



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 24 maggio 2010

NUMERO AFFARE 02415/2010

OGGETTO:

Presidenza del Consiglio dei Ministri. Ministro per i rapporti con le Regioni.

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.

LA SEZIONE

Vista la relazione trasmessa con nota prot. n. 250/30/1/117 del 12 maggio 2010, con la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministro per i rapporti con le Regioni – ha chiesto il Parere al Consiglio di Stato sullo schema di d.P.R. indicato in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore ed estensore cons. Francesco Bellomo.

PREMESSO:

Con nota del 12 maggio 2010 la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministro per i rapporti con le Regioni - ha trasmesso per il prescritto parere lo schema di

regolamento in oggetto, adottato ai sensi dell'articolo 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e, in particolare, dei commi 4-bis e 10, come introdotti dall'articolo 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166.

Il predetto articolo 23-bis disciplina l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, atta a prevalere su quelle di settore non compatibili, con l'esclusione di quelli espressamente indicati al comma 1. Con il comma 10 del medesimo, il Governo è stato delegato ad adottare, su proposta del Ministro per i rapporti con le Regioni ed entro il 31 dicembre 2009, uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, nel rispetto dei principi e criteri direttivi individuati dalla citata disposizione di delega, prevedendo:

- a) l'assoggettamento degli affidatari *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;
- b) che, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;
- c) una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;
- d) l'armonizzazione della nuova disciplina e di quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per

l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;

e) abrogato

f) l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;

g) la limitazione, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, dei casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;

h) nella disciplina degli affidamenti, idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;

i) la disciplina, in ogni caso di subentro, della cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;

l) adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;

m) l'individuazione espressa delle norme abrogate ai sensi dell'articolo 23-bis.

A ciò si aggiunga che il comma 4-bis dello stesso articolo 23-bis ha demandato al regolamento l'individuazione delle soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4.

Lo schema di regolamento si compone di dodici articoli.

L'articolo 1 fissa l'ambito di applicazione del regolamento, che concerne i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Il comma 2 riprende il contenuto del comma 1-ter dell'articolo 15 del decreto-legge n. 135 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166 del 2009,

precisando che, con riguardo alla gestione del servizio idrico integrato, restano ferme l'autonomia gestionale del soggetto gestore, la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, nonché la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle risorse stesse.

Al comma 3, sempre per esigenze di chiarezza dell'ambito applicativo del regolamento, sono state riportate le esclusioni già contenute nel comma 1 dell'articolo 23-bis (servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164; servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239; servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422; la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475), inserendo anche i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti, già disciplinati dall'articolo 13, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

L'articolo 2, in attuazione della lettera g) del comma 10 dell'articolo 23-bis, prevede misure in materia di liberalizzazione, demandando, nel rispetto della legge, le ulteriori attività da effettuare a tal fine a cura degli enti locali e richiama l'applicazione di alcune disposizioni contenute nella legge istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (legge n. 287 del 1990).

L'articolo 3, comma 1, in attuazione della lettera d) del comma 10 del citato articolo 23-bis, prevede i parametri che le procedure competitive ad evidenza pubblica devono rispettare, analogamente a quanto già previsto dal comma 7, primo periodo, dell'articolo 113 del decreto legislativo n. 267 del 2000, che ha superato il vaglio della Corte costituzionale (sentenza n. 272 del 2004).

Il comma 2, anche tenuto conto dell'allegato ordine del giorno 9/2897/2, presentato presso l'Assemblea della Camera dei Deputati e accolto dal Governo nel corso dell'esame del disegno di legge AC 2987 di conversione in legge del

decreto-legge n. 135 del 2009, chiarisce che le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui all'articolo 23-bis, comma 2, lettera a), sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.

I commi 3 e 4 contengono alcune prescrizioni con riguardo all'indizione delle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali e in tema di contenuto del bando di gara o della lettera di invito, finalizzate a garantire il rispetto dell'assetto concorrenziale dei mercati interessati.

Il comma 4, in particolare, sempre al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, indica alcune prescrizioni specifiche per il bando di gara o la lettera di invito concernente la cosiddetta "*gara a doppio oggetto*".

