

AI SIGG.RI PRESIDENTI CONF SERVIZI
- LOMBARDIA
- MARCHE
- ABRUZZO

**AL SIG. SEGRETARIO NAZIONALE UNIONE NAZIONALE
SEGRETARI COMUNALI E PROVINCIALI**
- ROMA

AL SIG. PRESIDENTE ANCI
- ABRUZZO

AL SIG. PRESIDENTE ANUTEL

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

Roma, 15 ottobre 2010

OGGETTO: REGOLAMENTO IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA.

Si rende noto che sulla Gazzetta Ufficiale n. 239 del 12 ottobre 2010, è stato pubblicato il d.P.R. 7 settembre 2010 n. 168, recante “*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell’articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*”, che entrerà in vigore il 27 ottobre 2010.

Si tratta di un provvedimento particolarmente atteso perché con esso viene a trovare completa applicazione l’art. 23 bis del d.l. n. 112/08.

L’art. 1 del regolamento definisce l’ambito di applicazione del decreto; in particolare, in tale disposizione viene ribadito che l’art. 23 bis, così come il regolamento attuativo, si applica esclusivamente ai servizi pubblici locali aventi rilevanza economica.

Ne discende, quindi, la conferma della non applicabilità dell’impianto normativo in commento a tutti quei servizi privi della caratteristica dell’economicità, intesa nel senso anzidetto, dovendosi ritenere, con ciò, che la norma si applichi esclusivamente a quei servizi che, anche in via astratta, siano suscettibili di una valutazione economica, e cioè che siano in grado di produrre un’utilità in termini finanziari per il soggetto che li gestisce e, conseguentemente, per il soggetto che li affida all’esterno.

La carenza di tale requisito fa, pertanto, venire meno l’applicazione dell’art. 23 bis e del relativo regolamento di attuazione qui commentato.

Particolare rilievo, poi, nell'ambito delle previsioni di cui all'art. 1, assumono le disposizioni di cui ai commi 2 e 3, disciplinanti, rispettivamente, i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica esclusi dall'applicazione del regolamento, e la gestione del servizio idrico integrato.

In tale contesto, di spicco è la previsione (comma 3) con cui viene stabilita la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, previsione in virtù della quale il successivo art. 4 introduce una reviviscenza degli affidamenti *in house* in presenza delle cd. "gestioni virtuose" (v. *infra*).

Quanto al comma 2 dell'art. 1, vengono espressamente esclusi dall'applicazione del regolamento (e quindi dall'art. 23 *bis*, d.l. n. 112/08) il servizio di distribuzione di gas naturale, il servizio di distribuzione di energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario, la gestione delle farmacie comunali, nonché i servizi strumentali alle attività degli enti affidanti.

Tale ultima previsione appare di pregnante significatività poiché pone definitivamente fine alle incertezze sorte in ordine alla possibilità, per gli enti locali, di svolgere *in house* servizi strumentali anche quando essi, in via astratta, potrebbero configurarsi come attività aventi una rilevanza economica.

Sul punto, come è noto, la giurisprudenza si era più volte espressa chiarendo la portata della nozione di attività strumentale (*cf.* Tar Genova, Liguria, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39; Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 27 dicembre 2007, n. 1373; Tar Lazio, Sez. III, 6 novembre 2009, n. 10891).

Sinteticamente, può affermarsi che si è di fronte ad un servizio strumentale dell'ente affidante ogni qualvolta si tratti di un servizio pubblico locale non reso direttamente in favore della collettività, ma fornito alle strutture gestite dall'ente affidatario, traducendosi, quindi, in un servizio di supporto o strumentale ad una diversa attività principale.

In altri termini, la strumentalità ricorre ogni qualvolta i beni o i servizi prodotti sono finalizzati a soddisfare direttamente l'esigenza dell'ente pubblico, mentre il servizio pubblico locale non strumentale è caratterizzato dalla circostanza di rivolgersi indifferentemente alla collettività, e dal ruolo degli enti territoriali che non si differenzia, nelle ipotesi di gestione *in house*, da quello dell'azionista nelle società per azioni.

