

Prima nota di lettura delle disposizioni del decreto legge del 13 agosto 2011, n. 138 in materia di adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica al risultato del referendum popolare ed alla normativa dell'unione europea.

Gli articoli 4 e 5 del dl 138/2011 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 188 del 13 agosto 2011 ed entrato in vigore il giorno stesso, contengono alcune disposizioni inerenti l'adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica al risultato del referendum popolare del giugno scorso, che aveva abrogato le norme dell'articolo 23 bis del dl 112/2008 smi, ed alla normativa dell'unione europea.

Le disposizioni dell'**articolo 4**, composto da 35 commi, ripropongono molte delle norme già contenute nell'ex articolo 23 bis del dl 112/2008 smi, abrogato dal referendum e, quasi interamente, le disposizioni contenute nell'ex dpr 168/2010 di attuazione dello stesso 23 bis, anch'esso implicitamente abrogato dalla recente pronuncia popolare.

Il **comma 1** dispone che i Comuni debbano verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva – laddove non previsti per legge – ai soli casi in cui l'iniziativa economica privata, in base ad una analisi di mercato, non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Ove dunque non sussista l'opportunità di conservare un regime di esclusiva, gli enti locali sono tenuti a liberalizzare le attività economiche, compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità dei servizi.

Il **comma 2** prevede che l'ente locale, debba adottare una “delibera quadro” nella quale si dia motivato conto dell'istruttoria compiuta; si evidenzino, per i settori nei quali si sia mantenuto un regime di esclusiva, i fallimenti del mercato e, contestualmente, i benefici, per la collettività locale, derivanti dalla scelta compiuta dall'ente locale; benefici in termini stabilizzazione, sviluppo ed equità sociali.

Il **comma 3** prevede che alla succitata delibera sia data adeguata pubblicità e che sia trasmessa all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ai fini della relazione al Parlamento.

Il **comma 4** prevede che la prima attività di verifica di cui al comma 2 sia effettuata dagli enti locali entro un anno dall'entrata in vigore del decreto, quindi entro il 13/8/2012, e poi periodicamente, secondo la tempistica prevista dell'ente stesso.

In ogni caso, essa va comunque fatta prima di procedere all'affidamento e al rinnovo della gestione dei servizi.

Il **comma 5** prevede che per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici a fini sociali oltre che per promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità, gli enti locali definiscono, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche per le aziende erogatrici, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe, e delle specifiche disponibilità di bilancio.

Il **comma 6** prevede che nel caso in cui l'ente affidi in esclusiva una 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).

Secondo il **comma 7**, se i gestori di servizi pubblici locali, titolari di diritti di esclusiva, intendono svolgere attività anche in altri mercati, allora devono applicare le disposizioni di cui all'articolo 8

commi 2 bis e 2 quater della legge 287/90 (devono procedere attraverso una società separata e devono rendere accessibili anche a soggetti terzi, beni o servizi fruiti nell'ambito del regime di esclusiva).

Il **comma 8** dispone che nel caso in cui l'ente locale, a seguito della succitata verifica attribuisca diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali debba avvenire di norma in favore di imprenditori o di società, in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica sulla base di standard definiti dall'Autorità di settore o dall'ente locale.

Il **comma 9** prevede che, in assenza di specifici divieti di legge, alle gare possono partecipare anche le società a capitale interamente pubblico.

Il **comma 10** dispone che le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono partecipare alle gare per l'affidamento di servizi pubblici locali a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi.

Il **comma 11** elenca i contenuti essenziali e minimi del bando di gara o della lettera d'invito. In particolare, 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 (lett. a); che sia garantito il *favor participationis* (lett. b) e che la durata dell'affidamento non possa essere superiore al periodo di ammortamento degli investimenti (lett. c).

Alla lettera d) è previsto 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.

Le lettere e) ed f) contengono indicazioni in materia di composizione e nomina della commissione di valutazione delle offerte, e in materia di cessione dei beni in caso di subentro (materia disciplinata dai successivi commi 29 e 30).

La lettera g), infine, impone che il bando sancisca l'adozione della carta dei servizi da parte dell'ente gestore al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.

