

***STEFANO COLOMBARI***

**“I SERVIZI PUBBLICI LOCALI  
DOPO L’ART. 15 DELLA LEGGE N. 166/2009”**

Materiale per il Convegno  
organizzato da FARMA.CO.M. s.p.a.  
con il patrocinio di ASSOFARM, Comune di Monza, Provincia Monza Brianza  
Monza (Villa Reale) – 23 gennaio 2010

## **INDICE:**

1. *I servizi pubblici locali di rilevanza economica: le fonti.*
2. *L'attesa dei regolamenti contemplati dall'art. 23-bis, comma 10°.*
3. *Il campo di applicazione della disciplina generale sui servizi pubblici locali.*
4. *La salvezza dall'applicazione dell'art. 23-bis disposta, per determinati settori, dal relativo comma 1°, terzo periodo. In particolare: con riguardo al servizio farmaceutico.*
  - 4.1. *(Segue) Conseguente inquadramento delle novità normative nel sistema ordinamentale (per quanto concerne il servizio farmaceutico).*
5. *L'art. 23-bis e l'organizzazione sovracomunale dei servizi pubblici disposta dalle normative di settore.*
6. *La questione del trasporto pubblico locale.*
7. *La nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica.*
8. *Le modalità dei nuovi affidamenti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.*
  - 8.1. *Le forme ordinarie.*
  - 8.2. *La possibilità residuale di ricorso al modello in house providing.*
    - 8.2.1. *Il modello in house providing: ordinamento interno ed europeo.*
  - 8.3. *La società mista.*
  - 8.4. *Le modalità delle gare di cui all'art. 23-bis, comma 2°, lett. a) nonché lett. b).*
9. *La prospettiva di forme più intense di liberalizzazione.*
10. *La disciplina del c.d. periodo transitorio.*
11. *Le preclusioni a carico degli affidatari diretti.*
12. *La proprietà dei beni.*
13. *Il subentro del nuovo gestore del servizio pubblico nei beni di proprietà di quello uscente.*
14. *La questione della privatizzazione delle risorse idriche.*
15. *L'assoggettamento al c.d. patto di stabilità interno.*
16. *L'assunzione del personale.*
17. *Le forme di gestione delle farmacie comunali.*
18. *(Segue) Il rinvio alla legge n. 142 del 1990: una possibile interpretazione applicativa.*
19. *L'art. 23-bis e le farmacie comunali: la questione delle gestioni multiservizio.*
20. *Appendice normativa (art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, Schema di Regolamento di attuazione, art. 18-bis del d.l. n. 112/2008).*

### **1. I servizi pubblici locali di rilevanza economica: le fonti.**

La disciplina generale relativa all'affidamento e alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è oggi contenuta all'art. 23-bis del d.l. 25 luglio 2008, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133, come da ultimo modificato dall'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 conv. in legge 20 novembre 2009, n. 166.

L'oggetto dell'art. 23-bis è così descritto dal relativo comma 1°: *«Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (...). Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili. Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-bis del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale, le disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e della legge 23 agosto 2004, n. 239, in materia di distribuzione di energia elettrica, le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali, nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale. (...)*».

Quello sopra riportato non era l'originario testo dell'art. 23-bis. Invero, l'attuale formulazione è l'effetto dell'art. 15, comma 1°, lett. a) della legge n. 166/2009 che ha, tra l'altro, stabilito l'inserimento al comma 1°, terzo periodo dell'art. 23-bis, dopo le parole: *«in materia di distribuzione del gas naturale»*, delle parole: *«le disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e della legge 23 agosto 2004, n. 239, in materia di distribuzione di energia elettrica, le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale»*.

In sostanza, per effetto dell'art. 15, comma 1°, lett. a) della legge n. 166/2009 anche la distribuzione dell'energia elettrica, il servizio farmaceutico e il

trasporto ferroviario regionale vengono fatti salvi dall'applicazione delle disposizioni dell'art. 23-bis riguardanti i servizi pubblici locali in genere.

## ***2. L'attesa dei regolamenti contemplati dall'art. 23-bis, comma 10°.***

La disciplina dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica dovrà essere completata dai regolamenti annunciati dall'art. 23-bis, comma 10°.

Al riguardo, il Consiglio dei Ministri ha di recente approvato apposito "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" (di seguito anche "Regolamento").

Il Regolamento non è, peraltro, ancora stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e, dunque, non è attualmente in vigore. Nell'esposizione della materia, si terrà comunque conto altresì delle norme contenute nel menzionato Regolamento.

Quelli previsti dall'art. 23-bis, comma 10° sono regolamenti di delegificazione: ciò comporta che l'abrogazione delle disposizioni anche legislative incompatibili si avrà unicamente «*con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari*» (così l'art. 17, comma 2° della legge 23 agosto 1988, n. 400, espressamente richiamato dall'art. 23-bis, comma 10°). Ciò spiega perché l'art. 23-bis, comma 10°, lett. m) rimette ai regolamenti del Governo l'individuazione delle norme che risultano abrogate a seguito dell'entrata in vigore del medesimo art. 23-bis.

## ***3. Il campo di applicazione della disciplina generale sui servizi pubblici locali.***

In base al sopra riportato art. 23-bis, comma 1°, la regola generale è nel senso dell'applicazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e ss.mm.ii. a tutti i servizi

pubblici locali di rilevanza economica, tanto che le relative disposizioni prevalgono anche su quelle delle discipline di settore.

Rispetto alla predetta regola generale, il legislatore ha tuttavia introdotto alcune puntuali eccezioni: «*Sono fatte salve (...)*».

In definitiva, la regola dell'applicabilità indifferenziata dell'art. 23-bis e della prevalenza delle relative disposizioni anche rispetto alle discipline di settore incontra un limite per quanto concerne i servizi pubblici le cui norme sono espressamente “fatte salve” dal legislatore statale. Relativamente a questi ultimi servizi pubblici, continuano dunque ad applicarsi le specifiche norme di settore, perché la disposizione che ne prevede la salvezza costituisce un argine rispetto alla portata espansiva dell'art. 23-bis.

Sul tema interviene, in maniera risolutiva, anche il sopra detto Schema di Regolamento governativo, il quale precisa: «*Sono esclusi dall'applicazione del presente regolamento: // a) il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164; // b) il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239; // c) il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422; // d) la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475; // e) i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all'articolo 13, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, e successive modificazioni*» (art. 1, comma 3°).

In particolare, continuano ad applicarsi le norme di settore “fatte salve” per quanto concerne, tra l'altro:

- a) le modalità dei nuovi affidamenti del servizio pubblico;
- b) la durata residua delle concessioni ed affidamenti in corso (c.d. periodo transitorio);
- c) le eventuali preclusioni, in dipendenza di affidamenti diretti, alla partecipazione alle gare o ad operare con terzi;
- d) il regime di proprietà dei beni destinati al pubblico servizio.

**4. La salvezza dall'applicazione dell'art. 23-bis disposta, per determinati settori, dal relativo comma 1°, terzo periodo. In particolare: con riguardo al servizio farmaceutico.**

Peraltro, l'esclusione dall'applicazione dell'art. 23-bis, disposta dalle norme sopra ricordate, non deve intendersi come innovativa, bensì come meramente confermativa per quanto riguarda le attività che non costituiscono servizio pubblico locale come: la distribuzione dell'energia elettrica, il servizio farmaceutico, trasporto ferroviario regionale.

In particolare, circa il servizio farmaceutico, la relativa sottrazione alla disciplina dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 avrebbe dovuto essere già ricavata in via interpretativa, anche prima della modifica introdotta al cit. art. 23-bis, comma 1°, terzo periodo dall'art. 15, comma 1° lett. a) della legge n. 166/2009.

Infatti, l'art. 23-bis ha per oggetto i servizi pubblici locali di rilevanza economica («*Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*»): così il comma 1°), mentre – per le ragioni di seguito illustrate – il servizio farmaceutico non rientra nel novero dei servizi pubblici locali.

Invero, l'assistenza farmaceutica è attività erogata dalle unità sanitarie locali – enti subregionali – «*attraverso le farmacie di cui sono titolari enti pubblici e le farmacie di cui sono titolari i privati, tutte convenzionate*» (art. 28 della legge 23 dicembre 1978, n. 833). Anche l'art. 8, comma 2°, lett. a) del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 conferma che «*le farmacie pubbliche e private erogano l'assistenza farmaceutica per conto delle unità sanitarie locali del territorio regionale dispensando, su presentazione della ricetta del medico, specialità medicinali, preparati galenici, prodotti dietetici, presidi medico-chirurgici e altri prodotti sanitari erogabili dal Servizio sanitario nazionale*», alle condizioni disciplinate da apposite convenzioni.

