

Ordine degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti, Conservatori della provincia di Verona

Da: Info - Grimaldi e Associati [info@grimaldieassociati.com]

Inviato: martedì 11 gennaio 2011 15.00

A: Info - Grimaldi e Associati

Oggetto: Newsletter GeA - La riforma dei Servizi Pubblici Locali dopo l'adozione del DPR n. 168/2010

Allegati: GeA Newsletter_La riforma dei Servizi Pubblici Locali dopo il DPR 168-2010.pdf

Lo studio legale Grimaldi e Associati è lieto di trasmettere un nuovo numero della *Newsletter GeA*, dedicato alla riforma impressa al settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica per effetto dell'adozione del *Regolamento attuativo dell'art. 23-bis della Legge n. 133/2008* (D.P.R. n. 168 del 7 settembre 2010), il quale mira a delineare una nuova disciplina organica, improntata ad una maggiore liberalizzazione del settore.

Qualora non si fosse interessati a ricevere ulteriori numeri della *Newsletter*, si prega di rispondere alla presente e-mail con un messaggio vuoto.

Distinti saluti

GRIMALDI E ASSOCIATI



LA RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI IN ITALIA

**Le principali novità apportate dal D.P.R. n. 168 del 7 settembre 2010
(Regolamento di attuazione dell'art. 23-bis della Legge n. 133/2008)**

I. INTRODUZIONE

Con la pubblicazione dell'atteso Regolamento attuativo dell'art. 23-bis della Legge n. 133/2008 (di seguito il "**D.P.R. n. 168/2010**" o il "**Regolamento**")¹, si è conclusa una nuova tappa del lungo processo di riforma del quadro normativo attinente all'affidamento ed alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.²

Tale materia, in precedenza disciplinata dall'art. 113 del Decreto Legislativo n. 267/2000 (di seguito "**TUEL**"), è stata profondamente innovata dall'introduzione dell'art. 23-bis del

Decreto Legge n. 112/2008, poi convertito con modificazioni dalla Legge n. 133/2008.

L'art. 23-bis, ulteriormente modificato dall'art. 15 della Legge n. 166/2009, ha inteso delineare una nuova disciplina organica dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in conformità all'ordinamento dell'Unione europea, improntata ad una maggiore liberalizzazione del settore.

In proposito, il comma 2 dell'art. 23-bis prevede, infatti, che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba avvenire "*in via ordinaria*" mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. Ai sensi del comma 3 della stessa disposizione, l'affidamento *in house* (senza espletamento di procedure di gara) è ammesso quale "*deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2*", in presenza 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*".

L'operatività della disposizione era condizionata all'adozione da parte del Governo di "*uno o più atti regolamentari*", i quali avrebbero dovuto dare attuazione ai principi ed alle finalità stabiliti

(1) Decreto del Presidente della Repubblica n. 168 del 7 settembre 2010 n. 168, *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*, in Gazz. Uff. 12 ottobre 2010, n. 239.

(2) La nozione di "servizi pubblici locali di rilevanza economica" ("SPL") rientra nella più ampia categoria dei "servizi di interesse economico generale" ("SIEG") conosciuta dall'ordinamento dell'Unione europea ai sensi dell'art. 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. In diritto italiano, la nozione di SPL indica, in particolare, i SIEG esercitati nell'interesse delle comunità locali. Il "contenuto omologo" delle due nozioni è stato, da ultimo, riconosciuto dalla sentenza della Corte cost., n. 325 del 3 novembre 2010, in Gazz. Uff. del 24 novembre 2010.

dal comma 10 dell'art. 23-bis. Nell'ambito di tale delega è stato, dunque, adottato il D.P.R. n. 168/2010 in commento il quale, in seguito alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, è entrato in vigore il 27 ottobre 2010.

II. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA RIFORMA

L'art. 23-bis, secondo quanto disposto dal comma 1, disciplina l'affidamento e la gestione dei "servizi pubblici locali di rilevanza economica" (di seguito i "SPL"). Tale categoria include i servizi "aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale"³.