Il comma 5 dell'articolo 3, analogamente a quanto già previsto dall'articolo 113, comma 11, del decreto legislativo n. 267 del 2000, demanda, infine, ai contratti di servizio la regolazione dei rapporti degli enti locali con i soggetti titolari della gestione dei servizi pubblici locali e con i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, nonché le penali e le misure sanzionatorie. Restano comunque ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

L'articolo 4, comma 1, 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'Autorità garante della concorrenza e del mercato previsto dal comma 4 dello stesso articolo 23-bis. In particolare, tale rilevanza si configura se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro. Il parere in questione è comunque richiesto, a prescindere dal valore economico del servizio, qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità.

Il comma 2 precisa, anche tenuto conto dell'allegato ordine del giorno 9/2897/7, accolto dal Governo in sede di conversione in legge dell'articolo 15 del decreto-legge n. 135 del 2009 presso l'Assemblea della Camera dei Deputati, che, nella richiesta del citato parere, esclusivamente per i servizi relativi al settore idrico, l'ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione "*in house*" non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali.

Il comma 3 stabilisce, inoltre, che, nel rendere il parere in questione, si tiene espressamente conto delle condizioni rappresentate ai sensi del comma 2 e dichiarate dall'ente affidante sotto la personale responsabilità del suo legale rappresentante.

Con il comma 4, si prevede che l'effettivo rispetto delle citate condizioni sia verificato annualmente dall'ente affidante, che invia gli esiti di tale verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e che, in caso negativo, anche su segnalazione della medesima Autorità, l'ente procede alla revoca dell'affidamento e al conferimento della gestione del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica.

L'articolo 5, in attuazione della lettera a) del comma 10 dell'articolo 23-bis, assoggetta al patto di stabilità interno gli affidatari cosiddetti "*in house*" di servizi pubblici locali ai sensi dell'articolo 23-bis, commi 3 e 4. Al comma 2, è stato, inoltre, previsto che gli enti locali siano responsabili dell'osservanza, da parte dei soggetti indicati al comma 1 al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno, mentre il comma 3 rinvia, per la definizione delle modalità e della modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti di cui al comma 1, al decreto interministeriale di cui all'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla

legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, adottato dal Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo n. 281 del 1997.

L'articolo 6, sempre in attuazione della lettera a) del comma 10 dell'articolo 23-bis, prevede che le società cosiddette "*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 all'articolo 23-bis, comma 2, lett. b), ossia alla possibilità di affidare il servizio a una società mista previa gara con doppio oggetto, e risponde anche a un'esigenza segnalata dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

L'articolo 7, sempre in attuazione della lettera a) del comma 10 dell'articolo 23-bis, con specifico riguardo all'assunzione di personale, rinvia a quanto previsto dall'articolo 18, commi 1 e 2, del decreto legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, rispettivamente, per le società "*in house*" e per le società miste a partecipazione pubblica di controllo affidatarie di servizi pubblici locali.

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:

a) 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;

- b) di alcuni divieti alla nomina di amministratore di società partecipate da enti locali;
- c) di alcune disposizioni per la nomina dei componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali, sulla falsariga anche di quanto previsto dal codice dei contratti pubblici (art. 84);
- d) 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.

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 di servizi pubblici locali.

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.

Si distingue a seconda se i beni strumentali e le loro pertinenze, necessari per la prosecuzione del servizio, siano stati interamente ammortizzati o meno, prevedendo, nel primo caso, che la cessione in favore del gestore subentrante avvenga a titolo gratuito e senza pesi e gravami, essendo stato il relativo investimento già ammortizzato in tariffa. Nella seconda ipotesi, è prevista la corresponsione, da parte del subentrante e a favore del precedente gestore, di un importo pari al valore contabile dei beni non ancora ammortizzati, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.

Si prevede poi che il detto importo vada indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione, in guisa da rendere conoscibile il dato a chi voglia partecipare alla nuova gara.

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. La procedura conciliativa viene avviata secondo uno schema-tipo di formulario allegato al regolamento. Il comma 3 precisa che, in materia, restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore.

L'articolo 12 contiene le abrogazioni e le disposizioni finali. Sono state indicate le specifiche disposizioni dell'articolo 113 del decreto legislativo n. 267 del 2000 e quelle dei singoli settori che sono state abrogate in quanto incompatibili con l'articolo 23-bis, nonché le disposizioni dello stesso articolo 113 abrogate in quanto oggetto di delegificazione.

Con riguardo al trasporto pubblico locale si è previsto che il presente regolamento si applica in quanto compatibile con le disposizioni del regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370.

Il comma 5, infine, prevede la clausola di salvaguardia delle competenze statutarie delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e Bolzano.

CONSIDERATO:

1. Trattandosi di un regolamento che, pur autorizzato a disporre la delegificazione della materia, ha nella sostanza il compito di attuare la riforma legislativa appena varata, occorre verificare la fedeltà alla fonte primaria e la coerenza con il sistema.

L'analisi del contenuto in precedenza effettuato consente di formulare un giudizio nel complesso positivo, essendo lo schema previsto teso a implementare – sia pure con i limiti che si diranno – i principi comunitari in materia di attività economiche, attinenti alla tutela della concorrenza e delle libertà fondamentali delle imprese, in principi il cui mancato rispetto ha provocato più volte in passato l'intervento accessorio della Commissione europea.

Il disegno legislativo rappresenta il punto di approdo di una lunga e tormentata evoluzione, di cui occorre dare conto per afferrare la cornice in cui si inserisce il regolamento.

In primo luogo deve riflettersi sulla specificità del fenomeno dei servizi pubblici all'interno delle autonomie locali.

E' noto il legame privilegiato tra i servizi pubblici e gli enti locali. Un'autonoma nozione di servizio pubblico, distinta dal concetto di funzione pubblica, si è delineata infatti ai primi del '900, in corrispondenza dei fenomeni di municipalizzazione dei servizi locali. Tale dato è riconducibile a ragioni storiche legate al ruolo svolto dai comuni come ente di riferimento delle comunità, che non è terminato con l'unificazione e la nascita dello Stato italiano.

Il legame che è stato rinforzato dall'ingresso degli enti locali nella Costituzione, e più tardi dall'affermazione del principio di sussidiarietà, oggi trova nuova linfa nella riformulazione del Titolo V della Costituzione, il cui art. 114 stabilisce che *“La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato”*, mettendo il Comune in posizione di primo piano nel perseguimento dei fini della Repubblica.

La centralità dell'ente locale emerge in modo cristallino dall'art. 118 Cost. e promana dalla valorizzazione del principio di sussidiarietà verticale. L'operatività del principio di sussidiarietà anche per i servizi pubblici è un postulato pacifico, che trova fondamento nell'interpretazione estensiva del testo dell'art. 118 Cost., su base sia testuale (posto che il termine *“funzioni amministrative”* indica propriamente i compiti che l'amministrazione è chiamata a svolgere) che sistematica (atteso che la ratio del principio, cioè attribuire la cura degli interessi della comunità ai livelli governo ad essa prossimi, si esplica perfettamente nel settore dei servizi pubblici).

D'altra parte numerose sono le fonti ordinarie in cui il principio di sussidiarietà è invocato come criterio generale di allocazione dell'azione degli enti territoriali,

anche con specifico riferimento ai servizi. Ciò emerge anche dal Protocollo sui servizi di interesse generale allegato al Trattato di Lisbona, che con riguardo a tale settore menziona quale valore comune all'Unione europea ai sensi dell'art. 16 del nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea *“il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti”*. Il collegamento tra servizi pubblici locali e principio di sussidiarietà opera anche in relazione alla dimensione orizzontale di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 118, comma 4 della Costituzione.

La prospettiva adottata dalla innovativa previsione, grazie agli impulsi provenienti dall'Unione europea, è il frutto di una nuova filosofia, che vede come irrinunciabile l'intervento del pubblico solo per le attività c.d. di spettanza necessaria, incentivando per il resto l'iniziativa privata, filosofia pur sempre ancorata all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 della Costituzione.

In sostanza, nell'attuale momento storico si registra un indirizzo volto a favorire in prima istanza l'iniziativa privata nell'erogazione dei servizi pubblici e, solo in caso di inefficacia dell'iniziativa privata, ad esaltare il ruolo delle istanze più vicine ai cittadini, cioè gli enti locali, che peraltro procedono ordinariamente allo svolgimento dei servizi loro spettanti tramite affidamento a terzi.

In particolare la giurisprudenza costituzionale (Corte cost. sentenza n. 272 del 2004) ha rilevato che *«il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale. L'accoglimento di questa interpretazione comporta, da un lato, che l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le*

modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di “rilevanza economica” e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali».

Ciò posto sul piano costituzionale, i referenti comunitari nella materia dei servizi economici vanno individuati anzitutto negli artt. 43, 49 e 86 del Trattato CE, trasfusi nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, mentre utili indicazioni sul piano teorico provengono dal “*Libro verde sui servizi di interesse generale*” (COM-2003-270) del 21 maggio 2003 della Commissione CE.