Allo stesso modo, per quanto riguarda l'ordinamento della Regione Lombardia, già l'art. 10 della legge 25 maggio 1983, n. 46 e successive modifiche ed inte-

grazioni disponeva: «L' Ente responsabile dei servizi di zona di cui alle leggi regionali 5 aprile 1980, n. 35 e n. 36, eroga l' assistenza farmaceutica tramite la USSL, che si avvale a tal fine delle farmacie ubicate nel proprio territorio, pubbliche e private, secondo quanto stabilito dall' art. 28 della legge 23 dicembre 1978, n. 833». Oggi la recentissima legge reg. 30 dicembre 2009, n. 33 (T.U. delle leggi regionali in materia di sanità) conferma: «Le ASL erogano l'assistenza farmaceutica tramite le farmacie pubbliche e private, ubicate nel proprio territorio, secondo quanto stabilito dall'articolo 28 della legge 833/1978, fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 8 del d.l. 347/2001».

Dunque, l'erogazione dell'assistenza farmaceutica è nella responsabilità delle USL; le farmacie – sia quelle in titolarità privata sia quelle in titolarità comunale – sono gli strumenti di cui le USL si avvalgono per l'esercizio del compito di servizio pubblico loro assegnato dal legislatore. Ed infatti l'esercizio della farmacia sia pubblica sia privata è subordinato al rilascio di autorizzazione (art. 1 della legge 2 aprile 1968, n. 475; art. 104 e ss. del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, art. 80, comma 1°, lett. a della legge reg. n. 33/2009), che peraltro viene prevalentemente ricostruita come vera e propria concessione di servizio pubblico (TAR Lombardia, Sez. III, 27 giugno 2002, n. 2654).

Se a tutto ciò si aggiunge che il numero delle farmacie, la dislocazione delle singole sedi e la zona di ciascuna di esse è oggetto di programmazione a mezzo di apposita pianta organica delle farmacie di ciascun Comune (art. 2 della legge n. 475/1968), la cui formazione e revisione è di competenza regionale (Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5454) <sup>(1)</sup>, è chiaro che il potere di organizzazione e conformazione dell'attività – che rappresenta l'elemento caratterizzante della titolarità del servizio pubblico – risulta appartenere ad un livello (Regione tramite le USL) diverso da quello dell'ente locale.

---

<sup>1</sup>) L'art. 79, comma 1° della cit. legge reg. Lombardia n. 33/2009 prevede: «La Giunta regionale esercita, nell'ambito delle previsioni generali del piano sociosanitario regionale, le funzioni amministrative concernenti la formazione e la revisione della pianta organica delle sedi farmaceutiche».

Perciò, si è osservato che quando i Comuni esercitano la prelazione prevista dall'art. 9 della legge n. 475/1968 <sup>(2)</sup> essi acquisiscono la mera titolarità della sede (intesa come diritto di impianto ed esercizio) della farmacia, mentre la titolarità del servizio spetta alla Regione tramite le USL <sup>(3)</sup>. In definitiva, allorché i Comuni decidono di assumere la gestione di una farmacia, si può dire che essi concorrono (per usare l'espressione di cui all'art. 1, comma 2° della legge n. 833/ 1978) alla «*attuazione del servizio sanitario nazionale*»; ma dal punto di vista dell'organizzazione, l'iniziativa non è lasciata (solo) all'ente locale perché occorre invece apposito provvedimento regionale conformativo dell'attività (l'autorizzazione-concessione) e legittimante allo svolgimento del servizio farmaceutico comunale nelle forme stabilite dall'ordinamento. Esattamente come la stessa Autorità regionale, titolare del servizio pubblico, consente, secondo i modelli di legge, l'espletamento del servizio farmaceutico effettuato dai privati.

Il sopra descritto quadro normativo legittima, dunque, la conclusione che il servizio farmaceutico – anche quando viene effettuato tramite farmacie comunali – è un servizio pubblico in titolarità regionale e non un servizio pubblico locale.

#### ***4.1. (Segue) Conseguente inquadramento delle novità normative nel sistema ordinamentale (per quanto concerne il servizio farmaceutico).***

In considerazione di tutto quanto sopra, l'art. 15, comma 1°, lett. a) della legge n. 166/2009 – il quale, come si è anticipato, “fa salve” le norme di settore relativamente alla gestione delle farmacie comunali – si comprende in quanto esso, implicitamente ma inequivocabilmente, prende atto della non appartenenza del servizio farmaceutico al novero dei servizi pubblici locali e, di conseguenza, ne conferma (più che disporla in maniera innovativa) la sottrazione al campo di diretta applicazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008.

---

<sup>2)</sup> «*La titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica può essere assunta per la metà dal comune*».

<sup>3)</sup> D. De Grazia - E. Menichetti, *Il “servizio farmaceutico” e le forme di gestione delle farmacie comunali tra riforma dei servizi pubblici e nuovo titolo V della Costituzione*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, pp. 806 ss.



Si tratta, peraltro, di una disposizione assai importante perché, anche se non correttamente (per le ragioni sopra evidenziate), l'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva tuttavia, in più occasioni, espresso l'avviso dell'assoggettamento del servizio farmaceutico al regime dell'art. 23-bis <sup>(4)</sup>.

Si precisa che quanto sopra non comporta, peraltro, l'assoluta indifferenza, per il servizio farmaceutico, della disciplina in materia di servizi pubblici: il significato di questa affermazione viene chiarito al successivo paragrafo 19.

### ***5. L'art. 23-bis e l'organizzazione sovracomunale dei servizi pubblici disposta dalle normative di settore.***

Mentre per altri servizi pubblici locali i singoli Comuni sono legittimati (ai sensi dell'art. 23-bis) a disporre ciascuno per conto proprio il relativo affidamento in quanto la definizione di bacini di gara è meramente facoltativa [comma 7° dell'art. ult. cit.: «*Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze (...) possono definire (...) i bacini di gara per i diversi servizi*»] <sup>(5)</sup>, questo non è possibile per la distribuzione del gas naturale: in tale settore le gare vanno necessariamente indette con riferimento agli ambiti territoriali minimi che verranno stabiliti a livello nazionale.

In tale senso è, infatti, l'art. 23-bis, comma 1°, terzo e quarto periodo, ove si fa salva l'applicazione dell'art. 46-bis del d.l. n. 159/2007 e, inoltre, si precisa come: «*Gli ambiti territoriali minimi di cui al comma 2 del citato articolo 46-bis sono determinati, entro il 31 dicembre 2012, dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni, sentite la Conferenza*

---

<sup>4</sup>) Si vedano, tra gli altri, i pareri dell'AGCM n. AS533 e AS534 del 29 aprile 2009 nonché AS626 del 10 settembre 2009.

<sup>5</sup>) Il testo integrale dell'art. 23-bis, comma 7° è il seguente: «*Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale*».

*unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, tenendo anche conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione e con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali. In ogni caso l'ambito non può essere inferiore al territorio comunale».*

Peraltro, il cit. comma 7° dell'art. 23-bis stabilisce comunque il «rispetto delle normative settoriali»: è, dunque, ragionevole ritenere che, laddove esistono discipline di settore che prevedono l'obbligatoria gestione sovracomunale del servizio pubblico, esse sopravvivano all'entrata in vigore dell'art. 23-bis.

Ciò significa, ad esempio, che il servizio di gestione integrata dei rifiuti ed il servizio idrico integrato dovranno ancora essere gestiti, in linea di principio, a livello sovracomunale, sulla base delle decisioni dell'Autorità di Ambito (rispettivamente: artt. 148 e 201 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152). Almeno se si ritiene che le Autorità di Ambito sopravvivano all'entrata in vigore dell'art. 2, comma 186°, lett. e) della legge finanziaria per il 2010 <sup>(6)</sup>.

## **6. La questione del trasporto pubblico locale.**

Rimane il problema del trasporto pubblico locale (diverso da quello ferroviario regionale).

Infatti, la materia non rientra tra quelle “fatte salve” dall'applicazione dell'art. 23-bis e, tuttavia, è stata di recente regolata da due disposizioni di legge che potrebbero rappresentare una deroga al predetto art. 23-bis.

---

<sup>(6)</sup> Ivi si stabilisce la «soppressione dei consorzi di funzioni tra gli enti locali, facendo salvi i rapporti di lavoro a tempo indeterminato esistenti, con assunzione delle funzioni già esercitate dai consorzi soppressi e delle relative risorse e con successione ai medesimi consorzi in tutti i rapporti giuridici e ad ogni altro effetto».

Si tratta dell'art. 4-bis del d.l. 1 luglio 2009, n. 78 conv. in legge 3 agosto 2009, n. 102 <sup>(7)</sup> ed inoltre dell'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99 <sup>(8)</sup>.

La questione della disciplina alla quale è sottoposto il trasporto pubblico locale è tuttavia aperta perché l'art. 15, comma 1-bis del d.l. n. 135/2009 <sup>(9)</sup>, escludendo dal periodo transitorio di cui all'art. 23-bis unicamente i contratti di servizio conclusi nelle Regioni a statuto speciale e nelle Province autonome di Trento e Bolzano, sembra presupporre – per il resto – l'applicazione del cit. art. 23-bis altresì al settore di attività oggetto del presente paragrafo (altrimenti sarebbe poco comprensibile la limitata eccezione introdotta dalla norma).