* * *

L'art. 2 del decreto in commento introduce poi misure in tema di liberalizzazione.

La norma in realtà non contiene particolari novità rispetto alle disposizioni dell'art. 23 *bis*, prevedendo sostanzialmente che, in via generale, gli enti locali debbono limitare l'attribuzione di diritti di esclusiva potendosi procedere a tale attribuzione solo quando, in base ad un'analisi di mercato, l'iniziativa privata non risulti idonea e conveniente.

La norma sembra quindi, in via generale, sviluppare l'obbligo di esternalizzazione secondo i principi propri dell'art. 23 *bis*, consentendo di fatto il ricorso all'*in house* solo in esito ad una serie di adempimenti, e cioè la verifica da parte dell'ente locale circa l'inidoneità del ricorso al mercato, l'adozione di apposita delibera con la relativa istruttoria, l'invio all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato per la verifica dei presupposti ed, in particolare, l'emanazione del parere dell'*Authority* di cui in appresso si dirà.

La parte finale dell'art. 2 disciplina affidamento dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto attività rivolte a realizzare finalità sociali, nonché le limitazioni territoriali dei soggetti titolari di diritti di esclusiva.

* * *

L'art. 3 detta le norme procedurali per l'affidamento con procedura competitiva ad evidenza pubblica dei servizi pubblici aventi rilevanza economica.

Vengono in tal senso indicati una pluralità di criteri cui attenersi nella redazione del bando o dell'invito, sia con riguardo alle gare per l'affidamento a terzi *tout court* del servizio, sia in caso di gare a c.d. doppio oggetto, e cioè aventi ad oggetto la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

* * *

L'art. 4 prevede una deroga alla definitiva abrogazione, sottesa dall'art. 23 *bis*, degli affidamenti *in house* nel nostro ordinamento, consentendone, in ogni caso, l'esperibilità ove il detto affidamento risulti di importo inferiore ad Euro 200.000,00.

Con riferimento ai soli servizi del settore idrico, come dianzi anticipato, viene contemplata, indipendentemente dall'importo dell'affidamento, la possibilità del permanere degli attuali affidamenti *in house* (la norma lascia perplessi e meriterebbe ulteriori approfondimenti in ordine alla sua applicazione anche ad eventuali, nuovi affidamenti *in house* aventi ad oggetto il servizio idrico) quando questi risultano "virtuosi".

Viene, infatti, previsto che la gestione *in house* è ritenuta non distorsiva della concorrenza quando sia caratterizzata da:

- A) chiusura dei bilanci in utile;
- B) reinvestimento nel servizio di almeno l'80% degli utili;
- C) applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore;

Il perdurare degli attuali affidamenti *in house* è sottoposto al parere dell'Autorità Garante che deve tener conto delle suddette circostanze e del loro permanere allo scadere di ogni anno.

* * *

L'art. 5, sulla scorta del principio per cui la gestione *in house* presuppone che l'ente affidante e la società *in house* si configurino come unico centro di imputazione, introduce l'obbligo per i soggetti affidatari *in house* di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, di rispettare il cd. patto di stabilità

La norma, invero, ha una sua coerenza laddove si consideri che la giurisprudenza, anche comunitaria, riconosce una piena identificazione tra soggetto affidante e soggetto affidatario *in house* per il quale, come è noto, deve sussistere il requisito del controllo analogo, e quindi della mortificazione di ogni potere decisionale imprenditoriale in capo all'affidatario, della prevalente attività a favore dell'ente di riferimento e della totale natura pubblica del capitale sociale.

* * *

L'art. 6, poi, introduce un obbligo, che peraltro poteva già ritenersi pacifico, secondo cui le società *in house* e le società a partecipazione mista sono tenute all'applicazione per l'acquisto di beni e servizi delle disposizioni di cui all'art. 163/06, recante il Codice dei contratti pubblici.

La norma potrebbe far sorgere qualche problema interpretativo in quanto, da un lato, essa non fa riferimento all'esecuzione di opere, dall'altro, e soprattutto, perché nelle gare a doppio oggetto si potrebbe ritenere che qualora la società intenda acquisire dal proprio socio un bene o un servizio, essa debba, comunque, espletare una pubblica gara.

