

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

SEGNALAZIONE AL GOVERNO ED AL PARLAMENTO

(ai sensi dell'art.6, comma 7, lett. e) ed f) del decreto legislativo n.163 del 12 aprile 2006)

Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'articolo 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133.

Premessa

L'articolo 23 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133 ha definito una nuova disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica finalizzata ad un nuovo assetto del mercato che dovrà essere regolato da principi omogenei, così da essere trasversale rispetto a quelle settoriali, soprattutto con riferimento al profilo dell'affidamento e della gestione dei rispettivi servizi.

Il principio di fondo della riforma è quello, delineato al comma 1, 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 ... con modalità tali da garantire il diritto di universalità ed accessibilità dei servizi per tutti gli utenti nonché il livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'art.117 comma 2 lettera e) ed m) della Costituzione”*.

La disciplina introdotta dall'art. 23 *bis* è destinata ad essere completata, ai sensi del comma 10, da uno o più regolamenti (d'ora in poi: il Regolamento) che avranno natura delegificante e dovranno disciplinare una serie di questioni molto importanti per lo sviluppo industriale delle società che, a vario titolo, già forniscono servizi pubblici locali di natura economica e di quelle che vorrebbero entrare su tali mercati.

E' opportuno sottolineare che, anche se la nuova normativa deve essere completata dal Regolamento, essa contiene tuttavia un complesso di disposizioni (commi da 1 a 9) che si possono considerare immediatamente precettive, ancorché limitate dal fatto che l'art. 23-bis, comma 10, lett. m) rimette al Regolamento il compito di *individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo*, dando così espressa esecuzione al disposto del comma 11 ove si afferma genericamente che l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 deve ritenersi abrogato *nelle parti incompatibili con le disposizioni del presente articolo*.

Nell'immediato, ciò può essere fonte di incertezza per il mercato e le Amministrazioni pubbliche, già chiamate ad operare in un complesso sistema di fonti normative comunitarie, statali e regionali, e con una forte incidenza della giurisprudenza soprattutto di matrice comunitaria.

Data la rilevanza economica e sociale dei settori coinvolti e la esigenza di non ritardare gli investimenti in corso e necessari per lo sviluppo del settore, l'Autorità sottolinea l'importanza di una celere definizione del quadro giuridico mediante l'emanazione del Regolamento entro i termini previsti dall'articolo 23 bis e, nell'ambito dei compiti ad essa assegnati, ha ritenuto opportuno predisporre il presente Atto di Segnalazione per il Governo e il Parlamento su alcuni aspetti della riforma particolarmente critici, anche con riferimento alla disciplina dell'affidamento e gestione dei servizi pubblici locali.

Nel predisporre l'Atto di Segnalazione l'Autorità ha effettuato consultazioni e audizioni dei principali *stakeholders* e degli operatori interessati al mercato dei servizi pubblici locali, quali: la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, l'ANCI, l'UPI, Confservizi, Federutility, Federambiente, ASSTRA, Confindustria, le Organizzazioni Sindacali.

Le questioni oggetto della Segnalazione sono:

- 1) l'armonizzazione della nuova disciplina con quelle vigenti di settore;
- 2) la disciplina dell'affidamento in via ordinaria;

- 3) la disciplina del modello organizzativo *in house*;
- 4) il regime transitorio;
- 5) il miglioramento del sistema di indirizzo, rilevazione dati e controllo e degli strumenti di tutela non giurisdizionale.

1. L'armonizzazione della disciplina generale con le discipline di settore

L'art. 23-bis, comma 1, stabilisce che le disposizioni da esso introdotte si applicano *a tutti i servizi pubblici locali, ma prevalgono sulle relative discipline di settore [soltanto se] con esse incompatibili.*

Come già detto, il comma 11 precisa che l'articolo 113 è abrogato, ma solo nelle parti incompatibili con la disciplina introdotta dall'articolo 23 bis, commi da 1 a 9.

La lettera d) del comma 10 del medesimo articolo prevede che i regolamenti provvedano ad armonizzare la nuova disciplina con quelle di settore, individuando in via generale le norme applicabili 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.