La vicenda interpretativa non è risolta nemmeno dallo Schema di Regolamento approvato dal Consiglio dei Ministri. Infatti, il relativo art. 12 introduce ulteriore elementi di incertezza quando, al comma 4°, afferma: *«Per il trasporto pubblico locale il presente regolamento si applica in quanto compatibile con le dispo-*

---

<sup>7)</sup> *«Al fine di promuovere l'efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico, le autorità competenti, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo. Alle società che, ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4 e 5, e all'articolo 8, paragrafo 2, del medesimo regolamento (CE) n. 1370/2007, risultano aggiudicatrici di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica è fatto divieto di partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico locale organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano»*

<sup>8)</sup> *«Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007. Alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatrici di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l'esclusione di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422»*

<sup>9)</sup> *«Ai fini dell'applicazione dell'articolo 23-bis, comma 8, lettera e), del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano sono fatti salvi, nel rispetto delle attribuzioni previste dagli statuti delle predette regioni e province autonome e dalle relative norme di attuazione, i contratti di servizio in materia di trasporto pubblico locale su gomma di cui all'articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, in atto alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».*

sizioni del regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007»; ed al comma 3° abroga la parola «esclusivamente» all'art. 18, comma 3-bis del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422.

### **7. La nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica.**

L'art. 23-bis riguarda i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Secondo la giurisprudenza, è di rilevanza economica l'attività che si innesta in un settore per il quale esiste – quantomeno potenzialmente – una redditività e quindi una competizione sul mercato; e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in discorso (Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072; id. Sez. V, 27 agosto 2009, 5097; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318; TAR Lazio, Sez. Latina, 5 maggio 2006, n. 310; Corte dei conti, Sez. controllo Lombardia, 11 maggio 2009, n. 195).

Non sono servizi pubblici – quindi non ricadono nel campo di applicazione dell'art. 23-bis – i servizi, anche se di rilevanza economica, resi non all'utenza bensì nei confronti della Pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 conv. in legge 4 agosto 2006, n. 248 <sup>(10)</sup>. In questo senso si è più volte

<sup>10</sup>() «1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le 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, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare [esclusivamente] con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. // 2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1. // 3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro quarantadue mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono effi-

espressa anche l’Autorità garante della concorrenza e del mercato: v., ad esempio, i pareri AS628 del 16 settembre 2009; AS597 del 6 agosto 2009; AS567 del 15 luglio 2009.

L’orientamento dell’AGCM trova conferma nel sopra riportato art. 1, comma 3°, lett. e) dello Schema di Regolamento del Governo.

## ***8. Le modalità dei nuovi affidamenti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.***

I nuovi affidamenti (“conferimenti”) dei servizi pubblici locali di rilevanza economica devono avvenire nel rispetto dell’art. 23-bis, commi da 2 a 4 del d.l. n. 112/2008, come sostituiti dall’art. 15, comm1°, lett. b) della legge n. 166/2009.

In particolare, l’art. 23-bis contempla modalità ordinarie di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e, in via subordinata, una modalità derogatoria.

### ***8.1. Le forme ordinarie.***

Peraltro, a ben vedere l’art. 23-bis individua unicamente la gara quale modalità ordinaria cui i Comuni devono ricorrere per l’affidamento (conferimento) della gestione dei servizi pubblici locali, anche se nelle due versioni della gara per la selezione del “concessionario” ovvero per la scelta del socio privato nella società a capitale misto.

Si vuole dire che il Comune deve comunque espletare una gara per la scelta del materiale gestore del servizio pubblico, salvo che, nel caso di cui alla lett. b) dell’art. 23-bis, comma 2°, l’ente locale opta per la soluzione di costituire, con l’aggiudicatario della procedura, apposita società mista. La conseguenza è che, sia nel caso dell’affidamento ai sensi della lett. a), sia in quello dell’affidamento ai sensi della lett. b) dell’art. 23-bis, comma 2°, la tipologia di gara deve essere sempre la

---

*cacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma. // 4. I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data».*

medesima. Ed infatti la lett. b) esplicitamente esige che, anche nell'ipotesi di individuazione del socio nella società a capitale misto pubblico-privato, siano messe in campo le stesse procedure competitive ad evidenza pubblica già richiamate alla lett. a) per la selezione del "concessionario".

La gara deve essere, di norma, riferita all'affidamento di una sola attività o comunque di attività omogenee. Infatti, l'art. 23-bis, comma 6° richiede una motivazione aggravata allorché l'ente locale voglia indire la gara per un pluralità di servizi pubblici: *«E' consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa»*. Peraltro, *«In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore»*.

### **8.2. La possibilità residuale di ricorso al modello in house providing.**

L'art. 23-bis considera, invece, del tutto residuale l'autoorganizzazione del servizio pubblico e, cioè, il ricorso dell'ente locale a forme di gestione diretta.

Invero, la norma legittima l'affidamento diretto c.d. in house unicamente *«in deroga»* e, cioè, 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»* (comma 3°): in sostanza, in base all'art. 23-bis l'affidamento in house è praticabile solo se non è riscontrabile l'interesse del mercato allo svolgimento del servizio pubblico (ciò appare, peraltro, contraddittorio rispetto all'oggetto dell'art. 23-bis, costituito dai soli servizi pubblici locali di rilevanza economica).

Inoltre, nel sistema dell'art. 23-bis, l'attivazione della gestione in house è subordinata ad un procedimento aggravato, che passa necessariamente per un parere – (oggi) preventivo, obbligatorio, anche se non vincolante – da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Si può prescindere dal parere dell'Autorità Antitrust unicamente se il valore dell'affidamento non eccede le soglie che saranno specificate nei regolamenti del

Governo da emanarsi in attuazione del comma 10° del medesimo art. 23-bis (così il comma 4-bis). In proposito lo Schema di Regolamento approvato dal Consiglio dei Ministri stabilisce: «*Gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui all'articolo 23-bis, comma 4, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro. Il detto parere è comunque richiesto, a prescindere dal valore economico del servizio, qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità*» (art. 4, comma 1°).

Disposizioni di maggior favore, per quanto concerne la gestione in house providing, sono previste dallo Schema di Regolamento unicamente in relazione ai servizi idrici. In sostanza, nel campo dei servizi idrici, è possibile l'affidamento in house purché l'ente affidante dimostri la relativa efficienza, sia dal punto di vista del rapporto con le finanze pubbliche, sia dal punto di vista dell'utente. Tale condizione deve permanere per tutta la durata dell'affidamento, che altrimenti deve essere revocato. Rimane da vedere in che modo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato svolgerà un compito (valutazione dell'efficienza) che, nonostante la lettera dello Schema di Regolamento, non sembra in effetti attenere alla materia della concorrenza.

### **8.2.1. Il modello in house providing: ordinamento interno ed europeo.**

Si precisa che, relativamente all'in house, le limitazioni introdotte dall'art. 23-bis vanno oltre quanto richiesto dall'ordinamento europeo.

Quest'ultimo «*riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi*» (così, da ultimo, Corte di giustizia, Sez. III, 10 settembre 2009, n. C-573/07, punto 57) e, quindi, senza dovere mettere in campo le defatiganti procedure previste dall'art. 23-bis, commi 3° e 4°.

Del resto, anche il protocollo sui "servizi di interesse generale" allegato al Trattato di Lisbona, 13 dicembre 2007 (ratificato con legge 2 agosto 2008, n. 130) prevede: *«Articolo 1. I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 16 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea comprendono in particolare: // — 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; // — la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; // — un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente. // Articolo 2. // Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico».*

Ancora, si deve ricordare che l'art. 1, paragrafo 2 della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, stabilisce: *«La presente direttiva non riguarda la liberalizzazione dei servizi d'interesse economico generale riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi»*, determinando pertanto la non applicabilità alla materia che qui interessa di quanto previsto nel precedente paragrafo 1: *«La presente direttiva stabilisce le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi».*

### **8.3. La società mista.**

Quanto alle società miste, l'art. 23-bis, lett. b) recepisce, invece, il diritto comunitario (almeno se la norma viene interpretata nel senso che il socio privato, selezionato con gara, è il materiale esecutore del servizio pubblico).



Infatti, la Corte di giustizia europea, Sez. III, 15 ottobre 2009, n. C-196/08 ha rilevato che l'affidamento di attività, da parte di una Pubblica amministrazione, in favore di una società a capitale misto pubblico e privato è legittimo allorché *«la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario»*, in quanto *«i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie di cui alla causa principale, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo»* (p.to 60).

Molto efficacemente ed in via riassuntiva, Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2009, n. 1555 ha, peraltro, osservato: *«Le condizioni che consentirebbero il ricorso a tale forma organizzativa [società mista], lo si ricorda, sono così enucleabili: // 1) che esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale "strumento"; // 2) che il partner privato sia scelto con gara; // 3) che l'attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima; // 4) che la gara (unica) per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati"); // 5) che la selezione della offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto; // 6) che il rapporto instaurando abbia durata predeterminata»*.

Si precisa che se una società a capitale misto pubblico è già oggi attiva e rispondente al modello di cui all'art. 23-bis, comma 2°, lett. b) del d.l. n. 112 del 2008, ciò vale solo ad assicurare ad essa la prosecuzione dei rapporti in corso <sup>(11)</sup>.