A parere di questo Servizio le perplessità testé delineate dovrebbero ritenersi infondate in quanto,

comunque, le società *in house* e quelle a partecipazione mista, pubbliche o private, per quanto attiene all'esecuzione di opere devono ritenersi riconducibili all'organismo di diritto pubblico, o al più al novero delle imprese pubbliche e, quindi, assoggettate al d.lgs. n. 163/06.

Ne discende che il legislatore nell'usare la locuzione "acquisto di beni e servizi" ha voluto palesemente ricomprendere anche l'esecuzione di opere che, in concreto, si traduce sempre in acquisizione di un bene.

Quanto al secondo profilo deve ritenersi che la norma vada interpretata nel senso che l'obbligo ed il rispetto del d.lgs. n. 163/06 scatta ogniqualvolta la società si rivolga all'esterno per l'acquisto di beni e servizi e non anche quando vi provveda a mezzo del socio privato scelto o a mezzo di gara a doppio oggetto.

* * *

L'art. 7 prevede che, in materia di assunzione del personale da parte di società *in house* e società miste, esse società adottano, con appositi regolamenti interni, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi a base delle procedure di reclutamento del personale della P.A., di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

Sempre sul punto permane qualche perplessità, meritevole di approfondimento, con riferimento all'introdotta obbligo del rispetto del patto di stabilità anche per le società *in house*.

In ogni caso, le norme sul reclutamento del personale non si applicano alle società quotate in mercati regolamentati.

* * *

L'art. 8 introduce i principi fondamentali in materia di rapporti tra enti affidanti e soggetti affidatari.

La norma sembrerebbe avere portata generalissima, e quindi riguardare gli affidamenti *in house*, gli affidamenti in favore di società miste e gli affidamenti a soggetti privati a mezzo gara.

Viene, infatti, introdotta una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e di indirizzo politico e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali.

Tale obiettivo viene raggiunto stabilendo una serie di incompatibilità tra amministratori, dirigenti e responsabili dell'ufficio dell'ente locale, e i soggetti che in concreto partecipano alla gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti.

Analogamente a quanto previsto dall'art. 84, d.lgs. n. 163/06, viene, tra l'altro, sancito il divieto di essere componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali per chi abbia svolto o svolga altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.

Vengono, tuttavia, fatte salve dall'applicazione delle incompatibilità e dei divieti disciplinati dall'art. 8, le nomine e gli incarichi conferiti precedentemente alla data del 27 ottobre 2010.

* * *

L'art. 9 sancisce il cd. principio di reciprocità, peraltro già presente nel nostro ordinamento in conformità dei principi comunitari.

* * *

L'art. 10 regola il destino di beni strumentali e delle pertinenze necessarie alla gestione del pubblico servizio nell'ipotesi di subentro di un gestore ad altro gestore in esito a gara o cessazione, nonché le modalità di corresponsione degli indennizzi nel caso in cui i beni non siano stati ammortizzati.

* * *

L'art. 11, richiamando vagamente principi propri della cd. "*class action*", introduce forme di tutela non giurisdizionali (vale a dire conciliative) per controversie che dovessero insorgere tra gruppi di utenti e gestori del servizio pubblico locale.

* * *

L'art. 12, infine, recante "Abrogazioni e disposizioni finali", indica le norme che debbono ritenersi abrogate.

La norma ha il pregio di definire compiutamente l'attuale ambito dell'art. 113 del T.U.E.L., d.lgs. n. 267/00, atteso che l'art. 23 *bis* si limitava a sancire che l'art. 113 era abrogato per le parti "non compatibili" con le disposizioni dell'art. 23 *bis*, lasciando così amplissimi margini di dubbio circa la portata della norma di cui al d.l. n. 112/08.

* * * * *

Nel restare a disposizione per l'invio del testo legislativo e per eventuali chiarimenti, l'occasione ci è gradita per porgere cordiali saluti.

Prof. Avv. Andrea Musenga
(responsabile del servizio)