2. Come si è accennato, le vicende normative che riguardano i modelli di gestione dei servizi pubblici locali sono caratterizzate da un'evoluzione che inizia nel 1990 e che è approdata nella norma di cui il regolamento costituisce attuazione. Evoluzione in larga parte imposta dall'esigenza di applicare i principi a tutela della concorrenza, complicata dalla diffusione nel settore dei servizi pubblici locali di varie forme di sinergia tra pubblico e privato.

Difatti, all'articolo 22 della legge di riforma delle autonomie locali del 1990, n. 142 ha fatto seguito l'art. 113 del TUEL, in cui era confluita, con modifiche, la precedente disciplina. Ma tale disposto normativo è stato oggetto delle censure della Commissione europea, che ha contestato a più riprese il contrasto della normativa nazionale con i principi comunitari di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento. Su tale punto con la comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000 la Commissione ha inoltre precisato che seppure prive di compiuta definizione nel Trattato CE le concessioni di servizi «*nella misura in cui si configurano come atti dello Stato aventi per oggetto prestazioni di attività economiche o forniture di beni, sono soggette alle norme conferenti del trattato e ai principi sanciti in materia dalla giurisprudenza della Corte*».

Al fine di sottrarsi alle censure comunitarie il legislatore ha riformulato l'art. 113 d.lgs. n. 267 del 2000 con l'art. 35 legge n. 448 del 2001 (“*Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale*”).

Tale disposizione è profondamente innovativa, fondandosi su cinque elementi: distinzione tra servizi di rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale; vincolo pubblico alla proprietà delle reti; possibilità di separazione tra gestione delle reti e gestione del servizio; previsione di due modelli di gestione della rete, individuati nell'affidamento diretto a società partecipata e nell'affidamento competitivo a impresa terza; previsione di un unico modello di gestione del servizio, individuato nella società di capitali scelta a seguito di gara pubblica. La norma è stata affinata poco dopo, mediante l'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326.

La riforma dell'art. 113, ancora vigente, sostituisce la dizione servizi di rilevanza industriale con quella di servizi di rilevanza economica e puntualizza i tre oggetti della disciplina: la proprietà delle reti, la gestione della rete e l'erogazione del servizio.

La riforma peraltro non ha sciolto tutti i nodi relativi in specie ai modelli societari per la gestione dei servizi e, segnatamente, alle società miste e alle società *in house* così rendendo inevitabile un nuovo intervento legislativo, comunque imposto dalla necessità di un adeguamento complessivo della disciplina. A tanto ha provveduto l'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 e modificato dall'articolo 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166.

Nel comma 1 si chiarisce che il riordino è finalizzato a 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.

Il comma 2, come modificato dal citato articolo 15 della legge n. 166 del 2009, ha stabilito che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di:

a) 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) società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante specifiche procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, e che al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

Il comma 3 consente, tuttavia, una deroga alle predette modalità ordinarie, nel caso di 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. In tali casi 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 *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.

Il comma 4 delinea il percorso per addivenire ad un affidamento diverso da quello ordinario, stabilendo che, ricorrendo i presupposti di cui al comma 3, obbliga

l'ente affidante a dare adeguata pubblicità alla scelta e a motivarla in base a un'analisi del mercato, che andrà vagliata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato alla quale le amministrazioni dovranno trasmettere una relazione, sugli esiti della predetta verifica, per l'espressione di un parere preventivo sui profili di competenza; il parere in questione deve essere reso entro sessanta giorni dalla ricezione della detta relazione e, in caso di mancata espressione del parere entro tale termine, è previsto il silenzio assenso.

Il comma 5 prevede la possibilità di affidare la gestione delle reti, ferma la loro proprietà pubblica, a soggetti privati.

Il comma 8 detta la disciplina transitoria.

Il comma 11 prevede l'abrogazione, nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui allo stesso art. 23-bis, dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

3. Definito il quadro di riferimento, può passarsi all'esame delle singole disposizioni del regolamento che pongono problemi.

Articolo 2, comma 1.

La disposizione si occupa delle misure di liberalizzazione relative ai servizi di interesse generale, demandando agli enti locali la verifica circa la possibilità di aprire l'attività alla concorrenza e limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva.

La rilevanza della questione – del tutto evidente, alla stregua delle considerazioni fin qui svolte – avrebbe richiesto criteri puntuali e definiti, essendo ben nota la riluttanza degli enti locali a procedere su questa strada. Non a caso il criterio di delegificazione (la lett. g) del comma 10) richiede di “*limitare ... i casi di gestione in regime di esclusiva*”.