Secondo quanto previsto dall'art. 23-bis e confermato dall'art. 1 del Regolamento, sono esclusi dall'ambito di applicazione delle disposizioni in commento (e, quindi, rimangono disciplinati dalle relative normative di settore) le seguenti attività:

- la distribuzione del gas naturale;
- la distribuzione di energia elettrica;
- il trasporto ferroviario regionale;
- la gestione delle farmacie comunali;
- lo svolgimento di servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti

(3) Si tratta della definizione fornita dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") nella *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 23-bis del Decreto Legge n. 112/2008, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133*, adottata con delibera del 16 ottobre 2008.

affidanti di cui all'art. 13, comma 1, del Decreto Legge n. 223 del 4 luglio 2006, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 248 4 agosto 2006, n. 248⁴.

III. LE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DEI SPL

Il punto centrale della riforma, come anticipato, attiene alle modifiche introdotte al regime di affidamento dei SPL rispetto alla previgente disciplina dettata dall'art. 113 TUEL e, in particolare, al riconoscimento dell'*in house providing* quale modalità eccezionale rispetto al principio generale dell'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica.

Il legislatore della riforma ha previsto tre differenti modalità di affidamento dei SPL: le prime due, disciplinate dal comma 2 dell'art. 23-bis, definite "ordinarie" e caratterizzate dal ricorso a procedure di evidenza pubblica; una terza riconosciuta dal comma 3 dell'art. 23-bis, *in deroga* alle modalità ordinarie, caratterizzata, invece, dalla possibilità di procedere ad affidamento diretto secondo il modello *in house*.

- Le modalità "ordinarie"

Il comma 2 dell'art. 23-bis individua le due differenti tipologie "ordinarie" di affidamento mediante ricorso a "*procedure competitive ad evidenza pubblica*". La disposizione prevede che il conferimento della gestione dei SPL possa avvenire "*in via ordinaria*":

(4) L'art. 13, comma 1 del Decreto Legge n. 223/2006 fa riferimento, in particolare, alle "*società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività*".

- a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante “*procedure competitive ad evidenza pubblica*”. Dette procedure dovranno, in particolare, assicurare il rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici quali, in particolare, i principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;
- b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica rette dai principi sopra citati. Dette procedure dovranno, inoltre, avere ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Infine, si richiede che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.

Tra le disposizioni di carattere generale riguardanti le procedure di affidamento ordinaria, può essere segnalato l’art. 3 del Regolamento. Tale norma individua, oltre ad una serie di *standard* a cui le procedure di affidamento ordinario devono essere improntate, i requisiti del relativo bando di gara o della lettera di invito. Il comma 2, inoltre, riconosce esplicitamente (salvo l’esistenza di specifici divieti *ex lege*) la possibilità per la società a capitale interamente pubblico di partecipare alle procedure ad evidenza pubblica per l’affidamento di servizi pubblici locali.

- *L’eccezione: l’affidamento in house*

In deroga alle modalità definite dal comma 2, il comma 3 dell’art. 23-*bis* individua i presupposti in presenza dei quali risulta ammissibile in via eccezionale la gestione *in house* del servizio:

- a) si richiede, in primo luogo, la presenza di situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettano un efficace ed utile ricorso al mercato;
- b) l’affidamento deve avvenire in favore di società totalmente partecipate dall’ente locale;
- c) vi è la necessità che tali società presentino i requisiti richiesti dall’ordinamento dell’Unione europea ai fini dell’ammissibilità della gestione *in house* (ossia (i) l’ente titolare del capitale sociale deve esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e (ii) la società deve realizzare la parte più importante della propria attività con l’ente che la controlla)⁵.

(5) Sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea, 18 novembre 1999, *Teckal*, causa C-107/98, Racc. 1999, pag. I-8121; 11 gennaio 2005, *Stadt Halle e RPL Lochau*, causa C-26/03, Racc. 2005, pag. I-1; 21 luglio 2005, *Coname*, causa C-231/03, Racc. 2005, pag. I-7287; 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Racc. 2005, pag. I-8585; 11 maggio 2006, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, C-340/04, Racc. 2006, pag. I-4137; 19 aprile 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, C-295/05, Racc. 2007, p. I-2999; 8 aprile 2008, causa C-337/05, *Commissione/Italia*, Racc. 2008, pag. I-2173; 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Racc. 2008, pag. I-8457; 16 luglio 2009, *Gómez-Limón Sánchez-Camacho*, C-537/07, Racc. 2009, pag. I-6525; 10 settembre 2009, *SEA*, causa C-573/07, Racc. 2009, pag. I-8127.