Com'è noto i servizi pubblici locali a rilevanza economica sono stati caratterizzati da specifici e talvolta ripetuti interventi di riforma realizzata prevalentemente con interventi di carattere settoriale che hanno avuto per obiettivo la modernizzazione e la riorganizzazione dei mercati, in alcuni casi anche derogando al quadro giuridico previsto dalla disciplina generale. Le riforme di carattere settoriale hanno in linea generale cercato di migliorare l'efficienza nella gestione dei servizi attraverso la graduale separazione tra le funzioni di regolazione da un lato, programmazione e controllo e la funzione di gestione del servizio, da condurre con criteri imprenditoriali, dall'altro. In tale direzione vanno ad esempio: per il trasporto locale il D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422; per la distribuzione del gas naturale il D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164; per il mercato interno della energia elettrica il D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79; per il servizio idrico integrato e di gestione integrata rifiuti il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, c.d. Codice dell'Ambiente.

Ora, i commi 1 e 1 bis dell'art. 113 del T.U.E.L., prevedono esplicitamente che le disposizioni dello stesso articolo non si applicano ai settori dell'energia elettrica del gas naturale e del trasporto pubblico locale.

Dunque, mentre il T.U.E.L. fa espressamente salve le norme di settore, l'articolo 23 bis rinvia invece il giudizio di compatibilità fra la disciplina settoriale e quella generale all'emanazione dei regolamenti di delegificazione.

A parere di questa Autorità, l'armonizzazione tra la disciplina generale e quella settoriale, sicuramente auspicabile sotto il profilo dell'obbligo di apertura del mercato alla concorrenza non può tuttavia prescindere dalle peculiarità dei singoli mercati settoriali e dalle loro dinamiche industriali in corso e, soprattutto, non dovrebbe determinare l'abrogazione delle discipline compatibili con le finalità pro concorrenziali enunciate nel comma 1 dell'articolo 23 bis., in tutti i casi in cui la normativa di settore abbia già provveduto ad introdurre, nel proprio ambito di applicazione, un sistema che garantisca un grado di apertura del mercato ed un livello di concorrenza fra gli operatori analogo o superiore a quello indicato dall'art. 23-bis.

Occorre inoltre tenere conto delle previsioni del Regolamento (CE) N. 1370/2007 del parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 riguardante i servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia che, all'articolo 5, introduce per la prima volta nell'ordinamento comunitario la codifica delle "modalità di affidamento in *house*"; esso inoltre prevede, all'articolo 8, una diversa decorrenza del regime transitorio e la disciplina della cd "reciprocità". La questione diventa ancor più rilevante se si considera che il regolamento in questione entrerà direttamente in vigore a dicembre del 2009 senza alcuna norma di recepimento da parte degli stati membri.

2. La disciplina dell'affidamento in via ordinaria

L'articolo 23 *bis* comma 2 ha sicuramente carattere generale. Tuttavia la sua attuale formulazione rischia di generare incertezze in merito al profilo della scelta della disciplina applicabile per le procedure di affidamento.

Sarebbe opportuno definire specificamente il tipo di procedure di cui gli enti locali possono avvalersi per l'affidamento dei servizi pubblici locali nel rispetto dei principi comunitari, in quanto diversamente operando sarebbe elevato il rischio di assistere ad una molteplicità di procedure di affidamento la cui conformità ai principi potrebbe essere verificata solo caso per caso. Inoltre la

genericità delle norme causerebbe incertezze nel sistema, con il rischio di alimentare il contenzioso esistente.

Al riguardo, l'Autorità auspica si voglia stabilire una chiara disciplina delle procedure di affidamento per appalti e concessioni, coordinandole con il Codice dei Contratti pubblici (D. Lgs. 163/2006) e prevedendo anche delle forme obbligatorie di pubblicità per l'affidamento delle concessioni di servizi, disciplinate dall'art. 30 dello stesso Codice.

Inoltre, al fine di contemperare le esigenze della concorrenza con la capacità di innovazione dei concorrenti, il Regolamento dovrebbe esprimersi nel senso di prevedere espressamente l'applicazione del dialogo competitivo, di cui all'art. 58 del Codice dei contratti per l'affidamento dei servizi pubblici locali.