A ciò non provvede di certo l'articolo in questione che si limita a rimettere la scelta agli enti locali senza fornire un quadro di riferimento concreto legato ai dati

economici di mercato. Pertanto, in mancanza di più precisi elementi tecnico-economici, si suggerisce quantomeno di modificare la disposizione come segue:

“1. Gli enti locali verificano 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, in base ad una analisi di mercato, 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.

2. All'esito della verifica l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

3. Alla delibera di cui al comma precedente è data adeguata pubblicità; essa è inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287.

4. La verifica di cui al comma 1 è effettuata entro dodici mesi dall'entrata in vigore del regolamento e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali; essa è comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi.”.

Articolo 3, comma 5.

La disposizione riproduce quella contenuta dell'articolo 113, comma 11 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, di cui è disposta l'abrogazione. Poiché detta norma si riferisce ai contratti di servizio, cioè a materia propria delle fonti primaria, che ha dei riflessi anche sul riparto di giurisdizione, si segnala l'opportunità di mantenere inalterato sul punto l'assetto vigente, con conseguente esclusione dell'abrogazione.

Articolo 4, comma 1.

La disposizione fissa la soglia di rilevanza degli affidamenti di servizi pubblici locali in deroga ai fini dell'espressione del parere di cui all'articolo 23-bis, comma 4, nella somma di 200.000,00 euro annui (il che significa importi totali anche di molto superiori), ovvero, a prescindere dal valore economico del servizio, nell'essere la popolazione interessata superiore a 50.000 unità. L'impatto di tale previsione risulta irrazionale: da un lato sarebbero assoggettati al parere gli affidamenti di servizi di modesto valore economico nei comuni con popolazione superiore a 50.000 persone; dall'altro vi sarebbero sottratti la maggior parte dei servizi locali affidati dai comuni di piccole e medie dimensioni. Il primo effetto produce un inutile sovraccarico dell'Autorità garante, il secondo contrasta con la funzione del parere di cui all'articolo 23-bis, comma 4, che è di garantire l'eccezionalità dell'affidamento diretto, attraverso uno scrutinio di tipo tecnico sulle scelte dell'ente locale, sovente guidate da motivazioni politiche. Pertanto si indica di modificare il testo come segue: *“Il parere di cui all'articolo 23-bis, comma 4, è obbligatorio se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di: a) 200.000,00 euro annui, qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità; b) 50.000 euro annui, qualora la popolazione interessata non sia superiore a 50.000 unità”*.

Articolo 7.

La disposizione ha ad oggetto le modalità di assunzione del personale da parte delle società a capitale pubblico affidatarie di servizi locali.

Come è noto, la situazione preesistente all'art. 23-bis è caratterizzata, in assenza di una disciplina specifica, dall'applicazione delle regole elaborate dalla giurisprudenza in tema di società pubbliche che gestiscono attività di interesse generale, regole per le quali è utile fare riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di Stato e in particolare al ricco filone della sezione VI – inaugurato a metà anni '90 (decisione n. 498/95), e cristallizzato nella pronuncia n. 1478/98 –. Essa riconosce in capo agli enti sottoposti a privatizzazione formale e provvisti degli indici propri della

nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico la natura di soggetti strumentali dell'ente pubblico di appartenenza e quindi delinea sistematicamente la giurisdizione amministrativa di legittimità nelle procedure dell'evidenza pubblica per la stipulazione di contratti. Tale orientamento, tuttavia, è maturato nell'ambito di un quadro normativo fortemente influenzato dal diritto comunitario, a tutela della libera circolazione dei servizi e della concorrenza, che consente di qualificare l'attività di scelta del contraente come funzionalizzata ed espressione di poteri di stampo pubblicistico, siccome preordinati al perseguimento degli interessi generali. Ciò non può dirsi, invece, per la selezione del personale, che è stata considerata attività di organizzazione di stampo privatistico, essendo preordinata alla provvista di mezzi umani attraverso cui la società per azioni esercita la sua impresa.

Si è ritenuto che in questo settore manchino norme che, obbligando il soggetto giuridico ad uniformarsi alle procedure di evidenza pubblica, consentano di qualificarne l'attività come riconducibile allo schema norma-potere-effetto, da cui inferire la natura di interesse legittimo delle posizioni soggettive dei privati e il conseguente radicamento della giurisdizione amministrativa di legittimità secondo i comuni criteri di riparto, fissati dagli artt. 103 e 113 Cost. e dalle leggi ordinarie.

Tali conclusioni vanno peraltro vagliate alla luce di rilevanti novità normative.

L'art. 18 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, ha stabilito che: *“1. A decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica 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 decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. 2. Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento*

degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.”.

Contemporaneamente l'art. 23-bis di tale decreto, al comma 10 lett. a), ha previsto come criterio del regolamento l'osservanza da parte delle società *in house* (nel testo anteriore al d.l. 25 settembre 2009, n. 135, società titolari di affidamenti diretti) 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”*.

In termini più generali la recente riforma della legge n. 241 del 1990 ha introdotto nell'art. 1), il comma 1-ter (*“I soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1”*), e se è vero che tale disposizione – secondo la tesi prevalente – non costituisce un fondamento all'imputazione di tutte le regole della funzione amministrativa ai soggetti che svolgono attività oggettivamente volte al perseguimento dell'interesse generale, tuttavia riconosce che, anche ove svolta dai privati, l'attività amministrativa – definibile come tale in base al settore normativo di riferimento – sia assoggettata ai principi generali della materia.

In questo nuovo quadro normativo per l'assunzione del personale assumono una pregnante valenza anche i principi costituzionali, fissati dall'art. 97 e dall'art. 98 della Costituzione. Nella logica dell'amministrazione *«di risultato»*, che non distingue più tra erogazioni di atti e di servizi, in quanto agisce sempre e comunque al servizio del cittadino e, con accenti tipici della società moderna, per la soddisfazione dell'utente, le società controllate dall'ente pubblico che erogano servizi pubblici devono impiegare selezioni imparziali, trasparenti, pubbliche, ancorate a sistemi oggettivi e predeterminati, a garanzia non solo di chi vi partecipa, ma anche dei terzi, destinatari dell'attività societaria. In sostanza anche per le società a partecipazione pubblica che erogano servizi di interesse generale si pone l'esigenza di adottare procedure di assunzione idonee a selezionare secondo

criteri di merito e di trasparenza i soggetti chiamati allo svolgimento dei compiti loro affidati.

Al contrario, il regolamento si limita a rinviare alla stessa fonte primaria cui appartiene la norma da attuare, con ciò, lungi dal garantire la coerenza del sistema, finisce per duplicare le fonti, assegnando a quella di rango regolamentare la stessa funzione di quella primaria, come e il legislatore fosse intervenuto due volte (articoli 18 e 23-bis) nella stessa materia.

Sullo sfondo di tale difetto formale, emerge un più grave difetto sostanziale: la disposizione, utilizzando la tecnica del rinvio all'art. 18 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 commi 1 e 2, ne recepisce il contenuto, che differenzia la disciplina delle società a capitale pubblico totale che gestiscono servizi dalle altre società partecipate a maggioranza da enti pubblici. Tale distinzione non è trasferibile al caso in esame, per due ordini di ragioni: in primo luogo perché attiene a società il cui elemento comune non è la gestione di servizi pubblici, ma la partecipazione al capitale di enti pubblici; in secondo luogo perché la norma di delega non contiene alcun discrimine tra società *in house* e società miste, stabilendo che entrambe debbano applicare procedure di evidenza pubblica per l'assunzione di personale. Pertanto la disposizione deve essere riformulata come segue: *“Le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali 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 decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Il presente articolo non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.”*

Articolo 8, comma 8.

La deroga al divieto di far parte della commissione di gara per i dipendenti dell'ente locale che la indice nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale stesso deve essere eliminata: si tratta di una macroscopica violazione del principio di imparzialità, che non può essere in alcun

modo tollerata, tanto meno in ragione delle limitate dimensioni dell'ente locale, cui si può rimediare in altro modo.

In sede di stesura definitiva il Governo dovrà prestare cura alle emende formali, eliminando la locuzione “*cosiddetto*” dalla espressione “*in house*” (impiegata nella legge e non richiedente chiarificazioni) e sostituendo termini inappropriati o formule non confacenti all'uso normativo, come codificato nella circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 2 maggio 2001, n. 1/1.1.26/108888/9.92).

P.Q.M.

Esprime parere favorevole con osservazioni ed a condizione che siano modificate le disposizioni di cui agli articoli 2, comma 1; 4, comma 1; 7; 8, comma 8.

L'ESTENSORE
Francesco Bellomo

IL PRESIDENTE
Giancarlo Coraggio

IL SEGRETARIO

Licia Grassucci