Il **comma 12** interviene sulla gara per la scelta del socio privato, c.d. "a doppio oggetto", nel caso di affidamento a società miste prevede che in sede di gara al socio deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento di capitale, con l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

In tal caso il bando o la lettera di invito, oltre alle previsioni di cui al precedente comma 11, di norma, deve dare prevalenza, nella valutazione delle offerte, ai criteri basati su qualità e corrispettivo del servizio, piuttosto che sul prezzo delle quote societarie; deve prevedere che il socio privato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata dello stesso, pena risoluzione del contratto, con conseguente riassegnazione; deve contemplare altresì le modalità e i criteri per liquidare la partecipazione del socio alla scadenza dell'affidamento.

Il **comma 13** dispone che, in deroga a quanto previsto ai commi precedenti, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "*in house*" se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento stesso è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui.

Il **comma 14** prevede il rispetto del Patto di stabilità interno per le società in house - costituite ai sensi della disciplina derogatoria di cui al comma precedente - secondo le modalità da definirsi, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n.112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. La disposizione pone in capo ai Comuni che partecipano al capitale la vigilanza sul rispetto dei vincoli del patto da parte di queste ultime società.

Il **comma 15** sancisce che sia le società *in house* che quelle miste, per l'acquisto di beni e servizi, devono applicare le disposizioni previste nel c.d. Codice dei Contratti e degli Appalti (d.lgs. 163/2006 s.m.i.).

Il **comma 16** dispone che - in deroga al regime ordinario di applicazione del succitato Codice dei Contratti e degli Appalti - le società miste, il cui socio sia stato scelto attraverso la c.d. gara a doppio oggetto, limitatamente alla gestione del servizio per il quale sono state specificamente costituite, non sono tenute ad applicare le disposizioni del Codice Appalti, (articolo 32 comma 3 del d.lgs. 163/2006), fermo restando che il socio privato deve avere i requisiti di qualificazione previsti dallo stesso Codice Appalti in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita e che la società provveda direttamente alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo (altre condizioni previste dallo stesso comma 3 del d. lgs. 163/2006, lettere 2) e 3)).

Il **comma 17** prevede che - fermo restando quanto previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, primo e secondo periodo, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni - le società a partecipazione pubblica, quindi sia *in house* che miste, che gestiscono servizi pubblici locali, devono adottare propri 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. Lgs. 165/2001 s.m.i.. Tali società dovrebbero quindi dotarsi di regolamenti che contengano criteri per attuare procedure selettive per l'assunzione di personale e l'affidamento di incarichi, tenendo conto dei principi su indicati.

Fino all'adozione dei predetti provvedimenti, è fatto divieto di procedere al reclutamento di personale ovvero di conferire incarichi.

Le disposizioni dell'articolo non si applicano alle società quotate.

Il **comma 18** individua, quale titolare della verifica del rispetto del contratto di servizio nonché di ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso - nel caso in cui la gestione sia affidata a società *in house* ed a società partecipate dall'ente locale affidante - il collegio dei revisori dell'ente locale stesso. Sono fatte salve le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Il **comma 19** ripropone le disposizioni relative alla complessa materia delle incompatibilità tra funzione di gestione e funzione di regolazione nel settore dei servizi pubblici locali.

La norma dispone che gli amministratori, i dirigenti ed i responsabili 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, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto vige anche se le funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Le società quotate applicano invece la disciplina prevista dal mercato borsistico.

Il **comma 20** estende il divieto del comma precedente a coniuge, parenti ed affini entro il quarto grado dei succitati soggetti nonché a 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.

Il **comma 21** esclude la possibilità di nominare amministratore di società partecipate, negli enti che detengono quote di partecipazione nella stessa società, coloro che siano stati, nel triennio precedente: Sindaci, anche metropolitani, Presidenti delle Province, Consiglieri di Comuni anche metropolitani e di Province, componenti delle Giunte comunali, metropolitane e provinciali, Presidenti dei consigli comunali, metropolitani e provinciali, Presidenti, Consiglieri ed Assessori delle Comunità Montane, componenti degli organi delle Unioni di Comuni e dei consorzi fra enti locali, nonché componenti degli organi di decentramento (cariche comprese nel richiamato art. 77 del TUEL).

Il **comma 22** prevede che i componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto né possono svolgere nessun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.