- *L'iter procedurale per l'affidamento dei SPL*

La riforma ha, inoltre, delineato il complesso *iter* procedurale che gli enti locali dovranno seguire all'atto del conferimento o del rinnovo della gestione di un SPL.

Secondo quanto disposto dall'art. 2 del Regolamento, infatti, detto affidamento deve essere preceduto da un'analisi di mercato diretta a verificare la "*realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali*". L'esito di tale esame deve essere cristallizzato in una delibera quadro dell'ente locale affidante.

I successivi adempimenti dipendono dall'esito della verifica e, quindi, dal tipo di affidamento che l'ente locale, sussistendone i requisiti, si determini a privilegiare.

Nel caso in cui l'ente locale decida di ricorrere ad un affidamento secondo le modalità ordinarie previste dal comma 2 dell'art. 23-*bis*, la delibera quadro, prodromica all'adozione del bando di gara o della lettera di invito, deve essere fatta oggetto di adeguata pubblicità ed inviata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito "**AGCM**") a titolo di comunicazione.

Diversa, invece, l'evoluzione della procedura nel caso in cui la summenzionata analisi di mercato riveli, alla luce dei criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, l'inidoneità della libera iniziativa economica privata "*a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*" e l'ente locale reputi, dunque, di procedere ad un affidamento diretto.

Secondo quanto previsto dal comma 4 dell'art. 23-*bis*, tale decisione dovrà essere formalizzata in una delibera quadro diretta ad esplicitare, oltre che la sussistenza dei requisiti all'uopo

necessari, le ragioni che hanno indotto ad optare o mantenere una gestione *in house* del servizio.

L'art. 2 comma 2 del Regolamento ha previsto, inoltre, che detta delibera quadro evidenzi, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale eventualmente previgente nonché "*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*".

Occorre a tal punto distinguere due differenti ipotesi con riferimento al valore economico del SPL oggetto di affidamento.

Nel caso in cui detto valore economico sia inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui (soglia individuata dal comma 1 dell'art. 4 del Regolamento), la delibera quadro dovrà essere adeguatamente pubblicizzata ed essere inviata all'AGCM a titolo di comunicazione.

Nel caso in cui, invece, il valore economico del servizio oggetto di affidamento ecceda la soglia di 200.000 euro annui, la delibera quadro dovrà essere inviata, unitamente ad un'apposita richiesta, all'AGCM affinché essa esprima il proprio *parere preventivo* in ordine all'ammissibilità dell'affidamento diretto.

Secondo quanto previsto dal combinato disposto del comma 4 dell'art. 23-*bis* e dell'art. 4 del Regolamento, detto parere dovrà essere reso dall'AGCM entro sessanta giorni dalla ricezione della delibera. Il legislatore ha previsto l'operatività di un meccanismo del silenzio-assenso, che attribuisce al silenzio serbato

dall'Autorità sul punto oltre il suddetto termine i medesimi effetti di un parere positivo⁶.

Il testo dell'art. 23-bis contiene, inoltre, due importanti disposizioni relative all'oggetto dell'affidamento.

Il comma 5 ha previsto, infatti, che, ferma restando la proprietà pubblica delle stesse, anche la gestione delle reti può essere affidata a soggetti privati.

Il comma 6, invece, ha avuto cura di ammettere l'affidamento simultaneo di una pluralità di servizi pubblici locali, consentendolo, però, alla duplice condizione che venga esperita una gara e che possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In tali casi, però, la durata dell'affidamento simultaneo non può essere superiore alla media aritmetica dei periodi di durata previsti dalla disciplina di settore di ciascun servizio affidato.

IV. IL REGIME TRANSITORIO

Il legislatore della riforma ha, inoltre, delineato una "fase transitoria" propedeutica alla piena applicazione del sistema di conferimento della gestione dei SPL previsto dai commi 2 e 3 dell'art. 23-bis.

A tal proposito, l'art. 2 del Regolamento ha precisato che, in assenza di conferimenti o rinnovi della gestione di un SPL *medio tempore* intervenuti, gli enti locali dovranno comunque procedere, entro 12 mesi dall'entrata in vigore

(6) Appare opportuno segnalare che l'AGCM ha adottato, allo scopo di rendere edotti gli enti locali circa le procedure da seguire ai fini del rilascio del parere di sua competenza, la *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 23-bis del Decreto Legge n. 112/2008, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133*, già menzionata in precedente nota.

del D.P.R. n. 168/2010, all'analisi di mercato relativa alla realizzabilità della gestione concorrenziale del servizio.

Il legislatore ha, inoltre, individuato il "regime transitorio" applicabile agli affidamenti non conformi a quanto stabilito dai commi 2 e 3 dell'art. 23-bis. A tale riguardo, il comma 8 dell'art. 23-bis ha delineato diverse ipotesi:

a) la prima ipotesi attiene alle gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008, affidate conformemente ai principi comunitari in materia di *in house providing*. Tali gestioni cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. La norma, tuttavia, prevede la cessazione della gestione alla scadenza naturale del contratto nel caso in cui, entro il 31 dicembre 2011, la società pubblica affidataria (a seguito dello svolgimento della procedura di evidenza pubblica prevista dal comma 2 lettera b) dell'art. 23-bis) attribuisca il 40% del capitale ad un socio privato cui vengono riconosciuti anche compiti operativi connessi alla gestione dello stesso servizio;

b) la seconda ipotesi riguarda le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio privato sia avvenuta tramite una procedura competitiva di evidenza pubblica non avente ad oggetto, però, anche l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Dette gestioni cessano alla data del 31 dicembre 2011. La lettera della norma ha cura di precisare che, in tali casi, detta cessazione ha carattere improrogabile e non necessita di apposita deliberazione dell'ente affidante;

c) la terza ipotesi riguarda le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, in cui la selezione del socio privato sia avvenuta tramite una procedura

competitiva ad evidenza pubblica avente ad oggetto anche l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. In tale ipotesi, la cessazione dell'affidamento della gestione avviene alla scadenza naturale prevista nel contratto di servizio. E' bene segnalare che in questo caso, come peraltro nella precedente ipotesi, la legge nulla dispone quanto all'individuazione della quota percentuale del capitale sociale di cui il socio dovrebbe essere titolare;

d) nel caso di affidamenti diretti assentiti al 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, dette gestioni cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio ove siano soddisfatti determinati requisiti. Il comma 8 dell'art. 23-bis richiede, in particolare, 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. La norma precisa però che, 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;

e) nelle ulteriori ipotesi in cui la gestione di un servizio pubblico locale sia stata affidata a imprenditori o società in qualunque forma costituite senza lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica, ovvero ad una società mista pubblico-privata in cui il socio privato titolare di almeno il 40% delle partecipazioni non sia stato individuato nell'ambito di una gara pubblica avente ad oggetto anche l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del

servizio, la cessazione della gestione è prevista entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010. La norma precisa che, allo spirare della data precedentemente citata, la cessazione è immediata e non necessita di alcuna apposita deliberazione dell'ente affidante.

V. IL DIVIETO DI ACQUISIZIONE DI NUOVI SERVIZI

Il comma 9 dell'art. 23-bis, invece, pone una serie di divieti in capo a due determinate categorie di soggetti:

a) le società, 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, a qualunque titolo, anche di fatto, SPL conferiti secondo una procedura di affidamento diversa da quelle ammesse dall'art. 23-bis;

b) 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.

Con riferimento a tali soggetti, sino alla data di cessazione di dette gestioni, viene previsto il divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, ma anche quello di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati. Si tratta di un divieto pressoché assoluto, dal momento che le attività precluse non possono essere acquisite ovvero svolte né direttamente, né indirettamente – tramite società loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate – né tantomeno tramite la partecipazione a gara.

Detto divieto non opera, oltre che con riferimento al socio privato della società mista pubblico-privata selezionato ai sensi della lettera

b) del comma 2, nei riguardi delle società quotate in mercati regolamentati.

VI. NOVITÀ RELATIVE AL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Il Regolamento ha introdotto due importanti disposizioni con riferimento al servizio idrico integrato.

Al fine di porre un freno alle polemiche emerse riguardo al c.d. “processo di privatizzazione dell’acqua”, il comma 2 dell’art. 1 ribadisce che l’affidamento della gestione del servizio idrico integrato non pregiudica la “*piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche*” e la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle risorse stesse.

Più rilevanti appaiono le conseguenze della previsione di cui all’art. 4 del Regolamento, che individua specifiche limitazioni al ricorso al modello gestionale *in house* per la gestione del servizio pubblico integrato il cui valore ecceda la soglia dei 200.000 euro annui.

In tali ipotesi, infatti, il comma 2 dell’art. 4 prevede che l’ente affidante, nella necessaria richiesta di parere preventivo indirizzata all’AGCM, possa rappresentare specifiche condizioni di efficienza – tassativamente indicate, 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*” – delle quali l’Autorità deve necessariamente tenere conto.

In caso di autorizzazione all’affidamento diretto, l’eventuale venir meno di dette condizioni riscontrato, ai sensi del comma 4, nel corso di una verifica annuale operata dall’AGCM, determina l’obbligo per l’ente affidante di

procedere alla revoca dell’affidamento e al nuovo conferimento del servizio secondo le modalità ordinarie.

VII. INCOMPATIBILITÀ E DISTINZIONE FRA ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE E GESTIONE

L’art. 8 del Regolamento, al fine di garantire la separazione di regolazione e gestione dei SPL, ha previsto un rigido sistema di incompatibilità per gli amministratori degli enti affidanti, gli amministratori di società partecipate e i componenti delle commissioni di gara.

A tale riguardo, il comma 1 dell’art. 8 prevede, in particolare, che “*gli amministratori, i dirigenti e 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*”. Tale divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell’incarico inerente la gestione dei SPL. La disposizione stabilisce, altresì, che “*alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti*”.

Con riferimento alle commissioni di gara per l’affidamento della gestione dei SPL, il comma 4 dell’art. 8 stabilisce che i relativi componenti non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta

Viene inoltre previsto, ai sensi dell’art. 9, il divieto per le imprese estere, non appartenenti a Stati dell’Unione europea, di partecipare a procedure ad evidenza pubbliche di affidamento

dei servizi, nel caso in cui non documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare – secondo il principio di reciprocità – alle gare omologhe nei rispettivi Stati di provenienza.

VIII. DISPOSIZIONI RELATIVE ALLE SOCIETÀ *IN HOUSE* E MISTE

Il Regolamento contiene una serie di disposizioni specifiche relative agli obblighi incombenti in capo alle società *in house* ed alle società a capitale misto pubblico privato.

Ai sensi dell'art. 6, tali società sono tenute ad acquistare beni e servizi mediante le procedure concorrenziali di cui al Decreto Legislativo n. 163/2006 (il Codice dei contratti pubblici). A norma dell'art. 7, inoltre, esse sottostanno alla disciplina di cui all'art. 35 del Decreto Legislativo n. 165/2001 quanto al reclutamento del personale. Anche tale disposizione, peraltro, non trova applicazione nei confronti delle società quotate in mercati regolamentati.

Come previsto dall'ultimo comma dell'art. 2, invece, per entrambe le tipologie societarie vige l'obbligo di ricorrere alla procedura di "separazione societaria" ex art. 8 della Legge n. 287/1990 nel caso in cui vogliano svolgere, altresì, attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva.

Infine, merita di essere segnalato che l'art. 5 del Regolamento, in attuazione della delega di cui alla lett. a) del comma 10 dell'art. 23-*bis*, aveva assoggettato al patto di stabilità interno le società *in house*. Detta disposizione è stata, tuttavia, dichiarata incostituzionale⁷.

(7) La sentenza della Corte Costituzionale n. 325 del 3 novembre 2010, cit., ha motivato la dichiarazione di incostituzionalità della norma in questione sostenendo che "l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno

IX. DISPOSIZIONI PER IL CASO DI SUBENTRO

Il Regolamento detta, altresì, disposizioni in materia di cessione dei beni strumentali ai SPL, per il caso di subentro per scadenza o cessazione anticipata della relativa gestione.

In proposito, l'art. 10 prevede, infatti, che il precedente gestore debba cedere al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, "a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami".

La norma stabilisce, altresì, che se, al momento della cessazione della gestione, i beni non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante è tenuto a corrispondere al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.

X. OSSERVAZIONI FINALI

Mediante l'art. 23-*bis* della Legge n. 233/2008 ed il Regolamento di attuazione, il legislatore italiano sembra aver avviato una nuova stagione di liberalizzazione del settore dei SPL.

Nell'individuare dettagliatamente i presupposti, di carattere eccezionale o derogatorio, ai quali è subordinata per il futuro l'ammissibilità degli affidamenti diretti, le norme in commento hanno, invero, limitato il ricorso all'*in house providing* in termini più stringenti rispetto a quanto

attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica [...], di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, per le quali soltanto l'art. 117, sesto comma Cost. attribuisce allo Stato la potestà regolamentare".

richiesto dagli obblighi in materia vigenti, allo stato, nell'ordinamento dell'Unione europea.

La portata delle norme in commento potrebbe, inoltre, risultare amplificata per effetto del disposto dell'art. 14, comma 32, del Decreto Legge n. 78/2010⁸, il quale ha posto in capo ai Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti il divieto di costituire società, nonché l'obbligo di mettere in liquidazione le società già costituite, o dismetterne le relative partecipazioni, entro il 31 dicembre 2011.

I tasselli normativi, nell'insieme considerati, sembrano dunque indicare una precisa scelta del legislatore nazionale, circa il modello (pubblico-privato) di gestione dei SPL.

Il dibattito innescato dalla riforma in commento deve, tuttavia, tenere in considerazione un dato reso evidente dalla codificazione della categoria dei "servizi di interesse economico generale" (di seguito, "SIEG") di cui all'art. 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. A tale riguardo, infatti, l'ordinamento dell'Unione europea ha evidenziato come i SIEG (categoria che include i SPL di diritto italiano) siano contraddistinti dalla imposizione di obblighi di servizio pubblico in capo ai relativi gestori, i quali sono in tal modo vincolati al raggiungimento di determinati parametri (di qualità, efficienza ed accessibilità anche in

ragione delle relative tariffe) nell'interesse degli utenti⁹.

Ricordare tale dato significa richiamare l'attenzione, oltre che sul regime proprietario delle società incaricate dei SPL, anche sulla necessità di individuare in termini efficaci gli obblighi di servizio pubblico, necessari a garantire che i relativi servizi rispondano alle esigenze di interesse generale proprie delle collettività di riferimento.

(8) Decreto Legge n. 78 del 31 maggio 2010, *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, in Gazz. Uff. 31 maggio 2010, n. 125, S.O. Si segnala, peraltro, che tali obblighi non trovano applicazione con riferimento: (i) ai Comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; (ii) alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più Comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti.

(9) Estranea alle tradizioni giuridiche degli Stati membri, la nozione di SIEG è stata appositamente coniata in sede di formulazione dell'art. 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea (corrispondente all'attuale art. 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea). Sulla base di tale disposizione, la prassi comunitaria ha ricavato la più ampia nozione di "servizi di interesse generale", la quale comprende "sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale ed assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico". In tal senso, Comunicazione della Commissione europea *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, COM(2004)374 def.

Per maggiori informazioni si prega di contattare:

Avv. Francesco Sciaudone
francesco.sciaudone@grimaldieassociati.com

Avv. Sara Gobbato
sara.gobbato@grimaldieassociati.com

Avv. Dalila Frisani
dalila.frisani@grimaldieassociati.com

GRIMALDIE ASSOCIATI

Roma – Via Pinciana, 25 - Tel. +39 06 844651 – Fax +39 06 84465200

Milano – Via del Lauro, 9 - Tel. +39 02 303551 – Fax +39 02 30355200

Bruxelles – Boulevard de Waterloo, 30 - Tel. +32 2 5511201 – Fax +32 2 5511200

La presente nota è indirizzata esclusivamente ai clienti dello studio legale Grimaldi e Associati e non è, dunque, da considerare in nessun modo forma di pubblicità ai sensi dell'articolo 17 del Codice Deontologico. Le informazioni contenute e le considerazioni svolte non sono esaustive dei temi trattati e non costituiscono pareri legali. Esse non possono, pertanto, essere utilizzate in luogo di una consulenza specifica, resa in esito alla puntuale valutazione delle circostanze del singolo caso.