Al contrario, tale qualificazione non sarebbe utile al fine di investire la società di nuovi affidamenti diretti: nuovi affidamenti diretti in favore della società

---

<sup>11</sup>() Infatti, le previsioni dell'art. 23-bis, comma 8° del d.l. n. 112 del 2008, in tema di anticipata cessazione dei rapporti in corso, non riguardano gli affidamenti già *«conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3»*.

mista potranno aversi unicamente se verrà indetta una nuova procedura ad evidenza pubblica, riguardante – appunto – le ulteriori attività che gli enti locali intendono assegnare. Infatti, la sopra ricordata sentenza della Corte di giustizia europea precisa che *«una società a capitale misto, pubblico e privato, come quella di cui trattasi nella causa principale deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara»* (punto 62.)

#### **8.4. Le modalità delle gare di cui all'art. 23-bis, comma 2°, lett. a) nonché lett. b).**

L'art. 23-bis, comma 2° del d.l. n. 112/2008 non descrive le procedure di gara relative al conferimento della gestione dei servizi pubblici locali di cui al comma 2°, lett. a) nonché b), ma si limita a precisare che dovrà trattarsi *«di procedure competitive ad evidenza pubblica»*, da attuarsi *«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»*.

Fermo restando che alcune puntualizzazioni sono fornite dallo Schema di Regolamento del Governo (in particolare: artt. 3 e 8), è peraltro ragionevole ritenere che, ad integrazione e completamento delle norme sopra riportate, gli enti locali potranno fare riferimento al disposto dell'art. 30 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), riguardante – per l'appunto – le *«concessioni di servizi»*.

In particolare, il relativo comma 3° così recita: *«La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque*

*concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi».*

Trattasi, secondo la giurisprudenza, di «gara ufficiosa» alla quale invitare «soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione» (Cons. Stato, Sez. V, 20 febbraio 2009, n. 1030). Invero, lo «schema della gara informale di cui all'art. 30, comma III, del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163», «secondo l'opinione preferibile, è caratterizzata da amplissima discrezionalità dell'Amministrazione nella fissazione delle regole selettive, con conseguente non soggezione alle regole interne e comunitarie dell'evidenza pubblica, ferma restando la sola necessità del rispetto dei principi di logicità e parità di trattamento tra i concorrenti (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III; 13 giugno 2005, nr. 980; T.A.R. Toscana, sez. II, 20 maggio 2002, nr. 1020). // Tale discrezionalità, ad avviso del Collegio, investe a maggior ragione lo stesso momento della scelta delle ditte da invitare alla gara informale» (TAR Puglia, Bari, Sez. I, 21 novembre 2007, n. 2768).

Del resto, Cons. Stato, Sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947 ha rilevato che «anche la procedura esplorativa negoziale, che è una variante della trattativa privata alla quale è comunque preordinata la consultazione informale del mercato (v. la decisione di questo Consiglio, Sez. VI, 28 giugno 1995 n. 649), rientra nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica». Ciò in linea con l'affermazione del giudice europeo, secondo il quale pure con riferimento alle concessioni di pubblico servizio è necessario osservare «le norme fondamentali del Trattato CE, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva». Invero, «senza necessariamente comportare un obbligo di far ricorso ad una gara, detto obbligo di trasparenza impone all'Autorità concedente di assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura (...) alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione» (Corte di giustizia europea, Sez. III, 13 novembre 2008, n. C-324/07; id., Grande Sezione, 21 luglio 2005, n. C-231/03).

### ***9. La prospettiva di forme più intense di liberalizzazione.***

Peraltro, in base allo Schema di Regolamento del Governo, l'affidamento dei servizi pubblici ai sensi dell'art. 23-bis, commi 2°, 3° e 4° dovrebbe, nel tempo, lasciare spazio a forme più intense di liberalizzazione.

Infatti, l'art. 2, comma 1° dello Schema di Regolamento stabilisce: «*Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, circoscrivendo l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai soli casi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Tale verifica è svolta periodicamente e comunque prima di procedere al conferimento della gestione dei predetti servizi*».

In sostanza, la norma legittima lo svolgimento, da parte delle imprese, di attività di servizio pubblico senza il previo rilascio di concessione da parte dell'ente locale <sup>(12)</sup>. Anzi, lo svolgimento dei servizi pubblici in forma liberalizzata dovrebbe essere la regola, perché gli enti locali potranno attribuire diritti di esclusiva solo se manca «*la libera iniziativa economica privata*».

Peraltro, si deve ritenere che l'espressione "iniziativa economica privata", contenuta nel cit. art. 2, vada intesa nel senso, più generale, di iniziativa imprenditoriale: infatti, l'ordinamento comunitario «*esige che le imprese pubbliche abbiano possibilità di agire in regime di parità di trattamento con la imprese private*» (Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499).

In definitiva, è ragionevole ritenere che l'art. 2 del Regolamento legittimi ogni soggetto, che operi in regime di concorrenza (e che, dunque, non sia ente stru-

---

<sup>12</sup>() Le ipotesi dello svolgimento di servizi pubblici senza concessione era disciplinata dal comma 14° dell'art. 113 del t.u. enti locali, che così recita: «*Fermo restando quanto disposto dal comma 3, se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi di cui al comma 1 sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, questi possono essere autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti, a condizione che siano rispettati gli standard di cui al comma 7 e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale, salvo che le discipline di carattere settoriale o le relative Autorità dispongano diversamente. Tra le parti è in ogni caso stipulato, ai sensi del comma 11, un contratto di servizio in cui sono definite, tra l'altro, le misure di coordinamento con gli eventuali altri gestori*». Questa norma è però abrogata dal cit. Schema di Regolamento governativo nella propria disposizione finale (art. 12, comma 1°, lett. a), evidentemente perché la materia è ridisciplinata con l'art. 2 riportato nel testo.

mentale dell'Amministrazione), a svolgere attività di servizio pubblico senza bisogno di concessione da parte dell'ente locale (tranne nei casi in cui l'attribuzione di diritti speciali ed esclusivi è imposta dalla legge).

In ogni caso, anche in ipotesi di attribuzione di diritti di esclusiva, rimane sempre ferma la facoltà di autoproduzione ai sensi dell'art. 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287: *«1. La riserva per legge allo Stato ovvero a un ente pubblico del monopolio su un mercato, nonché la riserva per legge ad un'impresa incaricata della gestione di attività di prestazione al pubblico di beni o di servizi contro corrispettivo, non comporta per i terzi il divieto di produzione di tali beni o servizi per uso proprio, della società controllante e delle società controllate. // 2. L'autoproduzione non è consentita nei casi in cui in base alle disposizioni che prevedono la riserva risulti che la stessa è stabilita per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa nazionale, nonché, salvo concessione, per quanto concerne il settore delle telecomunicazioni»* (art. 5, comma 2° dello Schema di Regolamento).

Se il medesimo soggetto svolge attività in regime di esclusiva e, nel contempo, attività liberalizzate come sopra descritte, è necessaria la separazione societaria ai sensi dell'art. 8, comma 2-bis e seguenti della cit. legge n. 287/1990 (art. 5, comma 3° dello Schema di Regolamento).

#### **10. La disciplina del c.d. periodo transitorio.**

I nuovi affidamenti dei servizi pubblici locali, di cui si è trattato nei precedenti paragrafi, avverranno al termine del c.d. periodo transitorio, oggi disciplinato dall'art. 23-bis, comma 8° (come introdotto dall'art. 15 della legge n. 166/2009).

Il regime transitorio voluto dal legislatore statale può venire riassuntivamente descritto come segue.

Anzitutto, proseguono fino alla naturale scadenza gli affidamenti rilasciati nel passato che siano già conformi a quanto stabiliscono i commi 2° e 3° dell'art. 23-bis.

Quanto a tutti gli altri affidamenti, le regole sono le seguenti.

La lett. a) del comma 8° stabilisce che gli affidamenti in favore di società in house, già in corso alla data del 22 agosto 2008, proseguono fino al 31 dicembre 2011, ma soltanto se essi risultano conformi ai principi comunitari in materia. Come è noto, ciò accade allorché, *«al contempo, l'ente locale che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'ente aggiudicatario un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e detto ente realizzi la parte più importante della sua attività con l'autorità o le autorità che lo controllano»* (Corte di giustizia europea, Sez. III, 10 settembre 2009, n. C-573/07).

Gli affidamenti in discorso possono proseguire fino alla scadenza prevista nel contratto di servizio qualora venga superato il carattere in house della società e, cioè, in caso di privatizzazione di almeno il 40% del capitale: l'operazione va effettuata con gara, ma è ragionevole ritenere che (a differenza di quanto prevede l'art. 23-bis, comma 2°, lett. b in relazione ai nuovi affidamenti in favore di società miste) il socio privato potrà essere scelto per svolgere anche solo una parte delle attività oggetto della società oggi in house, la quale dunque potrà rimanere almeno parzialmente operativa.

Le lett. b) nonché c) del comma 8° individuano differenti periodi transitori in relazione a distinte tipologie di società miste.