I **commi 23, 24, 25 ed 26** sanciscono le incompatibilità per la nomina della commissione di gara prevedendo che chiunque, nel biennio precedente, abbia ricoperto la carica di amministratore, come su indicata, non possa essere nominato componente della commissione di gara, relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

In particolare il **comma 26** prevede che se alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell'ente locale stesso.

Il **comma 27** infine dispone che le citate incompatibilità vigono a partire dagli incarichi conferiti dopo l'entrata in vigore del Regolamento.

Il **comma 28** interviene sulla proprietà della rete e dispone che, fermo restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

Il **commi 29, 30 e 31** disciplinano la cessione dei beni in caso di subentro, alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata.

Il **comma 29** prevede l'obbligo del gestore uscente di cessione, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami, a quello subentrante, dei beni strumentali e delle loro pertinenze, necessari – in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili - per la prosecuzione del servizio, come individuati, dall'ente affidante ai sensi del comma 11, lettera f), lettera f) del decreto.

Se, al momento della cessazione della gestione, tali beni non sono stati interamente ammortizzati, previsione contenuta nel **comma 30**, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, da indicare nel bando di gara o lettera d'intenti (come previsto nel comma 11), al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi. Sono fatte salve le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del regolamento.

L'importo di cui al comma precedente è indicato, come disposto dal **comma 31**, 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.

Il **comma 32** reintroduce un regime transitorio per gli affidamenti in essere rispetto alle condizioni indicate nel decreto.

La norma fa salvo quanto previsto dall'articolo 14, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 e successive modificazioni, quindi le disposizioni di questo comma non si applicano alle società dei Comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti, soggetti al divieto di costituzione di società ed a quelli con popolazione compresa fra 30.000 e 50.000 abitanti che possono detenerne solo una. Ferma restando l'esigenza che un Decreto interministeriale definisca nel dettaglio i criteri di questa norma e le modalità di liquidazione.

La norma stabilisce quindi che il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto previsto dal decreto è il seguente:

a) il 31 marzo 2012 cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, gli affidamenti diretti *in house* per servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di 900.000 euro annui (prevista al comma 13) nonché gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi di cui alle successive lettere da b) a d);

b) il 30 giugno 2012 cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, se la selezione del socio pur avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, non ha avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi (quindi sembra tutti non più specifici) connessi alla gestione del servizio;

c) alla scadenza prevista nel contratto di servizio, le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata con selezione del socio avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, e al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio;

d) per le società quotate è reintrodotta integralmente il regime transitorio previsto dal c.d. decreto Ronchi: gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa alla 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% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% 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.

Il **comma 33** ripropone alcuni divieti per le società affidatarie dirette.

La norma dispone che 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 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 12, 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 alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, nonché al socio selezionato ai sensi del comma 12.

È previsto che 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.

Il **comma 34** esclude dall'applicazione delle disposizioni sin qui commentate, quindi dall'intera disciplina dell'articolo 4 i seguenti settori:

- del servizio idrico integrato (per il quale non è citata la normativa di riferimento), tranne che per la parte relativa alle incompatibilità di cui ai commi da 19 a 27;
- del servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164;
- del servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239;
- del servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422;
- della gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475.

Il **comma 35** fa salve le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del decreto, quindi fino al 13 agosto 2011.

L'Articolo 5 del dl 138/2011, composto da un solo comma, contiene alcune disposizioni in materia di società municipalizzate prevedendo alcuni incentivi per gli enti territoriali che dismettono le proprie partecipazioni in tali società.

La norma dispone che una quota del Fondo infrastrutture, di cui all'art. 6-quinquies del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, fino a 250 milioni di euro sia per l'anno 2013 che per l'anno 2014, sia destinata, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, ad investimenti infrastrutturali effettuati dagli enti territoriali che procedano, rispettivamente, entro il 31 dicembre 2012 ed entro il 31 dicembre 2013, alla dismissione di partecipazioni azionarie in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, ad eccezione del servizio idrico.

Tale quota non può essere superiore ai proventi della dismissione effettuata e le spese effettuate a valere sulla stessa sono escluse dai vincoli del patto di stabilità interno.

L'effettuazione delle dismissioni deve essere comunicata ai predetti Dicasteri.