Occorrerebbe inoltre chiarire la portata del comma 2 ovvero specificare se il riferimento alle procedure ad evidenza pubblica includa – come l'Autorità auspica - anche l'affidamento mediante creazione di società miste pubblico-private (PPPI), in cui il socio è scelto con gara ad evidenza pubblica per l'esecuzione dello specifico servizio.

Tale modello è stato recentemente oggetto di una Comunicazione interpretativa da parte della Commissione Europea (2008/C91/02, GUCE C91 del 12 aprile 2008) nella quale la Commissione ritiene ammissibile l'effettuazione di una unica gara per la scelta del partner "operativo" e contestualmente l'affidamento del servizio alla compagine societaria mista allo scopo costituita. E' da sottolineare che la Commissione ritiene ammissibile sia la costituzione di una nuova società il cui capitale è detenuto congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice e dal socio privato, sia la partecipazione del socio privato ad una società già esistente. A tale ultima ipotesi pare d'altra parte riferirsi, nell'ordinamento nazionale, il comma 12 dell'articolo 113 del T.U.E.L. che prevede appunto la possibilità per l'ente locale di cedere la propria partecipazione nelle società erogatrici dei servizi mediante procedure ad evidenza pubblica, e senza che tale cessione comporti effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere. Tale facoltà è naturalmente controbilanciata da alcune condizioni, quali la disciplina della durata della società che deve coincidere con la durata dell'affidamento, che il soggetto privato selezionato per l'affidamento di un appalto o di una concessione può vedersi aggiudicato soltanto il contratto indicato nel bando di gara e che eventuali future modifiche degli elementi essenziali dello stesso contratto devono, comunque, essere già previste nel bando di gara.

Con riguardo alla forma di affidamento sopra descritta, il Regolamento dovrebbe chiarire che il comma 2 dell'articolo 23 *bis* abbia inteso disciplinare tutte le modalità di affidamento esterno, senza tuttavia precludere la scelta discrezionale dell'ente locale circa la migliore formula organizzativa per la fornitura dei servizi, ivi compreso quindi anche quella delle società miste (cfr. parere del Consiglio di Stato n. 457/2007; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 1/2008; Consiglio di Stato, sezione VI, 23 settembre 2008 n. 4603).

Si ritiene che il ricorso alle società miste debba comunque avvenire a condizione che sussistano garanzie tali da fugare dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza; in particolare, devono essere individuate le seguenti condizioni minime per l'ammissibilità dell'affidamento del servizio ad una società mista:

a) gara unica per l'affidamento del servizio pubblico e per la scelta del socio, in cui questo ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico;

b) la previsione nel bando di gara dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi che consentono di selezionare e qualificare un socio cd. "operativo";

c) la previsione circostanziata nel bando delle attività oggetto di affidamento al fine di evitare che il privato possa godere di una ingiustificata posizione di vantaggio tramite ulteriori affidamenti diretti;

d) l'indicazione della durata della partecipazione del socio che deve coincidere con quella dell'affidamento e deve essere proporzionata alle dimensioni dell'attività che è chiamato a svolgere;

e) le modalità per l'uscita del socio con liquidazione della sua posizione per il caso all'esito della successiva gara egli non risulti più aggiudicatario;

f) la disciplina dei rapporti interni tra società mista ed il socio privato, nonché dei rapporti tra socio pubblico e soci privati.

Tali condizioni sono evidentemente obbligatorie anche nei casi in cui il socio privato entri in una società pubblica già affidataria diretta delle concessioni secondo il modulo organizzativo *in house*.

Si evidenzia, poi, che il comma 10, lett. a) dell'articolo 23 bis demanda al Regolamento il compito di prevedere l'osservanza da parte delle società *in house* e delle società miste pubblico-private delle procedure di evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi. Tale previsione deve essere coordinata con quanto stabilito dal Codice dei Contratti pubblici (settori ordinari e settori speciali) nonché con l'ordinamento comunitario per quanto riguarda gli affidamenti delle società miste con socio "operativo".

Si pone qui il problema del rapporto tra il modello "comunitario" di società mista e le regole dell'evidenza pubblica per i cd. appalti "a valle".

Si rammenta come l'articolo 32 del Codice dei contratti già preveda che le società di cui agli artt. 113 e ss. del T.U.E.L. siano sottoposte alla disciplina del Codice stesso per gli appalti di lavori, servizi e forniture da esse affidati. Il comma 3 prevede tuttavia per le società miste una deroga all'applicazione del Codice, limitatamente alla realizzazione delle opere o del servizio per i quali le stesse sono state appositamente costituite a condizione che: 1) il socio sia stato scelto in gara; 2) il socio privato abbia i requisiti di qualificazione previsti; 3) la società provveda in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio in misura superiore al 70% del relativo importo.

Come sopra rilevato, il modello di società mista rispetta con i principi comunitari quando il partner privato è un socio operativo. Quindi per coerenza con tale modello comunitario di società mista si dovrebbe ritenere che l'articolo 32, comma 3 del Codice per "esecuzione in via diretta" intenda realizzazione dell'attività da parte del socio privato. La previsione della lettera a) del comma 10 dell'articolo 23 bis dovrebbe pertanto riferirsi alle società già esistenti il cui socio non è stato scelto in gara o non è socio operativo, ovvero agli affidamenti che non riguardano lo scopo fondamentale in vista del quale è stata costituita la società mista. Per lo svolgimento delle attività ulteriori, come ha precisato la Commissione Europea, il socio non può giovare della propria posizione privilegiata per ottenere l'affidamento di compiti aggiuntivi senza gara. Già l'articolo 113, comma 5 *ter* del TUEL stabiliva che i lavori comunque connessi alla rete devono essere appaltati a terzi dall'affidatario del servizio, salvo che questi non sia stato selezionato con gara avente a specifico oggetto anche l'esecuzione dei lavori. Se la società mista fosse invece composta invece da socio finanziatore deve affidare con procedura di gara. Nello stesso modo dovranno agire le società *in house* per l'affidamento esterno dei lavori, servizi e forniture.

3. La disciplina del modello organizzativo *in house*

Il comma 3 dell'articolo 23 *bis* prevede che in deroga alle procedure competitive si possa ricorrere a modalità di affidamento comunque previste dalla “disciplina comunitaria”.

La norma sembrerebbe consentire l'utilizzo della formula *in house*, anche dopo il periodo transitorio, ma solo in fattispecie specifiche, caratterizzate dalla peculiarità delle situazioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche sottostanti. Essa prevede inoltre che la loro sussistenza sia rimessa ad un provvedimento motivato dell'Amministrazione, previa pubblicità della scelta stessa e parere favorevole delle Autorità competenti.

Essa tuttavia non stabilisce come assicurare il rispetto dell'obbligo di pubblicità, né come gestire la procedura per raccogliere i pareri delle Autorità competenti e garantire la loro corretta applicazione.

La disposizione prevista al comma 3 prevede criteri ulteriori rispetto a quelli stabiliti dal diritto comunitario (codificati per la prima volta all'art. 5 del citato regolamento CE 1370 del 23 ottobre del 2007 inerente i servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e ferrovia) per attuare legittimamente un affidamento diretto, in quanto si riferisce a condizioni specifiche del contesto territoriale ed economico del tutto esterne al rapporto di delegazione interorganica intercorrente tra l'ente affidante e il soggetto affidatario. L'applicazione di tali ulteriori criteri è subordinata alla emanazione di distinti pareri da parte delle Autorità competenti da emettere entro 60 giorni dalla data di ricevimento dalla richiesta.

A tal fine l'ente affidante deve rispettare due vincoli:

Il primo vincolo è rappresentato dall'“obbligo di pubblicità” e “motivazione” della deroga di cui al comma 3.

Il secondo vincolo è quello della trasmissione di una relazione “all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione”.

Al riguardo, è da ritenersi, sul piano della coerenza sistematica, che tra le Autorità chiamate ad esprimere il proprio parere sia inclusa anche questa Autorità poiché la disciplina contenuta nell'articolo 23 *bis* riguarda espressamente le procedure sulle quali l'Autorità, ai sensi del D.lgs 163/06, deve vigilare al fine di assicurarne la corretta applicazione.

L'Autorità ritiene inoltre che il Regolamento debba chiaramente attribuire la responsabilità della gestione di tutto il processo derogatorio e soprattutto quella della decisione sulla definizione del procedimento in caso di pareri divergenti o condizionati, nonché di vigilare sulla loro corretta applicazione.

Come già ricordato, per il ricorso all'*in house* devono dunque ricorrere sia le condizioni di cui al comma 3 sia i requisiti previsti dal diritto comunitario (quali, ai sensi della giurisprudenza della Corte di Giustizia^[1]: i) c.d. controllo analogo^[2], ii) realizzazione della parte più importante dell'attività a favore dell'ente affidante.

In ordine ai requisiti comunitari, si segnala che la Commissione Europea nella procedura di infrazione relativa all'affidamento della gestione di servizi idrici nella Regione Basilicata (IP/07/918), al fine di ricondurre un caso di *in house nazionale* alle condizioni legittimanti sotto il profilo comunitario tale istituto, ha chiesto unicamente alcune modifiche statutarie della società di gestione atte a: 1) limitare lo scopo sociale della società; 2) escludere esplicitamente l'apertura del capitale a soggetti privati; 3) rafforzare i poteri dell'ente affidante in tema di controllo strutturale tale da consentire agli enti pubblici azionisti di influenzare in maniera determinante tutte le più importanti decisioni riguardanti la gestione della società.

4. Il regime transitorio

L'articolo 23 bis contiene norme concernenti la disciplina transitoria e quindi la sorte delle concessioni in essere.

La disciplina del regime transitorio contenuta nei commi 8, 9 e 10 lettera e) dell'art. 23 bis si presta a diverse interpretazioni tra loro anche confliggenti.

L'art. 23 bis demanda al Regolamento (comma 10, lett.e) la disciplina del regime transitorio al fine del progressivo allineamento delle gestioni alla nuova disciplina, fermo restando il limite temporale massimo stabilito dall'ordinamento nei settori diversi da quello idrico, per l'affidamento

con procedure diverse dall'evidenza pubblica o dall'*in house* ed il divieto di rinnovo o di proroga. Tale previsione deve essere coordinata con quanto previsto dal comma 9 che stabilisce che in ogni caso entro la data del 31 dicembre 2010 per l'affidamento si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica. Ai sensi del comma 8, poi, le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, ad esclusione delle concessioni affidate *in house*.

Il comma 8, fissa una data – quella del 31 dicembre 2010 – di cessazione della generalità delle concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica, prevedendo poi eccezioni a siffatta regola. Al riguardo, si ritiene auspicabile che il Regolamento chiarisca che tra le concessioni rilasciate con procedura ad evidenza pubblica – che dunque proseguono fino alla naturale scadenza – si devono intendere anche quelle in favore di società miste purché rispondenti al modello comunitario e quindi riconducibili alle “procedure ad evidenza pubblica”.

Con riferimento al servizio idrico integrato ed in particolare alle concessioni rilasciate con procedura diversa dall'evidenza pubblica, l'art. 113, comma 15 *bis* del T.U.E.L. ha stabilito la cessazione degli affidamenti al 31/12/2007, mentre l'art. 26 *ter* del d.l n. 159/2007 convertito con legge n. 222 del 2007 ha previsto la c.d. “moratoria” delle gare. Si pongono quindi problemi interpretativi sul rapporto tra il termine del 31/12/2010 ed i termini stabiliti dalla disciplina di settore per le concessioni attualmente in essere poiché il termine stabilito dall'articolo 23bis potrebbe essere inteso come una nuova proroga.

Quanto agli altri settori, il Regolamento dovrebbe chiarire la portata della lettera e) del comma 10, in relazione all'ultimo periodo del comma 9, ai fini della applicazione delle diverse legislazioni di settore che già prevedono specifici regimi transitori e quindi termini maggiori o minori per la vigenza degli affidamenti diretti.

In particolare si può ritenere che il termine del 2010 fissato al comma 9, qualora fosse inteso come termine ultimo per gli affidamenti diretti, riguardi unicamente le concessioni affidate direttamente a società miste, laddove la scelta del socio privato è avvenuta senza gara, ovvero gli affidamenti diretti a società pubbliche con riferimento alle quali non ricorrono i presupposti per l'affidamento *in house*.[\[3\]](#)

Ciò lo si ricava, oltre che da una lettura sistematica, anche dal criterio contenuto al comma 10, lett. e), in virtù del quale la disciplina della cessazione anticipata dovrà riguardare “gli

affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3", considerando, come già affermato, gli affidamenti a società mista secondo l'ordinamento comunitario riconducibili all'evidenza pubblica.

Inoltre si sottolinea che il comma 9 dell'articolo 23 bis esclude dal divieto di partecipazione alle gare le società quotate nei mercati regolamentati. Per le stesse ragioni poste a favore di tale scelta si ritiene che sarebbe ragionevole chiarire nel Regolamento che tale esclusione vale altresì per il termine del 2010.

L'Autorità ritiene necessario identificare, a livello nazionale, un "centro di responsabilità" che, nel rispetto delle specificità dei singoli settori, possa garantire l'evoluzione dell'attuale regime transitorio in modo che esso non si traduca in una successione di proroghe che finiscano con il rallentare gli investimenti, recare nocimento alle imprese ed agli utenti finali.

5. Miglioramento del sistema di indirizzo, rilevazione dati e controllo e degli strumenti di tutela non giurisdizionale

L'Autorità è convinta che quanto più ampia sarà l'apertura alla concorrenza dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e l'autonomia degli enti locali nell'organizzazione della produzione e erogazione dei servizi medesimi, maggiori devono essere le garanzie di controllo a livello centrale al fine di evitare la frammentazione del mercato ed assicurare la tutela del diritto ad un livello essenziale delle prestazioni come previsto dall'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione.

Problemi politicamente e socialmente rilevanti come quello della definizione delle tariffe dei servizi, della universalità e sostenibilità economica delle prestazioni e di quale sia il livello di qualità che un servizio pubblico deve garantire, vanno gestiti in modo dinamico con l'evoluzione del mercato, della tecnologia e della relativa integrazione nazionale e comunitaria.

In tale contesto, sarebbe opportuno costruire in raccordo con i governi locali un sistema regolatorio più coerente ed organico, garantendone un'applicazione uniforme e dinamica su tutto il territorio nazionale.

In particolare sarebbe utile, con riferimento alle modalità di affidamento del servizio, definire meglio l'azione specifica di supporto alle amministrazioni locali, di controllo e garanzia che questa Autorità potrebbe svolgere ad integrazione di quella già in essere ai sensi del codice dei contratti pubblici al fine di meglio tutelare gli interessi degli enti affidanti, delle imprese e degli utenti finali.

L'Autorità potrebbe mettere a disposizione il proprio sistema di raccolta dati, controllo e vigilanza – opportunamente integrato con gli altri sistemi di controllo e pianificazione della spesa pubblica a livello nazionale e locale - garantendo l'adempimento dell'obbligo di pubblicità delle scelte dei decisori pubblici, ai differenti livelli di governo nell'espletamento delle complesse procedure di affidamento e controllo gestionale e tariffario che segnatamente gli enti locali dovranno gestire per assolvere ai loro compiti istituzionali. Ciò potrebbe essere realizzato anche attraverso l'elaborazione e adozione di linee guida per la fase della gara o “bandi- tipo” previa consultazione con i soggetti interessati, e con la massima trasparenza per gli utenti e comunque in raccordo con le Regioni.

Sarebbe opportuno che il Regolamento ribadisse l'obbligo per gli enti affidanti della pubblicazione dei bandi di gara sul sito dell'Autorità, nonché della scelta motivata di affidamento diretto, della trasmissione della documentazione di gara, così come l'invio dei dati inerenti il rapporto concessorio in essere, al fine di consentire un adeguato monitoraggio.

In particolare, per gli affidamenti diretti, il monitoraggio potrà essere confrontato con quello degli affidamenti tramite gara al fine di verificare ex post se in presenza di situazioni analoghe - ad esempio per territorio o bacino di utenza - vi sono stati comportamenti diversi da parte degli enti affidanti.

Infine, il comma 10, lett. l) prevede l'esigenza di introdurre anche nel mercato dei servizi pubblici locali strumenti di tutela extragiudiziale al fine evitare o ridurre il contenzioso in materia, anche in relazione alle posizioni degli utenti dei servizi. Al riguardo si segnala che un sistema deflattivo del contenzioso, è già previsto dal Codice dei contratti pubblici all'articolo 6, comma 7, lettera n) laddove si stabilisce che l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici renda un parere non vincolante relativamente a questioni relative allo svolgimento delle procedure di gara, su istanza della stazione appaltante e di una delle altre parti. Tale procedura si fonda sulla indipendenza e sull'autorevolezza del soggetto competente a rendere la pronuncia, e costituisce una alternativa celere ed efficace alla risoluzione giurisdizionale delle controversie; è uno strumento che ad oggi ha ottenuto riscontro positivo nel mercato dei contratti pubblici e che potrebbe essere esteso anche alla fase di gestione della concessione.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 26 novembre 2008

Roma, 26 novembre 2008

Il Consigliere relatore

Andrea Camanzi

Il Presidente

Luigi Giampaolino

[1] Cfr. sentenza 18 novembre 1999, C-107/98 Teckal che rappresenta il “leading case” della questione; con la successiva sentenza 15 giugno 2000, C-94/99 ARGE, la Corte afferma che il controllo analogo attiene al grado di autonomia del soggetto controllato; successivamente con le sentenze 11 gennaio 2005 C-26/03 STADT Halle, 21 luglio 2005 C-231/03 CONAME, 13 ottobre 2005 C-458/03 PARKING BRIXEN, la Corte ha precisato che l’affidamento in house è legittimo solo in presenza di società interamente pubbliche e comunque anche tale ultimo requisito può non essere sufficiente a riconoscere l’esistenza del “controllo analogo”: l’esistenza della possibilità di ampliamento dell’oggetto sociale, l’espansione territoriale dell’attività a tutto lo Stato o all’estero, l’apertura obbligatoria della società al capitale privato precludono comunque l’esperibilità dell’affidamento in house. Tali affermazioni sono ribadite nelle successive sentenze 10 novembre 2005 C-29/04 MODLING e 6 aprile 2006 C-410/04 A.M.T.A.B., 11 maggio 2006 C-340/04 CARBOTERMO, 19 aprile 2007 C-295/05 TRAGSA. Nella recente sentenza 17 luglio 2008 C-371/05 ASI la Corte pur ribadendo la natura eccezionale del ricorso all’*in house* ha precisato che la mera possibilità di ingresso di privati nel capitale sociale non esclude l’esistenza del controllo analogo. Infine nella sentenza 13 novembre 2008, C-324/07 la Corte afferma che ricorre il requisito del controllo analogo anche nel caso in cui il concessionario di servizi pubblici è costituito da una cooperativa intercomunale i cui soci sono costituiti dai comuni concedenti, purché le decisioni relative all’attività di tale società (non è costituita nella forma di S.p.A. e quindi non può perseguire obiettivi indipendentemente dagli azionisti) siano assunte da organi statutari composti esclusivamente da rappresentanti dei comuni. Il controllo può essere anche esercitato a maggioranza.

[2] Secondo la giurisprudenza ricorre il controllo analogo qualora si verificano le seguenti circostanze: 1) capitale interamente pubblico; 2) assenza di una vocazione commerciale; 3) dipendenza economica e finanziaria dall'ente affidante; 4) oggetto sociale limitato al servizio affidato, e non già ampio e genericamente riferibile ad attività ulteriori e diverse; 5) assenza di ampi poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione da parte degli organi sociali; 6) riferibilità delle decisioni strategiche e più rilevanti all'ente affidante.

[3] Cfr. sentenza Corte di Giustizia 17 luglio 2008 C- 371/05 ASI nella quale la Corte afferma che, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto deve essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi.