



**IL LUNGO PERCORSO DELLA RIFORMA DEL
TRASPORTO PUBBLICO LOCALE
UNA LETTURA “CRITICA” DELLE NORME**

Work in progress

Febbraio 2011

Lo studio è stato realizzato da un gruppo di lavoro Isfort – Istituto Superiore di Formazione e Ricerca per i Trasporti – composto da Carlo Carminucci (coordinamento scientifico e revisione redazionale) e Massimo Procopio (redazione del testo).

INDICE

Introduzione	Pag.	1
1. L'art. 23-bis e il Regolamento di attuazione. Il punto di arrivo?	“	4
1.1. La prima “versione” dell'art. 23- <i>bis</i> (D.L. n. 112/08)	“	4
1.2. Gli interventi normativi prima della nuova “versione” dell'art. 23- <i>bis</i>	“	5
1.3. L'ultima (?) “versione” dell'art. 23- <i>bis</i> (Legge n. 166/09)	“	6
1.4. Il Regolamento di attuazione dell'art. 23- <i>bis</i>	“	10
1.5. Nell'ipotesi di un trasporto regionale non disciplinato dall'art. 23- <i>bis</i>	“	16
2. Un rapido “aggiornamento” in tema di Piani Regionali dei Trasporti e di gare	“	18
2.1. L'adozione dei Piani Regionali dei Trasporti: un quadro in stabile ritardo	“	18
2.2. Una nuova alba per le gare di l'affidamento dei servizi di Tpl?	“	19
Allegati		
1. Art. 23- <i>bis</i> del D.L. n. 112/08, così come modificato dall'art. 15 del D.L. n. 135/09, coordinato con la legge di conversione 166/09	“	21
2. Decreto del Presidente della Repubblica n. 168 del 7 settembre 2010	“	26

Introduzione

Gli ultimi anni il settore del Trasporto Pubblico Locale (da qui in poi Tpl) ha conosciuto un intenso periodo di produzione normativa, con leggi, decreti, regolamenti rivolti più a sconfessarsi l'un l'altro che a disegnare un quadro chiaro e definitivo all'interno del quale rilanciare un settore ormai stabilmente in territorio di crisi.

Detto ciò, prima di avviare un ragionamento più dettagliato delle norme, della loro interazione e dei buchi interpretativi con cui ancora oggi il settore del Tpl deve convivere, appare utile introdurre uno schema temporale delle varie norme allo scopo di presentare un quadro il più possibile sintetico delle leggi che sono oggi in vigore e di quelle ormai superate per incompatibilità. Il quadro che segue riepiloga velocemente quelle più datate, con un maggior dettaglio di quelle degli ultimi anni.

Tav. 1 – Le principali norme di disciplina del Tpl

Data	Norma
19 Novembre 1997	D.lgs. n. 422/97 (<i>Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale</i>)
20 Settembre 1999	D.lgs. n. 400/99 (<i>Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422</i>)
31 Marzo 2004	Direttiva 2004/17/CE (<i>Procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali</i>)
31 Marzo 2004	Direttiva 2004/18/CE (<i>Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi</i>)
28 Ottobre 2004	Regolamento (CE) n. 1874/2004 (<i>Modifiche alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE</i>)
31 Gennaio 2007	D.L. n. 7/07 (<i>Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese</i>)
23 Ottobre 2007	Regolamento (CE) n. 1370/2007 (<i>Relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia</i>)
25 Giugno 2008	D.L. n. 112/08 (<i>Disposizione urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione delle finanze pubbliche e la perequazione tributaria</i>)
6 Agosto 2008	Legge n. 133/08 (<i>Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112</i>)
10 Febbraio 2009	D.L. n. 5/09 (<i>Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi</i>)
9 Aprile 2009	Legge n. 33/09 (<i>Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5</i>)

(segue)

(continua)

Data	Norma
5 Maggio 2009	Legge n. 42/09 (<i>Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione</i>)
23 Luglio 2009	Legge n. 99/09 (<i>Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia</i>)
3 Agosto 2009	Legge 102/09 (<i>Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali</i>)
25 Settembre 2009	D.L. n. 135/09 (<i>Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee</i>)
20 Novembre 2009	Legge n. 166/09 (<i>Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135</i>)
7 Settembre 2010	Decreto del Presidente della Repubblica n. 168 (<i>recante Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133</i>)
29 Dicembre 2010	D.L. n. 225/10 (<i>Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie</i>)

La struttura del rapporto cercherà di ricalcare le novità normative degli ultimi 3 anni, indicando quali caratteri del *corpus* normativo del Tpl appaiono, secondo l'opinione degli autori, ormai acquisiti e privi di dubbi interpretativi e, soprattutto, quali aspetti ancora oggi non hanno raggiunto un adeguato livello di equilibrio tra le competenze, e le esigenze, dei vari livelli della Pubblica Amministrazione (Stato, Regioni, Enti locali).

Prima di procedere all'esposizione ragionata delle nuove norme non si può fare a meno di considerare le recenti disposizioni in grado di incidere sulle risorse pubbliche per il Tpl. Il D.L. n. 78/10, convertito nella Legge n. 122/10, volto all'introduzione di misure per la "stabilizzazione finanziaria dei conti pubblici", produceva una serie di tagli ai trasferimenti statali verso le Regioni e gli Enti locali, e tra questi rientravano quelli per il settore del trasporto che, secondo varie stime, potevano riguardare il 15-20% del budget complessivo destinato ai trasporti locali, con chiari effetti sull'offerta. Nello specifico l'articolo 14 della manovra economica tagliava ai trasferimenti dallo Stato alle Regioni in totale 4 miliardi di euro per il 2011 e 4,5 miliardi di euro a decorrere dal 2012¹. Solo negli ultimi giorni del 2010 all'interno del percorso generale che porterà al

¹ Cfr. Federmobilità, *Con i tagli della manovra, trasporto pubblico locale in seria difficoltà*, Comunicato stampa del 5 ottobre 2010

federalismo fiscale il Governo e le Regioni hanno raggiunto un accordo per allentare i tagli al Tpl².

In caso di assenza dell'accordo "in extremis" i tagli avrebbero determinato non solo una diminuzione dell'offerta di servizi, come già detto, ma anche crescita dei disagi sociali, incrementi tariffari, riduzione dell'occupazione e verosimilmente maggiore congestionamento del traffico e inquinamento³.

Ma tutto ciò due conseguenze le ha già prodotte, come si vedrà nel seguito del presente documento, vale a dire il blocco di alcune gare per l'affidamento dei servizi, i cui bandi erano stati costruiti sulla base di una disponibilità finanziaria oggi (forse) non più garantita, nonché lo spostamento in avanti del periodo di transizione per l'avvio delle procedure a evidenza pubblica.

In termini generali nasce un "nuovo" problema, quello della capacità degli Enti appaltatori di impegnarsi per 6-9 anni (durata tipica dei contratti di servizio) in un clima di incertezza sulle risorse disponibili e, di conseguenza, dell'effettiva partecipazione di soggetti privati in competizioni dove uno dei fattori determinanti (il prezzo) non appare sempre garantito.

² Le misure tuttavia ancora oggi non si sono tradotte in reali atti. Infatti, recentemente la Conferenza delle Regioni ha chiesto al Governo di far fronte agli impegni sottoscritti con l'Accordo fra Governo e Regioni raggiunto il 16 dicembre 2010 inserendo nella legge di conversione del DL (n. 225/10, c.d. decreto milleproroghe) le norme che recepiscono l'Accordo che riguardano:

1. il maggior finanziamento del Trasporto Pubblico Locale per l'anno 2011 per 75 ml in aggiunta ai 425 ml previsti dalla legge di stabilità;
2. reintegro dei fondi per 400 ml per il 2011 per esigenze di TPL a fronte del completo adempimento da parte delle regioni dell'Accordo del 12 febbraio 2009 in materia di fondo sociale europeo;
3. esclusione dal patto di stabilità delle spese per il finanziamento del TPL (425 ml legge di stabilità + 75 ml da stanziare + 400 ml reintegro dei fondi per TPL per adempimento Accordo 12 febbraio 2009) e delle spese finanziate con il Fondo nazionale politiche sociali (200 ml).

Cfr. Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome (11/05/CU2/C2), *Parere sul disegno di legge di conversione in legge del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 recante: "Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie"*. (A.S. n. 2518), Roma 20 gennaio 2011.

Nel caso di effettiva introduzione dei provvedimenti sopra elencati ASSTRA stima una diminuzione delle risorse nell'ordine del 2,5%.

³ Le Regioni avevano deciso di far fronte ai tagli attraverso una serie di strumenti di politica regionale secondo il seguente ordine prioritario:

- 1) efficientamento del sistema trasportistico nella misura minima del 2%;
- 2) aumento delle tariffe entro il limite del 30%;
- 3) riduzione dei servizi entro il limite del 15%.

Cfr. Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Riduzione delle risorse statali e trasporto pubblico locale – Misure di politica regionale – Contratti di servizio per il trasporto ferroviario regionale di Trenitalia*, Atto n. 10/135/CR5/C4 del 9 dicembre 2010

1. L'art. 23-bis e il Regolamento di attuazione. Il punto di arrivo?

1.1. La prima “versione” dell’art. 23-bis (D.L. n. 112/08)

L’art. 23-bis del decreto legge 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge 133/08⁴, sui servizi pubblici locali nella sua prima formulazione individuava la gara per i servizi quale forma ordinaria e, in via del tutto eccezionale, indicava la possibilità dell’affidamento diretto *in house*.

Allo stesso tempo l’articolo rinviava la disciplina di dettaglio all’emanazione, entro 180 giorni dall’entrata in vigore della legge, di uno o più regolamenti di attuazione da parte del Governo.

L’articolo in questione sanciva al secondo comma che *il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, 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, proporzionalità*.

Il terzo comma proseguiva specificando che *in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni 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 può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria*⁵. In altri termini, con l’approvazione della Legge 133/08 si individuavano le nuove modalità ordinarie di affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica, generalmente la gara per i servizi e, secondo

⁴ Legge 6 agosto 2008, n. 133 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 195 del 21 agosto 2008 - Suppl. Ordinario n. 196.

⁵ L’art. 23-bis proseguiva indicando le condizioni per poter aderire alle forme di affidamento in deroga alle vie ordinarie (4° comma), la possibilità di affidare a privati la gestione delle reti (5° comma), l’opportunità di affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali (6° comma), la possibilità per le Regioni e gli Enti locali di definire bacini di gara in modo da sfruttare eventuali economie di scala e di scopo (7° comma), i limiti di acquisire la gestione di ulteriori servizi pubblici per i soggetti titolari di servizi affidati con procedure diverse dalla gara (9° comma), l’obbligo per il Governo di emanare uno o più Regolamenti per la disciplina, tra l’altro, della distinzione netta tra le funzioni di regolazione e quelle di gestione, nonché della cessione dei beni in caso di subentro (10° comma).

una interpretazione estensiva della norma⁶, il partenariato pubblico-privato, nonché la possibilità di utilizzare, in deroga, l'affidamento *in house*.

Particolare attenzione meritava l'ipotesi di affidare i servizi a società miste a partecipazione pubblico-privata con la scelta del socio privato attraverso la gara, vale a dire la possibilità di usufruire di una tipologia di affidamento incoraggiata da alcune associazioni datoriali⁷, caldeggiata dalla Commissione Europea⁸ e già utilizzata da diverse Amministrazioni (ad esempio, Comune di Genova, alcune Province delle Marche, recentemente la Provincia di Modena).

1.2. Gli interventi normativi prima della nuova “versione” dell'art. 23-bis

Nel 2009 tuttavia, si sono succedute nel giro di pochissimi mesi la legge n. 33, la legge 99 e la legge 166.

La prima, nel modificare il D.Lgs. 422/97, introduce la seguente disposizione: *Al fine di garantire l'efficace pianificazione del servizio, degli investimenti e del personale, i contratti di servizio relativi all'esercizio dei servizi di trasporto pubblico ferroviario comunque affidati hanno durata minima non inferiore a sei anni rinnovabili di altri sei, nei limiti degli stanziamenti di bilancio allo scopo finalizzati*. Si apriva così, in altre parole, una nuova finestra per gli affidamenti diretti nel ferro per un periodo di 12 anni.

La seconda, nell'affermare la necessità di un maggior coordinamento con le norme europee, indica che le modalità di affidamento sono quelle elencate nel Regolamento europeo 1370/2007⁹, e che le Regioni hanno la possibilità di usufruire di un periodo di transizione fino al dicembre 2019¹⁰.

⁶ Cfr. CGIL, *Nota sull'articolo 23 bis della Legge 133/2008 relativa ai Servizi Pubblici Locali*, Roma, novembre 2008;

Confservizi, *La riforma dei servizi pubblici locali recata dall'art. 23-bis del D.L. 112/2008*, circolare del 22 settembre 2008

⁷ Cfr. Asstra, *La luce della lanterna. Viaggio nella mobilità collettiva*, Roma, 2008;

Anav-Asstra, *Chi fa che cosa? Risorse e regole per lo sviluppo del TPL*, presentazione al convegno organizzato a Taranto il 25 settembre 2008

⁸ Cfr. Commissione Europea, *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM(2004) 327 Definitivo del 30 aprile 2004; Commissione Europea, *Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati*, C(2007)6661 del 5 febbraio 2008.

⁹ Art. 5 *Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico*

¹⁰ Art. 61 della Legge n. 99/09: *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*

La terza e ultima legge (166/09), apportando alcune modifiche al già più volte citato art. 23-*bis*, rendeva quest'ultimo il nuovo punto di riferimento per la disciplina degli affidamenti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, trasporto pubblico (locale) incluso.

Per ultimo non si possono non richiamare le recenti disposizioni in tema di federalismo fiscale e, in particolare, la Legge n. 42/09 che delega il Governo all'emanazione di una serie di decreti, tra cui uno a cui spetterà l'onere di individuare i meccanismi per il calcolo delle risorse che lo Stato trasferirà alle Regioni a sostegno del trasporto pubblico locale e regionale. I passaggi cruciali sono rappresentati dall'individuazione dei costi standard (stima di un costo efficiente-obiettivo in relazione alla specifica impresa) e dei livelli adeguati di servizio, passaggi tutt'altro che semplici e, vista l'estrema ampiezza interpretativa dei concetti¹¹, chiaramente influenzabili da opportunità "politiche". Questo argomento, tuttavia, per quanto centrale per il futuro del sistema dei trasporti pubblici locali non verrà qui approfondito, date anche le profonde incertezze che tutt'oggi aleggiavano sull'operato del Governo.

1.3. L'ultima (?)¹² "versione" dell'art. 23-*bis* (Legge n. 166/09)

Come detto, con la Legge 166, sempre del 2009, si introducevano alcune modifiche all'art. 23-*bis* che ritorna quindi ad essere la norma di riferimento in tema di affidamento dei servizi, ma non solo. Vediamo gli aspetti più rilevanti di questo articolo nella sua ultima formulazione.

Il primo comma definisce l'ambito di applicazione, vale a dire i servizi pubblici locali di rilevanza economica, nonché i confini di applicazione individuando esplicitamente alcune tipologie di servizi esclusi. Nello specifico, non sono disciplinati dall'art. 23-*bis* i settori del gas, della distribuzione di energia elettrica e del trasporto ferroviario regionale.

Tra questi merita particolare attenzione la disposizione che facendo riferimento al trasporto ferroviario regionale rimanda al decreto legislativo 422/97, e in particolare all'art. 18, recentemente modificato dal comma 3-ter) dall'art. 7 della legge 33/09, ma già superato, come si vedrà in seguito, dalle disposizioni della legge 99/09.

(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.

¹¹ Cfr. Mario Sebastiani, *Federalismo fiscale e trasporto pubblico locale: costi standard e finanziamento pubblico. Nuove opportunità per la politica industriale?*, Roma, 6 novembre 2009

¹² Il punto interrogativo nasce dalle recenti dichiarazioni di alcuni membri del Governo che esprimono l'intenzione di approvare nuove misure volte alla liberalizzazione dei servizi pubblici e, soprattutto, dalla recente decisione di ammissibilità da parte della Corte Costituzionale del referendum avente ad oggetto l'abrogazione dell'intero art. 23-*bis* (Sentenza n. 24 del 26 gennaio 2011).

L'esplicito richiamo al trasporto ferroviario regionale introduce l'esame sulla possibile esclusione di tutti quei servizi di competenza delle Regioni, "limitando" il campo di applicazione del presente articolo ai servizi di competenza delle Province e dei Comuni. Il problema di fondo è che la nozione legislativa di "servizi pubblici locali di rilevanza economica" sembra non trovi applicazione con riferimento agli affidamenti effettuati direttamente dalle Regioni¹³.

Rispetto a questo tema esistono due "correnti di pensiero". Parte della dottrina ritiene che l'aver escluso espressamente i servizi di trasporto ferroviario regionale dall'ambito di applicazione dell'art. 23-*bis*, nonché l'aver precisato tramite il comma 1-*bis* dell'art. 15 del Decreto 135/2009 che *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*, siano indizi di per sé sufficienti per concludere che l'art. 23-*bis* e il relativo Regolamento si applicano a tutti i servizi pubblici locali, salvo quelli espressamente esclusi, e quindi anche ai servizi pubblici affidati dalle Regioni. Una parte, tuttavia minoritaria, della dottrina ritiene invece che questa conclusione non sia così scontata, per cui sarebbe opportuno che la norma precisasse il trattamento da riservare ai servizi pubblici affidati direttamente dalle Regioni, prevedendo comunque l'assoggettamento dei servizi pubblici affidati dalle Regioni al campo di applicazione dell'art. 23-*bis*.

Nel considerare questa ultima "corrente di pensiero" nasce un ulteriore elemento di confusione: non appare chiaro se sono da escludere dal campo di applicazione della norma solo quei servizi che il D.lgs. 422/97 attribuisce alle Regioni (vedi comma 1 dell'art. 7 *Le regioni, in conformità ai singoli ordinamenti regionali e sentite le rappresentanze degli enti e delle autonomie locali, conferiscono alle province, ai comuni e agli altri enti locali tutte le funzioni e i compiti regionali in materia di trasporto pubblico locale ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, che non richiedono l'unitario esercizio a livello regionale*), oppure anche quei servizi che, nel mancato rispetto di quanto sancito dal D.lgs. 422/97, sono ancora nella sfera delle competenze dell'Ente regionale.

In termini generali sembrerebbe prevalere la prima ipotesi, vale a dire l'idea che la disciplina dei servizi di trasporto regionale su gomma non possa prescindere dai dettami dell'art. 23-*bis*. Una prima conferma viene da un recente parere¹⁴

¹³ Occorre tuttavia ricordare che in una sentenza la Corte Costituzione (n. 7369 del 13 dicembre 2006), nonché in un parere della stessa Corte (n. 322 del 25 settembre 2007), nell'interpretare la nozione di "servizio pubblico locale di rilevanza economica" rimanda a quella più ampia di "servizio economico generale" impiegata nell'ordinamento europeo. Ciò porta all'inclusione dei servizi regionali nell'ambito dell'art. 23-*bis*.

¹⁴ Parere n. AS793 pubblicato nel Bollettino settimanale n. 2 del 31 gennaio 2011.

dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che nel rispondere alla Regione Abruzzo specifica che *se con la locuzione “servizi pubblici locali” si fa generalmente riferimento ai servizi svolti dagli enti pubblici locali – vale a dire da Province e Comuni –, ciò non appare tuttavia implicare che i “servizi pubblici locali” siano esclusivamente quelli svolti da tali enti. Infatti, dal più ampio contesto della normativa speciale di settore emergono elementi che sembrano giustificare l'adozione di un'interpretazione estensiva della norma di cui all'art. 23-bis, tale da ricomprendere anche i servizi regionali*¹⁵.

Il secondo e il terzo comma trattano dell'affidamento dei servizi. Il primo dei due commi individua le forme ordinarie, vale a dire:

- 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, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità 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. Si tratta della c.d. gara a “doppio oggetto”.

Mentre la prima tipologia costituisce la fattispecie tipica dell'affidamento con gara, nel caso della gara a “doppio oggetto”, dopo un lungo travaglio giurisprudenziale e normativo, si è confermata la legittimità del modello della società mista, definendone tuttavia il perimetro¹⁶. L'ipotesi su cui si basa è che

¹⁵ È tuttavia utile rimarcare che l'Autorità nel formulare il proprio parere si pone come obiettivo principale quello di limitare *l'insorgere di nuovi ostacoli al difficile processo di liberalizzazione dei servizi di trasporto pubblico locale*.

¹⁶ Pur non volendo in questo documento riaprire il dibattito sulla natura della “gara a doppio oggetto” (oltretutto risolta dal legislatore), appare utile domandarsi sugli effettivi vantaggi che questa forma di affidamento può portare alla collettività, andando appunto a disciplinare un servizio pubblico. Per fare ciò si procederà con un esempio: supponiamo l'avvio di una gara a doppio oggetto che prevede quale specifico compito operativo la manutenzione del parco veicolare; ebbene l'Ente pubblico si troverà di fronte alla necessità di predisporre (quindi riempire) tutti i documenti di gara, vale a dire: Bando di gara per la selezione del socio privato; schema di Statuto della società a capitale misto pubblico-privato; schema di Contratto di servizio; schema di Patto parasociale; schema di Contratto di opzione avente a oggetto la partecipazione riservata al socio privato.

Tutto ciò per dare in gestione a un privato la manutenzione del parco veicolare, operazione molto più facile da realizzare attraverso un “semplice” contratto di fornitura di servizi. Si può certo affermare che con la gara a doppio oggetto l'azienda pubblica può acquisire nuovo *know-how*, ma ciò è valido solo se a termine del contratto di servizio non si provvederà a una nuova gara a doppio oggetto, oppure nel caso di individuazione di nuovi compiti specifici.

alla mancata gara “a valle” per l’affidamento del servizio possa supplire il ricorso “a monte” alla procedura di gara per la scelta del socio privato¹⁷. La norma individua, inoltre, tre presupposti già sopra esposti.

Tale conclusione in questi ultimi anni ha trovato diversi elementi di “appoggio”, sia nazionali, sia comunitari. In ambito nazionale si può ricordare un parere del Consiglio di Stato¹⁸ che recita: *l’attività che si ritiene “affidata” (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l’attribuzione dei suoi compiti operativi e quella della qualità di socio*. Un’altra pronuncia in tal senso viene da una sentenza dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹⁹, che tra l’altro sancisce che *la Commissione europea tende ad assimilare il partenariato pubblico-privato di tipo istituzionalizzato a quello di tipo puramente contrattuale e, perciò, a considerare applicabile anche al primo tipo di partenariato il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*. Per quanto riguarda l’ambito comunitario oltre al Libro Verde sui PPP del 2004 (COM 2004/327) occorre segnalare la Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 2008²⁰ che indica: *una via possibile per la costituzione di un partenariato pubblico privato che dal punto di vista della Commissione può essere adatto per garantire l’applicazione dei principi comunitari ed al tempo stesso evitare la doppia gara (...una per scegliere il partner privato ed una per l’aggiudicazione del contratto o della concessione alla società mista...) è questo: il partner privato è scelto tramite una gara pubblica il cui oggetto è contemporaneamente l’aggiudicazione del contratto pubblico o della concessione che sarà affidata alla futura società mista, ed il contributo operativo del partner privato al raggiungimento di tale obiettivo e/o il suo apporto alla gestione della società mista. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione della società mista e dall’aggiudicazione del contratto o della concessione alla società stessa*.

Il terzo comma introduce una deroga agli affidamenti ordinari, prevedendo la possibilità dell’*in house*, ma solo 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. Inoltre, l’ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base a un’analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all’Autorità 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.

Nel valutare l’*in house* non si può non tener conto di quanto previsto dall’art. 4-bis della legge 102/09 che impone alle autorità competenti di *aggiudicare tramite*

¹⁷ Cfr. Germano Scarafiocca, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Articolo pubblicato su www.dirittodeiservizipubblici.it il 27 gennaio 2010

¹⁸ Consiglio di Stato, Adunanza Sezione II, parere n. 456 del 18 aprile 2007

¹⁹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1

²⁰ C-6661 del 5 febbraio 2008

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. Tale norma non può che aggiungere un ulteriore elemento di scoraggiamento all'uso di questa forma di affidamento diretto.

I restanti commi prevedono la possibilità dell'affidamento simultaneo di una pluralità di servizi pubblici ma solo attraverso la gara e nel caso in cui può essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa, nonché introducono un periodo di transizione che si ferma alla data del 31 dicembre 2010, anche se per alcune forme di affidamento già adottate dalle Autorità pubbliche individua periodi più lunghi. In tema di periodo di transizione un recente decreto (in c.d. decreto milleproroghe²¹) ha disposto il prolungamento del periodo di transizione, ma con esclusivo riferimento al Tpl, fino al 31 marzo 2011, prevedendo inoltre la possibilità di un ulteriore prolungamento fino al 31 dicembre 2011 attraverso un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri²².

Al comma 9 si introduce il divieto per 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 servizi in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica o di una gara a “doppio oggetto”, di acquisire la gestione di ulteriori servizi ovvero in ambiti territoriali diversi. Queste stesse società non possono 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, e non possono partecipare a gare. Nel caso della gara a “doppio oggetto” appare ormai consolidato l'orientamento che tali divieti non si applicano al socio privato.

Il comma 10 impegna il Governo ad emanare uno o più regolamenti per approfondire alcuni elementi che vedremo più avanti, mentre con l'ultimo comma si fanno salvi i contratti di servizio in essere nelle Regioni a Statuto Speciale e nelle Province Autonome di Trento e Bolzano.

1.4. Il Regolamento di attuazione dell'art. 23-bis

Il 7 settembre 2010 con Decreto del Presidente della Repubblica è stato emanato, con largo ritardo rispetto a quanto previsto dalla norma, il Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

²¹ D.L. n. 225 del 29 dicembre 2010 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie).

²² Nasce qui il legittimo timore che la storia del D.Lgs. 422/97 possa ripetersi!
Cfr. Isfort, *Il Trasporto Pubblico Locale (Tpl): il quadro normativo comunitario, il quadro normativo italiano e lo stato di attuazione della riforma nelle Regioni*, Roma 10 aprile 2007

In termini generali, il Regolamento vuole disciplinare numerosi aspetti che in alcuni casi possono apparire di competenza esclusiva delle Regioni. In particolare, pur non contestando la legittimità di un intervento statale per favorire la tutela della concorrenza, parte della dottrina ritiene che già l'art. 23-*bis*, oltre appunto al Regolamento attuativo, non si limitino a indicare un percorso per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali, ma entrino in dettagli "operativi" che dovrebbero essere di competenza del legislatore regionale.

A riguardo appare utile ricordare un passaggio di una circolare di Confservizi (Prot. n. 327/08/AG/PR/gg) che nel commentare un periodo del comma 1 dell'art. 23-*bis* (le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili) richiama una sentenza della Corte Costituzionale (n. 272/2004), sottolineando che il titolo di legittimazione statale è *riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, con il che *solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali*. Pertanto, proprio in applicazione del criterio della proporzionalità e adeguatezza, che consente di delimitare l'ambito di applicazione di una "materia-funzione" qual è la tutela della concorrenza, era stata dichiarata la incostituzionalità delle previsioni statali che introducevano prescrizioni dettagliate e autoapplicative che andavano al di là della doverosa tutela degli aspetti concorrenziali inerenti l'aggiudicazione dei servizi.

Considerando ora i vari articoli del Regolamento, il primo definisce l'ambito di applicazione rimarcando quanto già detto commentando l'art. 23-*bis*.

Il secondo articolo nel normare l'attribuzione dei diritti di esclusiva introduce la c.d. "concorrenza nel mercato", vale a dire la possibilità per più soggetti di operare all'interno di uno stesso mercato (che può essere, in estremo, anche una sola linea), senza tuttavia godere di alcun contributo pubblico. A ben guardare non si tratta altro che di una estensione a Province (e Regioni) di quanto aveva già stabilito il c.d. decreto Bersani (D.L. 223/06).

L'articolo in questione è stato oggetto di modifiche che hanno determinato, tra l'altro, l'introduzione di un obbligo per gli Enti: la realizzazione di una analisi di mercato per verificare l'effettiva "inadeguatezza" della concorrenza nel mercato a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità locale e, in seguito, l'adozione di una delibera quadro di illustrazione dell'istruttoria, entro ottobre 2011, da trasmettere all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Questa previsione tuttavia può mettere in difficoltà quegli Enti che da un lato si trovano ad affrontare la scadenza dei contratti di servizio affidati con modalità diverse da quelle esplicitamente elencate dal comma 8 dell'art. 23-*bis* (ad oggi 31 marzo 2011 dopo la recente adozione del decreto milleproroghe), dall'altro lato la necessità/possibilità di effettuare l'analisi di mercato prima di procedere all'affidamento dei servizi. Come gestire questo periodo di vacanza?

Il legislatore/esecutivo provvederà a spostare in avanti, ancora una volta, la scadenza del periodo di transizione²³ o gli Enti “giocheranno” sull’assenza di sanzioni in caso di non celere affidamento dei servizi secondo quanto disciplinato dall’art. 23-*bis*?

Passando ora all’art. 3 del Regolamento, questo individua le norme generali per l’affidamento dei servizi pubblici locali. Volendo procedere ad una lettura critica si possono individuare i seguenti elementi.

Al comma 3 lettera a) si prevede che il bando di gara escluda 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*. Il concetto è chiaro e condivisibile se si considera soltanto lo spirito di base che muove l’intero Regolamento (vale a dire la promozione della concorrenza e, di conseguenza, l’individuazione di regole utili alla più ampia partecipazione alle gare), ma non è di semplice traduzione applicativa nel settore del trasporto pubblico locale. La definizione di quali siano i beni essenziali non duplicabili a costi socialmente sostenibili potrebbe essere tema di dibattito infinito, come peraltro ha dimostrato l’esperienza delle gare italiane, in cui si sono visti casi che non individuavano alcun bene essenziale, altri che hanno fatto rientrare in questo concetto i depositi e altri ancora che hanno definito come beni essenziali sia le rimesse che i mezzi di trasporto.

A dimostrazione dello stato di confusione che caratterizza questo tema, appare utile ricordare una segnalazione al Parlamento e al Governo dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AS262 pubblicato nel bollettino n. 26/2003) che nel trattare il reperimento del materiale rotabile ferroviario necessario per l’espletamento delle gare per l’aggiudicazione dei servizi ferroviari di competenza regionale, specifica che: *va rilevato che anche laddove si possa attribuire al materiale rotabile il carattere di essenzialità, (...) tale eventualità rappresenterebbe un presupposto necessario ma non sufficiente ai fini della qualificazione del bene come essential facility e del conseguente obbligo di garantirne l’accesso a chiunque ne faccia richiesta. A tal fine, è infatti necessario verificare la sussistenza dell’ulteriore presupposto della non convenienza della duplicazione della risorsa a costi socialmente sostenibili. (...) l’Autorità ritiene che il materiale rotabile, sebbene essenziale per l’esercizio*

²³ La Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome nel fornire un parere sul recente decreto milleproroghe, chiedono l’inserimento del seguente emendamento: *Limitatamente al settore del trasporto pubblico locale, il termine di cui alla lettera “e” del comma 8 dell’articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n.112, convertito con modificazioni nella legge 6 agosto 2008, n. 133, è prorogato fino al termine corrispondente al compimento del nono mese decorrente dalla data di entrata in vigore della norma con cui sarà previsto che le risorse per i servizi di cui all’articolo 9 del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 sono sostituite adeguando le misure della compartecipazione di cui al comma 296 dell’articolo 1 della legge 24 dicembre 2007, n. 244.*

In altri termini si vuol legare l’avvio delle gare alla disponibilità di risorse adeguate, rimarcando il problema di “affidabilità” già segnalato nel paragrafo introduttivo del presente documento.

dei servizi di trasporto ferroviario di competenza regionale e seppur di difficile reperibilità sul mercato, non possa considerarsi non duplicabile a costi socialmente sostenibili e pertanto non può essere riconosciuto ad esso il carattere di essential facility.

Seguendo questa logica, ad esempio, gli autobus non rientrerebbero nel campo di applicazione di questo comma, nonché del successivo art. 10 (Cessione dei beni in caso di subentro). La norma però sembrerebbe limitarsi a escludere 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*, però non vieta che l'ente affidante, tramite accordi con i proprietari dei beni necessari per l'effettuazione dei servizi, li possa rendere disponibili per i gestori subentranti. Il vero problema che si potrebbe porre è quello di capire il possibile orientamento della giurisprudenza qualora un concorrente contesti il bando partendo dal presupposto che i suoi beni patrimoniali sono migliori e/o meno costosi di quelli messi a disposizione dall'ente appaltante.

Sempre l'art. 3, ma al comma 3 lettera c), prevede che *ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento sia commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore e che in ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti beni*. Cosa succede qualora non siano previsti investimenti, in quanto le immobilizzazioni materiali sono rese disponibili dal soggetto affidante tramite formule diverse dall'acquisto, non è dato sapere. Sarebbe forse opportuno fare riferimento o alle sole discipline di settore, oppure al concetto di periodo di ammortamento dei beni di investimento normalmente utilizzati nella tipologia di servizio pubblico del cui affidamento si tratta.

La lettera d) prevede che nel bando di gara si *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 una oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento*.

L'analisi che può portare all'esclusione di forme di aggregazione non fa tanto riferimento alla tipologia che può assumere (consorzio o raggruppamento), quanto piuttosto alla capacità di questa aggregazione di produrre effetti restrittivi della concorrenza. Sul tema è opportuno segnalare un passaggio del parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sull'affidamento ad un gestore unico del servizio di Tpl nella Regione Friuli Venezia Giulia (AS449 pubblicato nel bollettino n. 8/2008), che nel commentare il bando di gara proposto dalla Regione specifica *sembra necessario evidenziare che il ricorso all'ATI, seppure importante al fine di consentire un ampliamento dell'offerta potenziale, dovrà essere espressamente circoscritto allo sviluppo di sinergie tra operatori che, in ragione delle precipue caratteristiche del bando (aggregazione territoriale e integrazione modale), non*

sarebbero in grado di partecipare autonomamente alla gara, presentando offerte effettivamente competitive.

L'ultima lettera del comma, inserita solo nell'ultima versione del Regolamento, prevede l'obbligo di inserire nel bando di gara l'adozione di una Carta dei servizi allo scopo di *garantire trasparenza informativa e qualità del servizio*. Appare tuttavia difficile immaginare che la sola Carta dei servizi sia in grado di garantire la "qualità dei servizi" senza affiancare a questa meccanismi di premio/penalità in relazione ai risultati raggiunti. Meccanismi pur previsti nella prima versione del Regolamento ma "opportunamente" abrogati²⁴.

Al comma 4 sono indicati alcuni elementi obbligatori da inserire nei bandi delle gare "a doppio oggetto": criteri di valutazione delle offerte che, di norma, privilegiano la qualità e i corrispettivi dei servizi piuttosto che il prezzo delle quote societarie; coincidenza tra durata del servizio e periodo entro cui il socio privato debba svolgere gli specifici compiti operativi; criteri di liquidazione del socio privato alla scadenza del contratto di servizio (elementi individuati dalla stessa giurisprudenza come caratteri necessari per definire una gara a "doppio oggetto").

L'art. 4 fissa le soglie per cui si richiede il parere preventivo dell'Antitrust prima di procedere all'affidamento *in house*, ovvero nel caso in cui il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera i 200.000 euro annui. Tuttavia, né il Regolamento, né nell'art. 23-*bis* definiscono le conseguenze in caso di parere negativo dell'Antitrust, determinando quindi una "modesta e indiretta" efficacia della norma. Ad esempio, nulla ha vietato al Comune di Roma di affidare direttamente i servizi di *car sharing* ad Atac anche se l'Autorità nel valutare la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 23-*bis* (presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento) indica che *l'Amministrazione Comunale non ha dimostrato la sussistenza di tali peculiarità e, quindi, delle ragioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato per l'affidamento della gestione di tale servizio*²⁵. Ciò nonostante, è facile ritenere che il parere eserciterà una forte influenza sul giudice amministrativo se chiamato a pronunciarsi.

Gli articoli 5, 6 e 7 introducono una serie di vincoli, non poco stringenti, per le imprese che godono di un affidamento diretto: soggezione al patto di stabilità interno (art. 5), utilizzo di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto dei beni e dei servizi (art. 6), rispetto dei principi previsti per le procedure di reclutamento del personale nelle Amministrazioni pubbliche (art. 7).

²⁴ Il comma 5 dell'articolo 3 della prima versione del Regolamento prevedeva: *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.*

²⁵ Cfr. Parere n. AS/603 pubblicato nel bollettino n. 36/2009

Questi ultimi due articoli si applicano anche alle imprese che gestiscono i servizi di Tpl a seguito di una gara “a doppio oggetto”. Ciò crea qualche dubbio sulla congruità tra le suddette previsioni e l’inserimento della gara “a doppio oggetto” tra le forme ordinarie di affidamento. Nello specifico non appare del tutto coerente il diverso trattamento tra le imprese vincitrici di una “normale” gara e quelle (pubbliche) che gestiscono i servizi dopo una gara “a doppio oggetto”, le quali, inoltre, 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 (comma 9 dell’art. 23-*bis*).

L’art. 8 norma la distinzione di funzioni tra il regolatore e il gestore, prevedendo un regime di incompatibilità molto rigido, mentre l’art. 9 regola il principio di reciprocità con i paesi non appartenenti all’Unione Europea.

L’art. 10 disciplina la cessione dei beni strumentali non duplicabili a costi socialmente sostenibili in caso di subentro, prevedendo o la cessione gratuita dei beni, qualora essi siano completamente ammortizzati, oppure la corresponsione di un importo pari al valore contabile non ancora ammortizzato, al netto degli eventuali contributi pubblici, qualora il bene non sia stato ancora completamente ammortizzato.

Questa norma potrebbe presentare diversi profili di incostituzionalità. In primo luogo, la norma sembrerebbe essere in contrasto con l’art. 41 della Costituzione che sancisce il principio di libertà di iniziativa economica degli operatori, nonché con il diritto di autodeterminazione degli stessi, in quanto apparirebbe “inammissibile” l’obbligo per i subentranti di acquistare i beni dai precedenti gestori (o per i precedenti gestori di cedere i beni al subentrante) a condizioni economiche più sfavorevoli rispetto a quelle che si potrebbero determinare nel libero mercato. In secondo luogo, la norma sembrerebbe contrastare con le disposizioni costituzionali che regolano il diritto di proprietà (tra cui quelle di espropriazione per pubblica utilità), per cui apparirebbe inverosimile che se il bene è stato acquisito con risorse private debba essere reso disponibile a costo zero, o al valore contabile residuo. In terzo luogo, la materia parrebbe essere, ai sensi dell’art. 117 della Costituzione, di competenza regionale.

Occorre tuttavia evidenziare come il legislatore nella versione definitiva del Regolamento abbia inserito la seguente previsione: *restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento, nonché restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell’entrata in vigore del presente regolamento.* Ciò determina un primo depotenziamento delle criticità prima evidenziate ma certamente non le annulla del tutto.

Gli ultimi due articoli, infine, prevedono la possibilità di risoluzione non giurisdizionale delle controversie e l'abrogazione puntuale di alcune disposizioni.

1.5. Nell'ipotesi di un trasporto regionale non disciplinato dall'art. 23-bis

Come già introdotto nei paragrafi precedenti, la definizione di servizi pubblici locali utilizzata dall'art. 23-bis fa nascere il dubbio di una disciplina diversa tra trasporto pubblico di competenza regionale e trasporto pubblico di competenza degli Enti locali (province e comuni).

In linea di principio nell'affrontare questo argomento sarebbe opportuno distinguere tra trasporto su gomma e trasporto su ferro (intendendo sempre l'ambito regionale); tuttavia essendo quest'ultimo certamente fuori dal recinto dell'art. 23-bis è possibile procedere allo studio delle norme oggi vigenti per la ferrovia tenendo sempre a mente che queste stesse norme, in linea del tutto teorica, potrebbero valere anche per il trasporto pubblico su gomma.

1.5.1. Le norme per il trasporto regionale su ferro

Già più volte si è accennato nelle pagine precedenti, che l'art. 23-bis prima e il relativo Regolamento attuativo dopo, hanno escluso dal loro ambito di applicazione il trasporto ferroviario regionale.

Per definire l'impianto normativo che disciplina questo settore occorre quindi far riferimento alle Leggi 33 e 99 del 2009, nonché alla Legge 102 dello stesso anno.

In particolare il comma 3-ter) dall'art. 7 della Legge 33/09 nel modificare l'art. 18 del D.lgs. 422/97 ha introdotto il seguente passaggio: *al fine di garantire l'efficace pianificazione del servizio, degli investimenti e del personale, i contratti di servizio relativi all'esercizio dei servizi di trasporto pubblico ferroviario comunque affidati hanno durata minima non inferiore a sei anni rinnovabili di altri sei, nei limiti degli stanziamenti di bilancio allo scopo finalizzati.*

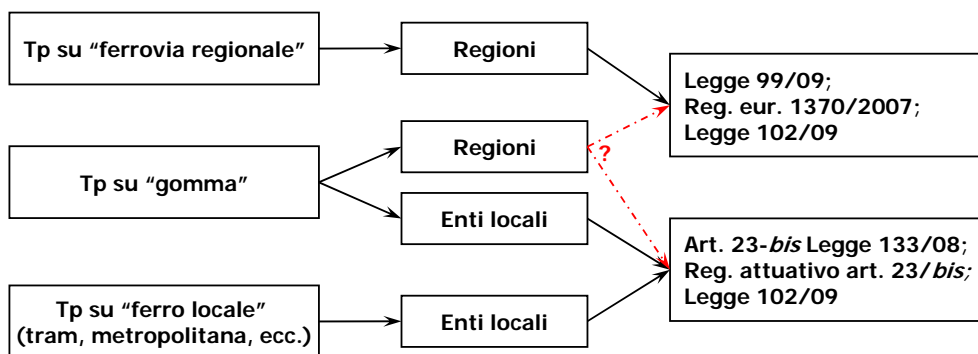
Nei fatti è stato introdotto un periodo di transizione (possibilità di non ricorrere alle gare) della durata di ben 12 anni, solo in parte superato dalle previsioni dell'art. 61 della Legge 99/09 che ha legittimato il ricorso alle forme di affidamento diretto previste dal Regolamento europeo 1370/2007, ivi compreso l'affidamento diretto ferroviario (a chiunque, sia l'impresa pubblica, mista o totalmente privata), anche in deroga alla disciplina di settore²⁶.

²⁶ Regolamento (CE) 1370/2007, art. 5 comma 6: *A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di*

Tuttavia le imprese aggiudicatrici di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica non possono partecipare a gare per la fornitura di servizi di trasporto pubblico locale organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano²⁷.

Nella figura che segue, infine, si vuol dare un quadro riassuntivo (e semplificato) della normativa oggi in vigore in tema di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale.

Fig. 1 – Quadro riassuntivo della normativa in tema di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale



trasporto per ferrovia, fatta eccezione per altri modi di trasporto su rotaia quali metropolitana o tram. In deroga all'articolo 4, paragrafo 3, la durata di tali contratti non è superiore a dieci anni, salvo nei casi in cui si applica l'articolo 4, paragrafo 4.

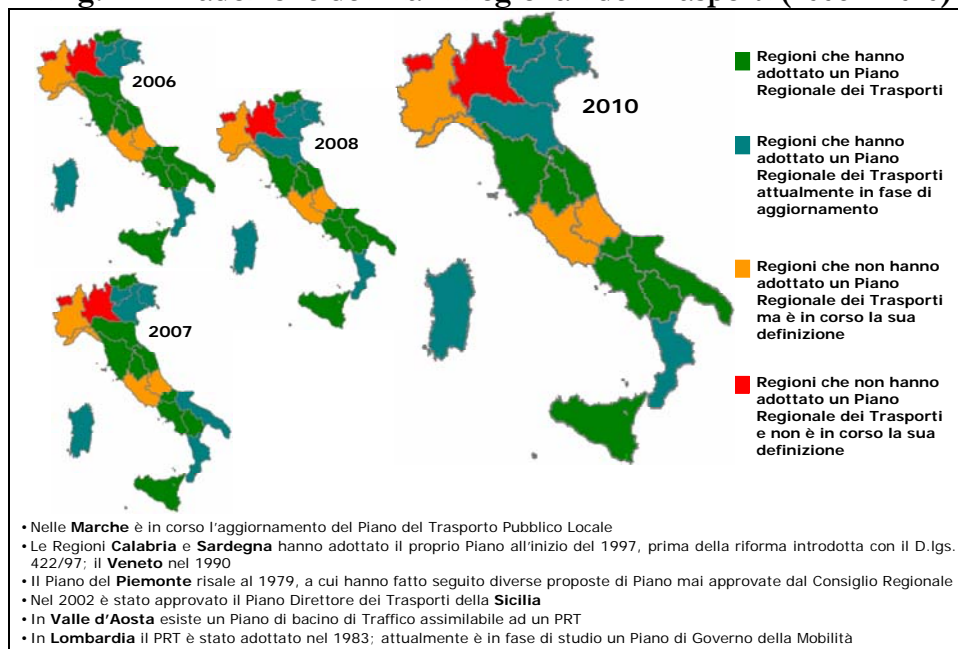
²⁷ Art. 4-bis della Legge 102/09

2. Un rapido “aggiornamento” in tema di Piani Regionali dei Trasporti e di gare

2.1. L’adozione dei Piani Regionali dei Trasporti: un quadro in stabile ritardo²⁸

Negli ultimi anni tutta l’attenzione al mondo del trasporto pubblico locale è stata concentrata sulle modalità di affidamento dei servizi e sulle risorse, due temi a dir poco fondamentali ma allo stesso tempo non isolati e non unici rispetto ad altri aspetti, quali la programmazione, i rapporti tra Regioni e Enti locali, gli organi di supporto e monitoraggio, ecc. Tutti temi affrontati dal D.lgs. 422/97 e non sempre rispettati dalle Regioni²⁹. Volendo qui considerare almeno uno di questi aspetti, quello della programmazione, attraverso la definizione del quadro dei Piani Regionali dei Trasporti a oggi in vigore si può giungere alla (facile) conclusione che nel settore del Tpl c’è ancora molto da fare. La figura che segue dipinge l’attuale stato di adozione dei Piani da parte delle Regioni.

Fig. 2 – L’adozione dei Piani Regionali dei Trasporti (2006 – 2010)



Fonte: Isfort

²⁸ Le informazioni espone si basano su di una indagine diretta presso le Regioni e le Province Autonome realizzata a fine 2009 e successivamente aggiornate attraverso la consultazione della stampa specializzata.

²⁹ Cfr. Isfort, *La riforma del Trasporto Pubblico Locale nelle Regioni: lo stato di attuazione e le prospettive*, Roma, luglio 2008

Questa è la realtà al 2010, oltretutto molto simile alla situazione del 2008:

- in Puglia, Toscana, Umbria, Molise, Campania, Basilicata, Sicilia, Sardegna e nella Provincia Autonoma di Bolzano il Piano Regionale dei Trasporti è in vigore (in alcuni casi tuttavia il piano ha più di 10 anni di vita, ad esempio la Campania);
- in Veneto, Emilia Romagna, Calabria, Marche, Friuli Venezia Giulia e nella Provincia Autonoma di Trento il Piano è in fase di aggiornamento, ma in alcuni casi questa fase dura ormai da diversi anni e il Piano in vigore possiede un'età ben superiore ai 10 anni (è il caso della Calabria e del Veneto);
- in Piemonte (il vecchio Piano è datato 1979), Liguria, Lazio e Abruzzo è in fase di definizione o "incagliato" in quella di approvazione;
- in Valle d'Aosta e Lombardia, infine, non esiste un piano e non è prevista la realizzazione, anche se nella prima esiste un Piano di Bacino assimilabile ad un PRT e nella seconda è in fase di studio un Piano di Governo della Mobilità.

2.2. Una nuova alba per le gare di l'affidamento dei servizi di Tpl³⁰

A fine del 2010 e i primi mesi del prossimo anno una parte significativa degli affidamenti fatti tramite gara negli anni passati giungeranno alla loro naturale scadenza, basti pensare alla realtà della Lombardia (Provincia e Comune di Brescia, Mantova, ecc.) e della Toscana (tutte le Province ad eccezione di Massa Carrara), due tra le Regioni più dinamiche in tema "concorrenza". Tutto ciò dovrebbe quindi portare all'avvio di una nuova tornata a cui associare le gare per i servizi ancora oggi aggiudicati direttamente, in vista della scadenza del periodo di transizione (in generale il 31 dicembre 2010, così come definito dall'art. 23-*bis*).

La situazione è tuttavia ben diversa. Considerando, ad esempio, la sola Toscana, nei mesi passati le diverse Province avevano pubblicato i vari bandi ma a seguito della finanziaria emanata dal Governo nell'estate del 2010 la Regione ha decretato prima il blocco delle gare, poi il loro annullamento in vista di un generale riassetto dell'offerta di Tpl a seguito dei tagli ai trasferimenti dello Stato alle Regioni³¹.

³⁰ Le informazioni esposte si basano su di una indagine diretta presso le Regioni e le Province Autonome realizzata nei primi mesi del 2008 e successivamente aggiornate attraverso la consultazione della stampa specializzata.

³¹ Tra le diverse opzioni emerge anche la possibilità di un'unica gara per l'intera regione e quindi di un unico soggetto gestore.

Nella tavola che segue si propone l'attuale realtà che, come detto, subirà importati cambiamenti nei prossimi mesi.

Tav. 2 – Il quadro delle gare (dicembre 2010)

Regione	Numero di gare ⁽¹⁾	di cui:		
		bandite dalla Regione	riguardanti il ferro	aggiudicate ⁽²⁾
<i>Abruzzo</i>	-	-	-	-
Basilicata	2	-	-	2
<i>Calabria</i>	-	-	-	-
Campania ⁽³⁾	2	-	-	0
Emilia R.	11	1	1	10
Lazio	2	-	-	2
Liguria ⁽⁴⁾	4	-	-	3
Lombardia ⁽⁵⁾	25	3	3	22
Marche ⁽⁶⁾	4	-	-	4
Molise	1	-	-	1
Piemonte ⁽⁷⁾	7	1	1	4
Puglia	6	1	-	6
Toscana ⁽⁸⁾	11	-	-	11
Umbria	2	-	-	2
Veneto	1	1	1	1
Friuli V. G.	5	4	-	4
<i>Sardegna</i>	-	-	-	-
<i>Sicilia</i>	-	-	-	-
Valle d'Aosta	1	1	-	1
<i>Bolzano</i>	-	-	-	-
<i>Trento</i>	-	-	-	-

(1) Numero di gare in corso e aggiudicate (in quest'ultimo caso il contratto di servizio stipulato a seguito delle gare è ancora operativo).

(2) Le gare con più lotti in cui solo alcuni risultano assegnati sono considerate in generale non aggiudicate (per ciascun caso tuttavia si specificano i dettagli in nota).

(3) La gara bandita dalla Provincia di Benevento è rimasta deserta, quella bandita dalla Provincia di Caserta è stata annullata.

(4) La gara indetta dalla Regione sul ferro è stata annullata; quella della Provincia di Savona risulta essere annullata per il bacino A ed aggiudicata per il bacino S.

(5) Una delle tre gare riguardanti il ferro è stata aggiudicata. Contenzioso aperto anche nella Provincia di Varese sull'aggiudicazione del secondo lotto, il primo risulta regolarmente assegnato. I lotti uno e due messi a gara dalla Provincia di Brescia risultano aggiudicati, per il terzo è in fase di definizione il sistema integrato dei servizi ferro/gomma. La gara indetta dal Comune di Legnano è stata annullata dal TAR. In molti casi i contratti di servizio scadranno nella prima metà del 2011.

(6) Tre delle quattro gare riguardano la cessione di una quota delle società gerenti.

(7) La gara indetta dalla Provincia di Verbano-Cusio-Ossola è stata annullata, mentre quella della Provincia di Biella è sospesa. La gara per il "ferro" indetta dalla Regione è stata posticipata (di fatto annullata) a seguito della stipula di un contratto "ponte" con Trenitalia.

(8) Ad eccezione della Provincia di Massa Carrara, in tutte le altre province i contratti di servizio hanno scadenza fine 2010.

Fonte: Isfort

Art. 23-bis L. 133/08 così come modificato dall'art. 15 del decreto 135/09, coordinato con la legge di conversione del 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.

1-bis. 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 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.

1-ter. 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.

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 principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità 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 modalità 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 può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità 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 proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

6. È 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. 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.

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, 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.

8. Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 è 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 necessità 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 modalità di cui alla lettera b) del comma 2.

b) 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 non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità 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, adotta 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;

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) abrogata;

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.

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

7 settembre 2010, n. 168

Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

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 17 dicembre 2009;

Acquisito il parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, espresso nella seduta del 29 aprile 2010;

Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso nell'adunanza della Sezione consultiva per gli atti normativi del 24 maggio 2010;

Acquisiti i pareri delle competenti Commissioni parlamentari della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 22 luglio 2010

Sulla proposta del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale;

E m a n a

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, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri

casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio.

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

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

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

5. 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.

6. 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.

7. 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, 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;

g) prevede l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.

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.

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 annui.

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 «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;

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 «in house» di servizi pubblici locali ai sensi dell'articolo 23-bis, commi 3 e 4.

2. Gli enti locali vigilano sull'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 in sede di attuazione di quanto previsto dall'articolo 2, comma 2, lettera h), della legge 5 maggio 2009, n. 42, e successive modificazioni, in materia di bilancio consolidato.

Art. 6

Acquisto di beni e servizi da parte delle società «in house» e delle società miste

1. Le società «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 «in house» e delle società miste

1. Le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Il presente articolo non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

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. Le incompatibilità e i divieti di cui ai commi precedenti si applicano alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del presente regolamento.
10. 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 prosecuzione del servizio, come individuati, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, lettera f), 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 originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento, nonché restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del presente regolamento.

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 e' 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, 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 al comma 7 dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, abrogato dal comma 1, lettera a), si intendono riferiti al comma 1 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.

6. Al fine di assicurare il monitoraggio delle modalità attuative del presente regolamento il Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale promuove la stipula di un apposito protocollo d'intesa.



Istituto Superiore di Formazione e Ricerca per i Trasporti

L'Isfort è stato costituito nel 1994 dall'Ente **Fondazione Banca Nazionale delle Comunicazioni** e dalle Ferrovie dello Stato, con la finalità di contribuire al processo di rinnovamento del settore della mobilità di persone, merci e informazioni. L'Istituto si propone di supportare lo sviluppo del know-how socio-economico e gestionale del settore, attraverso attività sistematiche e mirate di formazione e ricerca.

ISFORT SpA – Via Savoia, 19 – 00198 Roma – Tel. +39 06 8526200 – Fax +39 06 85265298
e-mail: ricerca@isfort.it – www.isfort.it