In base alla lett. b) del comma 8°, le società a capitale misto il cui socio privato è stato selezionato con procedura ad evidenza pubblica, ma quale socio finanziatore e non operativo, cessano al 31 dicembre 2011 (senza alcuna possibilità di "rettificare" la compagine societaria e quindi di prolungare la durata dell'affidamento).

Vengono, invece, premiate, le società a capitale misto il cui socio sia stato scelto per gestire il servizio pubblico (o, almeno, parte di esso): quest'ultimo tipo di società mista non incorre nell'anticipata cessazione del rapporto, ma prosegue fino alla scadenza del contratto di servizio (art. 23-bis, comma 8°, lett. c).

Le società quotate in borsa beneficiano di un regime privilegiato: infatti esse, e le loro controllate, mantengono gli affidamenti diretti già assentiti al 1° ottobre 2003 comunque fino al 31 dicembre 2013 (ciò vale anche se le società oggi

controllate da quelle quotate in borsa non lo erano ancora al 1° ottobre 2003: il legislatore premia le aggregazioni). Peraltro, se entro il 30 giugno 2013 il capitale pubblico non supererà il 40%, gli affidamenti potranno proseguire fino al 31 dicembre 2015 e se, entro quest'ultimo termine, la partecipazione pubblica scenderà a meno del 30% del capitale, gli affidamenti stessi potranno essere mantenuti fino alla scadenza del contratto di servizio.

Si precisa che i richiami al contratto di servizio, contenuti alle lett. a), c) nonché d) dell'art. 23-bis, comma 8° sembrano più propriamente da intendersi come riferiti alla durata degli affidamenti: i contratti di servizio di servizio possono avere durata più ridotta rispetto a quella dell'affidamento del servizio pubblico, perché sono atti di regolazione e non atti costitutivi del rapporto.

Tutti gli affidamenti che non ricadono nelle fattispecie sopra esaminate, cessano al 31 dicembre 2010: si tratta dell'ipotesi residuale descritta dall'art. 23-bis, comma 8°, lett. e).

Si precisa che l'anticipata interruzione dei rapporti in corso, come descritta dall'art. 23-bis, comma 8°, non risponde ad un obbligo di diritto comunitario: infatti, come ha spiegato la Corte di giustizia (Sez. II, 17 luglio 2008, n. C-347/06), il diritto europeo non esige affatto consimili cessazioni anticipate.

### **11. Le preclusioni a carico degli affidatari diretti.**

Il comma 9° dell'art. 23-bis contiene norme limitative dell'attività per quanto concerne:

- a) i titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali;
- b) le c.d. società patrimoniali che gestiscono i beni destinati al pubblico servizio;
- c) le società a capitale misto pubblico e privato ai sensi dell'art. 23-bis, comma 2°, lett. b).

La norma specifica che le preclusioni si estendono altresì alle società facenti parte del medesimo gruppo, ma non riguardano quelle quotate in mercati regolamentati e nemmeno il socio selezionato ai sensi dell'art. 23-bis, comma 2°, lett. b).

Le preclusioni si riferiscono alla possibilità dei predetti soggetti di partecipare a gare o di operare, in altro modo, con enti pubblici o privati (diversi dagli attuali affidanti).

La riferita restrizione della libertà d'impresa, non impedisce, tuttavia, l'accesso alle prime gare, ovunque celebrate sul territorio nazionale, aventi ad oggetto le tipologie di servizi pubblici già svolti dalla società. Questo significa, ad esempio, che la società la quale eroga il servizio idrico nel Comune di Monza, anche se titolare di affidamenti diretti, potrà partecipare alle prime gare indette per il conferimento del servizio idrico integrato ovunque sul territorio nazionale.

Si precisa che, quanto alla partecipazione alle gare, le società a capitale interamente pubblico non incontrano, in linea di principio, limiti diversi dagli altri operatori. Ciò è chiarito dall'art. 3, comma 2° dello Schema di Regolamento [«*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*»]. Questo è importante, perché in tal modo viene definitivamente disatteso un orientamento (errato) dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la quale – in vari pareri (v. ad esempio il n. 135 del 9 maggio 2007) – aveva affermato la preclusione della partecipazione a gare da parte delle società pubbliche, proprio e solo in ragione della composizione del loro capitale.

## **12. La proprietà dei beni.**

Quanto ai beni destinati al pubblico servizio, l'art. 23-bis, comma 5° prevede: «*Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati*».



La norma non appare innovativa perché ribadisce quanto già affermato dall'art. 113, comma 2°<sup>(13)</sup> e 4°<sup>(14)</sup> del t.u. enti locali. Vale a dire, appunto, che la proprietà dei beni destinata alla gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica deve rimanere degli enti locali (comma 2°, cit.), salva la possibilità di assegnarne la gestione a terzi (comma 4°, cit.).

La regola della necessaria proprietà pubblica vale per i soli beni che già appartengono ad enti locali ovvero che, per qualsiasi ragione, divengono di loro proprietà (ad esempio, a seguito di devoluzione, onerosa o gratuita, al termine della concessione). La disposizione di legge non comporta, invece, l'incontrovertibile "pubblicizzazione" dei beni di proprietà privata, che tali possono rimanere.

Per altro verso, anche se l'art. 23-bis, comma 5° si riferisce alle sole reti, non sembra potersi ricavare l'odierna possibilità di "privatizzazione" degli impianti (ad esempio: depuratori; termovalorizzatori; discariche), sia perché è ragionevole ritenere che con il termine "reti" il legislatore abbia voluto indicare la parte per il tutto e cioè intendere genericamente i beni destinati in generale al pubblico servizio; sia perché, comunque, non risulta abrogato il sopra ricordato art. 113, comma 2° del t.u. enti locali che, indiscutibilmente, riguarda tanto le reti, quanto gli impianti.

### ***13. Il subentro del nuovo gestore del servizio pubblico nei beni di proprietà di quello uscente.***

---

<sup>13</sup>() «*Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13*» e cioè salvo il conferimento della «*proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incedibile*» (così il comma 13°).

<sup>14</sup>() «*Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono: // a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano; // b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7*».

L'art. 23-bis, comma 10°, lett. i) demanda al Regolamento del Governo di *«disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio»*.

Il principio che emerge dallo Schema di Regolamento del Governo è che il gestore uscente dovrà trasferire gratuitamente i beni di sua proprietà al gestore subentrante: *«il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami»* (art. 10, comma 1°).

Ciò accade sia *«Alla scadenza [naturale] della gestione del servizio pubblico locale»* sia *«in caso di sua cessazione anticipata»* (comma 1° cit.).

Solo *«Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 1 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.»*

Le regole introdotte dallo Schema di Regolamento sovvertono il principio generale, vigente nel passato, ai sensi del quale il gestore subentrante doveva riconoscere al gestore uscente il valore industriale residuo dei beni destinati al servizio pubblico (art. 24 del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578) o quanto meno il trasferimento doveva avvenire *«nei limiti e secondo le modalità previste dalle rispettive convenzioni di affidamento»* (art. 204, comma 4° del d.lgs. n. 152/2006, concernente il servizio rifiuti).

Come si è anticipato, lo Schema di Regolamento non interessa i servizi pubblici “fatti salvi” dall'applicazione dell'art. 23-bis. Questo significa che, per quanto riguarda ad esempio la distribuzione del gas naturale, continua ad applicarsi, in ordine alla prima gara successiva alla scadenza del periodo transitorio, la disciplina di settore descritta dall'art. 15, comma 5° del d.lgs. n. 164 del 2000 <sup>(15)</sup>.

---

<sup>15</sup>() *«Per l'attività di distribuzione del gas, gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché quelli alle società derivate dalla trasformazione delle attuali gestioni, proseguono fino alla scadenza stabilita, se compresa entro i termini previsti dal comma 7 per il periodo transitorio. Gli affidamenti e le concessioni in essere per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine*

#### **14. La questione della privatizzazione delle risorse idriche.**

L'art. 15, comma 1-ter del d.l. n. 135/2009 <sup>(16)</sup>, il cui contenuto è richiamato e ribadito anche dallo Schema di Regolamento (art. 1, comma 2°), è stato introdotto a seguito delle polemiche politiche insorte circa la c.d. “privatizzazione dell'acqua”. La disposizione presenta tuttavia scarsa portata innovativa. Si consideri, infatti, che:

a) l'affermazione del principio di autonomia gestionale del soggetto gestore appare pleonastico. Non si è mai dubitato che il gestore, anche quando espressione diretta dell'ente locale, fosse dotato di autonomia gestionale e/o imprenditoriale: v. già l'art. 23 della legge 8 giugno 1990, n. 142 a proposito delle aziende speciali e (addirittura) delle istituzioni;

b) la proprietà pubblica (demaniale) delle risorse idriche è affermata dall'art. 144, comma 1° del d.lgs. n. 152/2006 e, ancora prima, dall'art. 1 della legge 5 gennaio 1994, n. 36;

c) la titolarità pubblica del governo delle acque, ivi compresa la fissazione delle tariffe e degli standard di qualità, è parimenti indiscussa, essendo stabilita da numerosi atti normativi, ivi compresi i predetti d.lgs. n. 152/2006 e legge n. 36/1994.

L'unico significato “innovativo” che può essere riconosciuto alla disposizione di cui all'art. 15, comma 1-ter è di sottolineare la volontà di un più intenso (ri-

---

*che supera il periodo transitorio, proseguono fino al completamento del periodo transitorio stesso. In quest'ultimo caso, ai titolari degli affidamenti e delle concessioni in essere è riconosciuto un rimborso, a carico del nuovo gestore ai sensi del comma 8 dell'art. 14, calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti, con i criteri di cui alle lettere a) e b) dell'art. 24 del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578. Resta sempre esclusa la valutazione del mancato profitto derivante dalla conclusione anticipata del rapporto di gestione».*

<sup>16</sup>() «Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-bis del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio».

spetto agli altri servizi pubblici) governo e controllo pubblico dell'acqua, in modo da aprire la strada a disposizioni come il sopra riportato art. 4, commi 2° e seguenti dello Schema di Regolamento del Governo (v. al paragrafo 8.2.), ove si rende più agevole l'utilizzo del modello in house providing, in deroga a quanto stabilito in generale dall'art. 23-bis, commi 3° e 4°.

### **15. L'assoggettamento al c.d. patto di stabilità interno.**

L'art. 5 dello Schema di Regolamento afferma che gli affidatari in house di servizi pubblici locali «*ai sensi dell'articolo 23-bis, commi 3 e 4*» sono assoggettati al patto di stabilità interno (comma 1°). Gli enti locali soci sono responsabili dell'osservanza dei vincoli derivanti alle società dal predetto patto di stabilità (comma 2°).

Peraltro, l'assoggettamento al patto di stabilità sembra riguardare i soli nuovi affidamenti in house providing (“ai sensi dell'art. 23-bis, commi 3° e 4°”) e non anche quelli che proseguono per il periodo transitorio (art. 23-bis, comma 8°, lett. a). Ciò del resto trova conferma nell'art. 23-bis, comma 10°, lett. a), ove si esige la sottoposizione delle società in house al patto di stabilità «*tenendo conto delle scadenze fissate dal comma 8*» e cioè proprio della durata del periodo transitorio.

La norma regolamentare necessita, peraltro, per la relativa attuazione, di apposito decreto interministeriale (lo stesso già contemplato dall'art. 18, comma 2-bis del d.l. n. 112/2008): in assenza di tale decreto, non sembra possibile predicarne l'immediata applicabilità.

Ai sensi dell'art. 18, comma 2-bis del d.l. n. 112/2008 le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti (senza gara) di servizi pubblici locali (si deve ritenere: non ricadenti nel campo di applicazione dell'art. 23-bis), ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale (organismi di diritto pubblico), ovvero ancora che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione

(come individuate dall'ISTAT ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311), sono soggette agli stessi divieti o limitazioni alle assunzioni di personale cui sono ascritte le Amministrazioni di riferimento.

Peraltro, per l'assoggettamento al patto di stabilità interno, le predette società attendono lo stesso decreto interministeriale (*«del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la Conferenza unificata»*) richiamato dall'art. 5, comma 3° dello Schema di Regolamento.

Si fa peraltro presente che, ai fini dell'applicazione dell'art. 18-bis, comma 2°, per espressa disposizione di legge non sono organismi di diritto pubblico *«le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267»* (art. 32, comma 1°, lett. c del Codice dei contratti pubblici). Si ricorda, inoltre, che per accertare se un determinato soggetto è organismo di diritto pubblico (e come tale tenuto ad osservare il cit. art. 18, comma 2-bis del d.l. n. 112/2008), occorre effettuate due operazioni interpretative tra loro distinte e la seconda logicamente successiva rispetto alla prima: anzitutto, è necessario accertare se tale soggetto - avente personalità giuridica e che si trovi in condizione di stretta dipendenza rispetto ad un'amministrazione pubblica o ad altro organismo di diritto pubblico - svolge attività diretta a soddisfare bisogni di interesse generale. In secondo luogo, ove tale preliminare accertamento fornisca esito positivo, si tratta altresì di determinare se i bisogni di interesse generale, soddisfatti dal soggetto in considerazione, abbiano o meno carattere industriale o commerciale.

In altre parole, l'espressione "bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale e commerciale" non è un'endiadi, ma una locuzione composta di due elementi (e cioè i bisogni di interesse generale che possono avere o meno anche rilievo industriale o commerciale), tra loro distinti, la cui contemporanea sussistenza, al fine della qualificazione di un soggetto quale organismo di diritto pubblico, va singolarmente accertata in relazione a ciascun caso di specie

Questo è importante, perché invece, la giurisprudenza – errando – a volte considera organismo di diritto pubblico un determinato soggetto, solo perché effet-

tua servizi di interesse generale (v., ad esempio, Cass. civ., Sez. un., 4 novembre 2009, n. 23322).

### **16. *L'assunzione del personale***

L'art. 7 dello Schema di Regolamento del Governo precisa inoltre che, per quanto concerne l'assunzione del personale, alle società in house affidatarie di servizi pubblici locali di rilevanza economica si applicano le regole dell'art. 18, comma 1° del d.l. n. 112/2008 <sup>(17)</sup> ed alle miste (purché non quotate in borsa), con partecipazione pubblica di controllo, le regole del comma 2° del medesimo art. 18 <sup>(18)</sup>.

Sembra, peraltro definitivamente chiarito che, nonostante l'ambigua lettera dell'art. 18, commi 1° e 2°, le relative disposizioni riguardano solo il reclutamento del personale e non anche l'affidamento di incarichi esterni.

### **17. *Le forme di gestione delle farmacie comunali.***

Il fatto che, come si è anticipato, l'art. 23-bis, comma 1° del d.l. n. 112/2008 faccia salve «*le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali*» comporta che gli enti locali sono legittimati a ricorrere alle forme organizzative individuate da tale ultima legge di settore e che essi non incorrono, invece, nelle norme limitative (nel senso sopra illustrato) dell'art. 23-bis.

Peraltro, si deve ritenere che l'art. 23-bis, comma 1°, terzo periodo faccia riferimento all'ultima versione dell'art. 9 della legge n. 475/1968 e non a quella originaria, integralmente sostituita ad opera dell'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362: infatti, ciò che è definitivamente espunto dall'ordinamento (l'originario te-

---

<sup>17</sup>() «*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*»

<sup>18</sup>() «*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*».

sto dell'art. 9 della legge n. 475/1968) non potrebbe essere “fatto salvo” (casomai dovrebbe essere ripristinato con una nuova apposita disposizione di legge).

In considerazione di quanto sopra, ai sensi dell'art. 23-bis, comma 1° del d.l. n. 112/2008 e dell'art. 9, comma 1° della legge n. 475/1968, e salvo quanto di seguito precisato, i Comuni sono legittimati a gestire le farmacie: «*a) in economia; // b) a mezzo di azienda speciale; // c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari; // d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti*».

Anche se le sopradette forme di gestione (quanto meno quelle di cui alle lett. *a, b* nonché *c*) rispondono al modello in house providing, non è necessario ottenere il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, come è richiesto – per gli affidamenti diretti di servizi pubblici locali – dall'art. 23-bis, comma 4° del d.l. n. 112/2008 e ss.mm.ii. Si ripete, infatti, che la gestione delle farmacie comunali non rappresenta un servizio pubblico locale, ma un servizio che si svolge sulla scorta di autorizzazione dell'USL e che ad essa fa capo.

Non sarebbe, invece, possibile gestire in economia ovvero a mezzo di azienda speciale o consorzio servizi pubblici locali di rilevanza economica, perché tali moduli organizzativi non sono contemplati dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e successive modifiche ed integrazioni.

### **18. (Segue) Il rinvio alla legge n. 142/1990: una possibile interpretazione applicativa.**

Peraltro, l'art. 9, comma 1° della legge n. 475/1968, come modificato dall'art. 10 della legge n. 362/1991, prima di procedere all'elencazione delle forme di gestione delle farmacie comunali, si apre puntualizzando: «*Le farmacie di cui sono*

*titolari i comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142 (...))» (19).*

Sembra inevitabile doversi, oggi, intendere tale rinvio in senso statico e, cioè, riferito alle disposizioni della legge n. 142/1990 come vigenti nel momento in cui il rinvio in discorso veniva effettuato dal legislatore di settore. Infatti, un rinvio dinamico non appare più predicabile, atteso che al servizio farmaceutico, per espressa disposizione di legge, non si applicano le attuali norme generali sui servizi pubblici locali di rilevanza economica (così l'art. 23-bis, comma 1° del d.l. n. 112 del 2008).

A proposito del rinvio di cui si tratta, la giurisprudenza ha osservato: *«il rinvio (operato dall'art. 10 della legge n. 362 del 1991, sopra riportato) alla legge n. 142 del 1990 va inteso non solo e non tanto come applicabilità al servizio farmaceutico delle disposizioni recate dalla legge n. 142 in ordine alle forme gestionali (in economia, a mezzo di azienda speciale) tradizionali e comuni a tutti i servizi pubblici in generale, quanto, soprattutto, come applicabilità al servizio stesso di quelle “nuove” forme (s.p.a. a proprietà pubblica, anche minoritaria) previste per la gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica ed imprenditoriale; ciò, ferma restando, peraltro, la possibilità, lasciata alle scelte discrezionali dei Comuni, di costituire per tale servizio una società per azioni con i farmacisti dipendenti»* (TAR Lombardia, Sez. III, 27 giugno 2002, n. 2654; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Trento, 20 ottobre 1999, n. 364).

Se si accetta l'orientamento appena richiamato, il rinvio alla legge n. 142/1990, contenuto in apertura dell'art. 9 della legge n. 475/1968, consentirebbe ai Comuni di gestire le farmacie comunali, oltre che nelle forme espressamente indi-

---

<sup>19</sup>) Per quanto rileva in questa sede, l'art. 22, comma 3° della legge n. 142 del 1990 così disponeva: *«I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme: // a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; // b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; // c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; // d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; // e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati».*



cate dal medesimo art. 9, altresì secondo i modelli descritti dalla legge n. 142/1990 che si sommerebbero a quelli della disciplina di settore.

In proposito, si ricorda che – secondo la giurisprudenza – l’art. 22, comma 3°, lett. e) della legge n. 142/1990 «*grazie anche all'utilizzo della disgiuntiva [soggetti pubblici “o” privati], pare inequivocabile nel consentire che le società da essa considerate potessero essere formate anche di soli Enti pubblici. //...// La "prevalenza" del capitale pubblico locale, a cui faceva cenno la legge, deve intendersi come limite minimo, attesa la necessità di assicurare in ogni caso la maggioranza in mano pubblica, ma non vengono escluse per questo s.p.a. interamente detenute dagli enti locali*» (Cons. Stato, Sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448).

In definitiva, se si condividono le sopra riferite affermazioni del TAR Lombardia e del T.R.G.A. Trentino – Alto Adige, sarebbe, dunque, oggi possibile altresì la gestione delle farmacie comunali a mezzo di società a capitale misto pubblico privato (con soci diversi dai farmacisti già dipendenti comunali) e società a capitale interamente pubblico locale <sup>(20)</sup>, purché – ovviamente – rispondenti, rispettivamente, ai modelli della società mista ovvero in house providing quali descritti dall’ordinamento europeo.

Quest’ultima possibilità risulterebbe, del resto, coerente con la circostanza che la società in house providing rappresenta, in definitiva, l’aggiornamento dell’azienda speciale, espressamente contemplata quale forma di gestione delle farmacie comunali dall’art. 9, comma 1°, lett. b) della legge n. 475/1968 <sup>(21)</sup>.

Quanto alla società mista, si precisa che essa dovrà, nella sostanza, rispettare lo schema illustrato dall’art. 23-bis, comma 2°, lett. b) del d.l. n. 112/2008: il

---

<sup>20</sup>() Si ricorda che oggi l’art. 116 del t.u. enti locali (già art. 12 della legge 23 dicembre 1992 n. 492) risulta avere un campo di applicazione alquanto limitato, perché circoscritto ai soli «*servizi pubblici di cui all'articolo 113-bis*» e cioè ai servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

<sup>21</sup>() Precisamente, in dottrina si è rilevato che il modello in house «*implica che la società di gestione sia – in sostanza – niente altro che un plesso organizzativo dell'ente locale, privo di una sua autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle dell'ente locale. In sostanza, si assiste alla riproduzione del vecchio modello dell'azienda speciale municipalizzata di cui al r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578*». Così G. Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2004, par. 5.3.

socio privato dovrà, cioè, essere titolare di specifici compiti operativi ed anzi, nel caso di società mista di nuova costituzione, della (quasi) totalità di essi. Peraltro, non sembra incompatibile l'apertura del capitale privato della società mista anche al c.d. capitale diffuso: si vuole dire che, accanto al socio privato operativo, potrebbe prevedersi l'ingresso in società anche di cittadini/utenti. Del resto, l'ipotesi è già espressamente contemplata dall'art. 151, comma 8° del d.lgs. n. 152/2006 <sup>(22)</sup> a proposito del servizio idrico integrato: sembra peraltro trattarsi, più che di una disposizione circoscritta a tale servizio pubblico, di una norma espressione di un principio generale, tanto più con riferimento a quei settori di attività che, al pari di quello idrico, presentano una forte valenza sociale.

Per concludere sul punto, si precisa che non risulta abrogato (neanche dallo Schema di Regolamento del Governo) l'art. 100, comma 1-bis del d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. 29 dicembre 2007, n. 274, il quale così recita: *«le società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali possono svolgere attività di vendita al pubblico di medicinali attraverso la gestione di farmacie comunali»*.

Rimane fermo che le esistenti società in house e miste, già titolari della gestione di farmacie, non ricadono nel campo di applicazione dell'art. 23-bis e, dunque, non incorrono nelle scadenze del periodo transitorio ivi previste (comma 8°).

### **19. L'art. 23-bis e le farmacie comunali: la questione delle gestioni multi-servizio .**

Al paragrafo 4.1. si è anticipato come, benché le relative disposizioni non riguardino il servizio farmaceutico, l'art. 23-bis tuttavia può “interferire” con la gestione delle farmacie comunali.

---

<sup>22</sup>() *«Le società concessionarie del servizio idrico integrato, nonché le società miste costituite a seguito dell'individuazione del socio privato mediante gara europea affidatarie del servizio medesimo, possono emettere prestiti obbligazionari sottoscrivibili esclusivamente dagli utenti con facoltà di conversione in azioni semplici o di risparmio. Nel caso di aumento del capitale sociale, una quota non inferiore al dieci per cento è offerta in sottoscrizione agli utenti del servizio»*.

Ciò accade, specialmente, in relazione alle società c.d. multiservizi, le quali – cioè – gestiscono farmacie comunali e, nel contempo, servizi pubblici locali di rilevanza economica, questi ultimi soggetti all'applicazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008.

Invero, essendo i settori sottoposti a differenti discipline, è ragionevole ritenere che – in linea di principio – sarà necessario, al termine del periodo transitorio, separare la gestione delle farmacie comunali da quella delle differenti attività di servizio pubblico locale. Tuttavia, trattasi di valutazioni da compiere caso per caso e che, comunque, non conducono indefettibilmente all'immediata separazione organizzativa di cui si tratta.

Si formulano, di seguito, alcune considerazioni esemplificative.

Se un'azienda speciale, anche consortile, gestisce farmacie comunali ed inoltre servizi pubblici di rilevanza economica, essa dovrà cessare lo svolgimento di questi ultimi entro il 31 dicembre 2010 (art. 23-bis, comma 8°, lett. e): l'azienda speciale non è, infatti, una possibile forma di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Di conseguenza, a quella data i servizi pubblici locali dovranno essere affidati dagli enti locali secondo le modalità descritte dall'art. 23-bis, commi 2°, 3° e 4° e, pertanto, vanno “scorporati” dalla gestione delle farmacie che, invece, può rimanere all'azienda speciale.

Tuttavia, se l'azienda speciale svolge – assieme al servizio farmaceutico – servizi pubblici privi di rilevanza economica, la separazione delle attività non è necessaria.

Si fa presente che, attualmente, vari Comuni effettuano, come servizi pubblici locali, alcune delle attività che, in futuro, potranno essere erogate dalle farmacie come “servizi aggiuntivi” ai sensi del d.lgs. 3 ottobre 2009, n. 153. Orbene, è chiaro che – in forza del sopravvenuto decreto legislativo – tali servizi aggiuntivi potranno essere svolti dalla sopra citata azienda speciale che già si occupa (e potrà continuare a farlo) della gestione delle farmacie comunali.

Se la gestione delle farmacie è attualmente affidata a società in house multiservizi, quest'ultima dovrà cessare di espletare i servizi pubblici di rilevanza econo-

mica al 31 dicembre 2011 (art. 23-bis, comma 8°, lett. a). Se la società vorrà partecipare a gare per ottenere nuovi affidamenti di servizi pubblici locali, si renderà, in linea di principio, necessario separare la gestione delle farmacie comunali. Infatti, una società che partecipa a gare cessa di aderire al modello in house providing, perché si colloca sul mercato in concorrenza con gli altri operatori del settore. Pertanto, per evitare la decadenza dall'affidamento in house della gestione delle farmacie comunali, è consigliabile la separazione (prima dell'accesso alle gare), rispettivamente, del servizio farmaceutico e degli altri servizi pubblici.

Peraltro, se la società in house verrà privatizzata ai sensi dell'art. 23-bis, comma 8°, lett. a), acquisendo dunque il diritto alla prosecuzione delle attività svolte fino alla scadenza dei contratti di servizio (rectius: affidamenti) in corso, la separazione delle attività di cui si discute potrà essere parimenti dilazionata, purché la società che deriva da tale privatizzazione risponda ai modelli consentiti dall'ordinamento anche per la gestione delle farmacie comunali.

**20. Appendice normativa (art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, Schema di Regolamento di attuazione, art. 18-bis del d.l. n. 112/2008).**

**Decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 conv., con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133. - Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria**

**Art. 23-bis (Servizi pubblici locali di rilevanza economica)**

[come modificato dall'articolo 30, comma 26°, della legge 23 luglio 2009, n. 99 e successivamente dall'articolo 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 conv. in legge 20 novembre 2009, n. 166]

1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di 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. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili. Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-bis del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale, le disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e della legge 23 agosto 2004, n. 239, in materia di distribuzione di energia elettrica, le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali, nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale. Gli ambiti territoriali minimi di cui al comma 2 del citato articolo 46-bis sono determinati, entro il 31 dicembre 2012, dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni, sentite la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, tenendo anche conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione e con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali. In ogni caso l'ambito non può essere inferiore al territorio comunale.

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

- a) a favore di 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) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei prin-

cipi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

3. In deroga alle modalita' di affidamento ordinario di cui al comma 2, per 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'affidamento puo' avvenire a favore di societa' a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta in house e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla societa' e di prevalenza dell'attivita' svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicita' alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.

4-bis. I regolamenti di cui al comma 10 definiscono le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4.

5. Ferma restando la proprieta' pubblica delle reti, la loro gestione puo' essere affidata a soggetti privati.

6. E' consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralita' di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non puo' essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

7. Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonche' l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi piu' redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per piu' soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

8. Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 e' il seguente:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta in house cessano, improrogabilmente e senza necessita' di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalita' di cui alla lettera b) del comma 2;

b) le gestioni affidate direttamente a societa' a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

- c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;
- d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale 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 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento 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;
- e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

9. 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 o 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 2, lettera b), 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 al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. 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.

10. Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro il 31 dicembre 2009, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, emana uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di:

- a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari cosiddetti 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 (8);
- b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;
- c) prevedere 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) armonizzare la nuova disciplina e 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) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo];

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

g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i 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) prevedere 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) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;

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

m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.

11. L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo.

12. Restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.



**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.**

[non ancora pubblicato in Gazzetta Ufficiale]

Il Presidente della Repubblica

Visto l'articolo 87, quinto comma, della Costituzione;  
Visto l'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400;  
Visto l'articolo 23-bis e, in particolare, i commi 4-bis e 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni;  
Visto l'articolo 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166;  
Vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del  
Acquisito il parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281;  
Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso nell'adunanza della Sezione consultiva per gli atti normativi del  
Acquisito il parere della Commissione.....della Camera dei deputati in data                    e della Commissione.....del Senato della Repubblica in data  
Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del  
Sulla proposta del Ministro per i rapporti con le regioni;

EMANA

il seguente regolamento

Art. 1

*(Ambito di applicazione)*

1. Il presente regolamento, in 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, di seguito denominato "articolo 23-bis", si applica ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito denominati "servizi pubblici locali".
2. 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, ai sensi dell'articolo 15, comma 1-ter, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166.
3. Sono esclusi dall'applicazione del presente regolamento:
  - a) il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164;
  - b) il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239;
  - c) il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422;
  - d) la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475;

e) i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all'articolo 13, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, e successive modificazioni.

## Art. 2

### *(Misure in tema di liberalizzazione)*

1. Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, circoscrivendo l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai soli casi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Tale verifica è svolta periodicamente e comunque prima di procedere al conferimento della gestione dei predetti servizi.
2. Gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, definiscono, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo.
3. All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione di quanto disposto dall'articolo 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.
4. I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*quater*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.

## Art. 3

### *(Norme applicabili in via generale per l'affidamento)*

1. Le procedure competitive ad evidenza pubblica, di cui all'articolo 23-*bis*, comma 2, sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge statale e regionale, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.
2. 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.
3. Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito:
  - a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;
  - b) assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;
  - c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;

d) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;

e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;

f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui all'articolo 10, comma 1, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi dell'articolo 10, comma 2.

4. Fermo restando quanto previsto al comma 3, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:

a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;

b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2;

c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

5. I rapporti degli enti locali con i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali e con i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali sono regolati da contratti di servizio, da allegare ai capitolati di gara, che devono prevedere i livelli dei servizi da garantire, adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli stessi, nonché penali e misure sanzionatorie. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

#### Art. 4

##### *(Parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato)*

1. Gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui all'articolo 23-bis, comma 4, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro. Il detto parere è comunque richiesto, a prescindere dal valore economico del servizio, qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità.

2. Nella richiesta del parere di cui al comma 1, esclusivamente per i servizi relativi al settore idrico, l'ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione cosiddetta "in house" non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento:

a) alla chiusura dei bilanci in utile, escludendosi a tal fine qualsiasi trasferimento non riferito a spese per investimenti da parte dell'ente affidante o altro ente pubblico;

b) al reinvestimento nel servizio almeno dell'80 per cento degli utili per l'intera durata dell'affidamento;

c) all'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore;

d) al raggiungimento di costi operativi medi annui con un'incidenza sulla tariffa che si mantenga al di sotto della media di settore.

3. Nel rendere il parere di cui al comma 1 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.

4. L'effettivo rispetto delle condizioni di cui al comma 2 è verificato annualmente dall'ente affidante, che invia gli esiti di tale verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In caso negativo, anche su segnalazione della medesima Autorità, l'ente procede alla revoca dell'affidamento e al conferimento della gestione del servizio ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2.

#### Art. 5

##### *(Patto di stabilità interno)*

1. Al patto di stabilità interno sono assoggettati gli affidatari cosiddetti "in house" di servizi pubblici locali ai sensi dell'articolo 23-bis, commi 3 e 4.

2. Gli enti locali sono responsabili dell'osservanza, da parte dei soggetti indicati al comma 1 al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

3. Le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti di cui al comma 1 sono definite con il 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.

#### Art. 6

##### *(Acquisto di beni e servizi da parte delle società cosiddette "in house" e delle società miste)*

1. Le società cosiddette "in house" e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.

2. L'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al comma 1, lettera c), del medesimo articolo sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta secondo quanto previsto dall'articolo 23-bis, comma 2, lettera b). Restano ferme le altre condizioni stabilite dall'articolo 32, comma 3, numeri 2) e 3), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.

#### Art. 7

##### *(Assunzione di personale da parte delle società cosiddette "in house" e delle società miste)*

1. Le società cosiddette "in house", affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'assunzione di personale, quanto previsto dall'articolo 18, comma 1, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

2. Le società miste a partecipazione pubblica di controllo, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'assunzione di personale, quanto previsto dall'articolo 18, comma 2, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

3. Il presente articolo non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

#### Art. 8

##### *(Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione)*

1. 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. Il 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 servizi pubblici locali. Alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.

2. Il divieto di cui al comma 1 opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di 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.
3. Non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'articolo 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.
4. I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.
5. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, di cui al comma 3, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.
6. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.
7. Si applicano ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall'articolo 51 del codice di procedura civile.
8. Nell'ipotesi in cui 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.
9. In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 3, e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli articoli 234 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

#### Art. 9

##### *(Principio di reciprocità)*

1. Le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad evidenza pubblica 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.

#### Art. 10

##### *(Cessione dei beni in caso di subentro)*

1. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecu-

zione del servizio, come individuati dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami.

2. Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 1 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.

3. L'importo di cui al comma 2 è 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.

#### Art. 11

##### *(Tutela non giurisdizionale)*

1. I contratti di servizio e, se emanate, le carte dei servizi concernenti la gestione di servizi pubblici locali prevedono 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, che avviene entro trenta giorni successivi al ricevimento della richiesta.

2. La procedura conciliativa prevista al comma 1 è avviata secondo lo schema-tipo di formulario di cui all'allegato A del presente regolamento.

3. Restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 2, comma 461, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nonché quelle contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

#### Art. 12

##### *(Abrogazioni e disposizioni finali)*

1. A decorrere dall'entrata in vigore del presente regolamento sono o restano abrogate le seguenti disposizioni:

a) articolo 113, commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 11, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni;

b) articolo 150, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione;

c) articolo 202, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione.

2. Le leggi, i regolamenti, i decreti, o altri provvedimenti, che fanno riferimento ai commi 7 e 11 dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, abrogati dal comma 1, lettera a), si intendono riferiti, rispettivamente, ai commi 1 e 5 dell'articolo 3 del presente regolamento.

3. All'articolo 18, comma 3-bis, secondo periodo, del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni, la parola: "esclusivamente" è soppressa.

4. Per il trasporto pubblico locale il presente regolamento si applica in quanto compatibile con le disposizioni del regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007.

5. Le disposizioni del presente regolamento si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in quanto compatibili con gli statuti speciali e le relative norme di attuazione.

**Decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 conv., con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133. - Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria**

**Art. 18. (Reclutamento del personale delle società pubbliche)**

[come modificato dall'articolo 19, comma 1°, del d.l. 1° luglio 2009, n. 78]

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.

3. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati.

2-bis. Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311.. Le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze. Con decreto del 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 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, da emanare entro il 30 settembre 2009, sono definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica