

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

Roma, 17 novembre 2009

Circolare n. 98/09

**AI SIGG.RI PRESIDENTI
CONFSERVIZI MARCHE E PUGLIA**

A TUTTI GLI ASSOCIATI

**E A TUTTI GLI ALTRI
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'
LORO SEDI**

Oggetto:

- 1) DECRETO LEGGE 25 SETTEMBRE 2009, N. 135/09 - "DISPOSIZIONI URGENTI PER L'ATTUAZIONE DI OBBLIGHI COMUNITARI E L'ESECUZIONE DI SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE".
- 2) AUTORITA' DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI – CHIARIMENTI IN MERITO AI REQUISITI GENERALI PER LA PARTECIPAZIONE ALLE GARE.
- 3) CIRCOLARE MINISTERO DEL LAVORO N. 30/2009 – NOMINA COORDINATORI PER LA SICUREZZA IN FASE DI PROGETTAZIONE (CSP).

* * * * *

- 1) DECRETO LEGGE 25 SETTEMBRE 2009, N. 135/09 - "DISPOSIZIONI URGENTI PER L'ATTUAZIONE DI OBBLIGHI COMUNITARI E L'ESECUZIONE DI SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE".

A) MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI.

Nell'ambito del decreto-legge 135/09, è stata inserita, come noto, una disposizione che modifica ed integra la normativa in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica (cfr. circ. n. 95/09).

In particolare, l'art. 15 del d.l. modifica l'art. 23-bis del d.l. 112/08 (convertito in legge 133/08) in tema di affidamento dei SS.PP.LL. e, segnatamente, le norme riguardanti gli affidamenti diretti a società miste e quelli c.d. "in house".

Il d.l. è stato approvato dal Senato, con alcune modifiche ed integrazioni.

Per opportuna conoscenza, si riporta di seguito il contenuto dell'art. 23-bis, come risultante a seguito degli emendamenti approvati dal Senato.

Art. 23-bis

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

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

*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, e successive modificazioni, relativamente alla gestione delle farmacie comunali**, nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997 n. 422 relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale.*

*Gli ambiti territoriali minimi di cui al comma 2 del citato articolo 46-bis sono determinati **entro il 31 dicembre 2012** dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni, sentite la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, tenendo anche conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione e con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali. In ogni caso l'ambito non può essere inferiore al territorio comunale.*

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

a), a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, 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) del presente comma, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e **l'attribuzione dei 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 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, s 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.

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 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% 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'art. 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 precedenti 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

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti.

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

a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari cosiddetti in house di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8 e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale;

b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;

c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;

d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;

e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;

f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini all'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.

* * * * *

Nuovi commi introdotti all'art. 15 del D.L. n. 135/2009.

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».

2-bis. All'articolo 195, comma 2, lettera e), secondo periodo del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 le parole: »diciotto mesi« sono sostituite dalle seguenti: "due anni".

2-ter. All'articolo 6, comma 1, lettera p), del decreto legislativo 13 gennaio 2003, n. 36, le parole: "31 dicembre 2009" sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2010".

2-quater. All'articolo 8-sexies, comma 2, terzo periodo del decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 208 convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2009, n. 13, la parola: "centoventi" è sostituita dalla seguente: "duecentodieci".

B) SITUAZIONI DI CONTROLLO TRA IMPRESE

L'art. 3 del d.l. 135 citato definisce un sistema articolato di verifica, che integra l'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici, individuando come condizione ostativa a contrarre la posizione del concorrente che si trovi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una delle situazioni di controllo previste dell'articolo 2359 del codice civile, o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la relazione rende le offerte imputabili ad un unico centro decisionale.

I soggetti che intendono prendere parte ad una gara di appalto devono, quindi, chiarire la loro situazione nel momento in cui esplicitano il possesso dei requisiti generali.

In questa prospettiva, l'impresa che intende concorrere alla gara deve dichiarare di non essere in una situazione di controllo, di cui all'articolo 2359 del codice civile, con nessun partecipante alla stessa procedura, oppure di essere in una situazione di controllo e di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con il quale sussiste il legame.

La dichiarazione è corredata dai documenti utili a dimostrare che il controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa.

La stazione appaltante deve escludere i concorrenti per i quali accerta che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale, sulla base di elementi univoci.

Rispetto a questi dati le amministrazioni possono fare riferimento ai parametri nel tempo elaborati dalla giurisprudenza amministrativa, come la coincidenza di soggetti con poteri di amministrazione e direzione delle imprese, la formalizzazione di garanzie presso la stessa assicurazione con riferimenti contrattuali e temporali progressivi, o l'invio delle offerte dallo stesso ufficio postale con raccomandate in sequenza.

La norma stabilisce, peraltro, che la verifica e l'eventuale esclusione devono essere disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, sancendo quindi la necessità della conclusione del procedimento di gara per poter acquisire tutti gli elementi.

Le disposizioni di cui al citato art. 3 sono state rafforzate in sede di conversione in legge del d.l., con la previsione di un ulteriore strumento di garanzia per le stazioni appaltanti.

Queste ultime potranno, infatti, richiedere all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici un parere preventivo, da rendersi entro 10 gg. dalla ricezione della richiesta, se risulta dubbia l'influenza della situazione di controllo sulla formulazione dell'offerta. Il termine di 10 gg. fa scattare il silenzio-assenso.

2) AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI – CHIARIMENTI IN MERITO AI REQUISITI GENERALI PER LA PARTECIPAZIONE ALLE GARE.

L'Autorità di vigilanza ha predisposto un documento, consultabile sul sito ufficiale, nel quale fornisce indicazioni interpretative in merito ai contenuti dell'art. 38 del d.lgs. 163/06 e s.m.i., recante come è noto l'elenco delle cause di esclusione dalle gare d'appalto, dalle concessioni e dai subappalti.

In particolare, l'Organo di vigilanza ha ritenuto opportuno riesaminare la disciplina dei requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni, alla luce del mutato assetto normativo introdotto dal d.lgs. 163 citato. Il documento – sul quale l'Autorità promuove un confronto con gli operatori economici coinvolti nelle procedure di affidamento – approfondisce le ipotesi di esclusione contemplate nell'art. 38 e che attengono, in particolare, all'ambito discrezionale della stazione appaltante, con specifico riferimento ad aspetti sostanziali, quali la "gravità" delle violazioni, l'incidenza sulla affidabilità professionale dei concorrenti, la sospensione dalle gare, la segnalazione delle esclusioni sul Casellario informatico istituito presso l'Autorità.

Scopo dell'iniziativa è, dunque, quello di offrire alle SS.AA. un utile contributo per l'attività valutativa cui le stesse sono chiamate in sede di ammissione dei concorrenti alle procedure di affidamento, anche al fine di favorire un'applicazione uniforme della disciplina vigente in materia.

3) CIRCOLARE MINISTERO DEL LAVORO N. 30/2009 – NOMINA COORDINATORI PER LA SICUREZZA IN FASE DI PROGETTAZIONE (CSP).

Il Dicastero ha fornito un chiarimento sulle modalità di applicazione delle disposizioni contenute all'art. 90, comma 11, del T.U. n. 81/08, in tema di sicurezza nei cantieri.

Come noto, la norma prevede che, nel caso di lavori privati non soggetti a permesso di costruire e di importo inferiore a 100.000 euro, il committente non debba nominare il coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione (CSP), ma esclusivamente il coordinatore per l'esecuzione (CSE), che dovrà svolgere le funzioni di cui all'art. 91 (Obblighi del coordinatore per la progettazione), ossia la redazione del fascicolo tecnico e del piano di sicurezza e coordinamento.

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

Orbene, con la circolare n. 30/09 il Ministero chiarisce che tali compiti devono essere svolti in fase di progettazione e, pertanto, nei casi in oggetto, è opportuno che il committente nomini il CSE contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione, in modo da consentire la piena realizzazione di tutti i compiti connessi al ruolo del coordinatore per la progettazione, anche nei casi in cui tale ruolo venga svolto dal coordinatore per l'esecuzione.

* _ * _ * _ * _ * _ *

Si resta a disposizione e si porgono cordiali saluti.

MV

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

