 esplicita il principio di reciprocità secondo il quale le imprese estere devono garantire che quelle italiane possano partecipare alle gare nel loro Paese.

L'articolo 10 disciplina la cessione dei beni in caso di subentro.

Se, al momento della cessazione della gestione, i beni non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.

L'articolo 11 prevede una procedura per la tutela degli utenti con uno schema tipo di conciliazione, allegato al provvedimento. Anche in questo caso sono fatte salve le procedure previste dalle discipline settoriali.

L'articolo 12 dispone le abrogazioni operate dallo stesso regolamento (*in allegato*):

- articolo 113, commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 11, 14, 15 *bis*, 15 *ter* e 15 *quater*, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni;
- articolo 150, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione;
- articolo 202, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione.

Il provvedimento in commento dispone inoltre che lo schema di Regolamento si applica anche al trasporto pubblico locale, in quanto compatibile con le disposizioni del Reg. CE 1370/2007, entrato in vigore il 3 dicembre 2009 nonché alle province di Trento e Bolzano perché compatibili con le loro disposizioni.