

## CAPITOLO 4

### UN'ULTIMA STOCCATA ALL'ISTITUTO DELL'IN HOUSE: LA L. 133/2008 E L'ART. 23-BIS

SOMMARIO: §1. La L. 133/2008 e l'art. 23-bis. – §2. La disciplina. – §3. I rapporti tra l'art. 113 D.Lgs. 267/00 e l'art. 23-bis L. 133/2008. – §4. Il T.P.L. ed il servizio di distribuzione del gas sono sottoposti alla nuova disciplina? – §5. L'art. 23-bis è immediatamente applicabile? – §6. *De iure condendo*. – §7. È condivisibile l'art 23-bis? – §8. Le regole per un legittimo affidamento.

#### 1. La L. 133/2008 e l'art 23-bis

Il 18 giugno 2008 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il d.d.l. recante “*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*”.

In particolare, il Capo VI rubricato “*Liberalizzazione e deregolazione*”, si propone di operare una profonda rivisitazione della normativa di riferimento per i servizi pubblici locali, oramai consolidatasi dopo le ultime modifiche all'art. 113 del D.Lgs. 267/00. Tra le disposizioni ivi contenute, di particolare rilievo appare il disposto di cui all'art. 18 che impone alle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, l'adozione, con propri provvedimenti, di criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al co. 3 dell'art. 35 del D.Lgs. 165 del 2001. Verrebbe, dunque, fatto obbligo a tali soggetti economici, che operano secondo logiche societarie, di utilizzare i rigidi meccanismi di selezione del personale adoperati dagli enti locali che consistono nello svolgimento di veri e propri concorsi pubblici.

Detta disposizione sembra andare nella direzione già tracciata dal legislatore della finanziaria per il 2008 là dove, in assimilazione alle pp.aa. onera le società partecipate al 100% al rispetto di alcune previsioni assai stringenti. In questo senso militano, anche, le numerose esortazioni provenienti da diverse sezioni regionali della Corte dei conti nei confronti degli enti azionisti unici, a controlli sempre più pregnanti sulle proprie partecipate al fine di evitare situazioni deficitarie che, inesorabilmente, gravano pesantemente sugli enti stessi.

Ma non solo. A ben guardare se la normativa da un lato, appare limitare l'autonomia imprenditoriale propria delle spa dall'altra, invece, si inserisce perfettamente nella logica del controllo analogo di cui al 113, co. 5, lett. c) del TUEL, la cui pregnanza ai fini della legittimità dell'affidamento stesso, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in linea con quella comunitaria, è andata sempre più rimarcando. Non appare, infatti, più revocabile in dubbio che la società partecipata al 100% si identifichi come una struttura interna dell'ente, al pari di un ufficio rispetto al quale l'ente medesimo deve esercitare tutti i tipi di controllo necessari.

Ed ecco, quindi, che, valutato in quest'ottica, il disposto *de quo* appare ben lungi dal limitare le facoltà delle aziende affidatarie, in quanto volto unicamente a scandire i contenuti di un requisito, *ex lege*, già stabilito.

Per la disciplina dei servizi pubblici locale, risulta di cruciale importanza il disposto di cui all'art 23-bis della L. 133/2008, le cui disposizioni, come si dirà e come già da più parti rilevato in dottrina,<sup>257</sup> appaiono poco chiare e contraddittorie.

Si è, inoltre, fatto presente come le previsioni del *cit.* art. 23 debbano essere lette in coordinamento con il sistema normativo esistente, non limitandosi alle espressioni letterali usate bensì considerando l'esigenza di applicare le nuove disposizioni in coerenza con i principi e con tutte quelle previgenti regole che non sono incompatibili con tali nuove disposizioni.<sup>258</sup>

Peraltro, è il medesimo art. 23-bis ad ammettere al co. 11 che queste nuove disposizioni non vengono a riformare interamente il precedente scenario normativo sui servizi pubblici locali.

Questo vale anche per le discipline di settore perché nel co. 1 si stabilisce che le disposizioni dell'art. 23-bis prevalgono su quelle in quanto incompatibili.

Sul punto si è osservato come “*improvvisamente una riforma di così ampio respiro e vasta portata venga introdotta con una norma che resta extravagante, in quanto non viene direttamente novellato il t.u. enti locali, come sarebbe stato preferibile. In alternativa, si sarebbe potuta inserire la novella nel codice dei contratti pubblici, dopo l'art. 30 dedicato alla concessione di servizi in generale. Delicati problemi derivano, come si vedrà, dalla circostanza che l'art. 113 t.u. enti locali non è stato novellato, ma neppure abrogato integralmente ed espressamente, ma solo nei limiti in cui è incompatibile con la nuova disciplina: tuttavia il rapporto di compatibilità-incompatibilità è tutt'altro che chiaro.*”<sup>259</sup>

<sup>257</sup> CAIA, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nel nuovo art 23-bis e la disciplina transitoria*, Atti del Convegno tenutosi a Milano, nei giorni 26 e 27 novembre 2008, La riforma dei servizi pubblici locali.

<sup>258</sup> CAIA, *op. cit.*

<sup>259</sup> DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 1109 ss.

L'art. 23-*bis de quo*, quindi, non può considerarsi quale unico referente normativo nella materia dei servizi pubblici.<sup>260</sup>

La disposizione *cit.* si compone, come ritenuto, di due insiemi di norme che risultano essere immediatamente precettive, ossia i commi da 1 a 9 e 11-12; il co. 10, attiene, invece, i regolamenti di delegificazione che il Governo dovrà emanare e che comporteranno l'abrogazione delle disposizioni vigenti. Talché, sino all'emanazione di tali regolamenti non potrà affermarsi l'abrogazione della normativa preesistente.<sup>261</sup>

Per quanto attiene la dichiarata prevalenza della disciplina generale di cui all'art. 23-*bis* sulle norme di settore, si è eccepito che se la norma di settore risultasse direttamente applicativa di principi comunitari non sarebbe così agevole poter ritenere il superamento ad opera della nuova norma di cui all'art. 23-*bis* (peraltro, già l'art. 113, co. 1 T.U.E.L. faceva salva l'applicazione delle disposizioni di attuazione di specifiche normative comunitarie).<sup>262</sup>

Si è ancora osservato come la norma *de qua* non possa ritenersi innovativa in quanto non ha determinato una liberalizzazione e deregolazione dei servizi pubblici locali, rimanendo gli stessi soggetti ad un regime di affidamento da parte della p.a. fortemente limitativo sia al punto di vista della operatività che del termine ultimo di scadenza degli affidamenti stessi.<sup>263</sup>

Si è, inoltre, osservato come il legislatore non abbia operato alcun riferimento alle procedure di evidenza pubblica di cui al codice dei contratti, lasciando le amministrazioni locali libere di scegliere la procedura, sia pur nel rispetto dei principi del Trattato nonché dei principi generali dell'ordinamento italiano in materia di contratti pubblici. Il disposto di cui all'art. 23-*bis*, quindi, non dice, tuttavia, cosa diversa da quanto già disponeva l'art. 30 del codice dei contratti pubblici.<sup>264</sup>

## 2. La disciplina

Volendo addentrarsi nel vivo delle disposizioni di cui all'art. 23-*bis cit.*, ai sensi del co. 1, la nuova disciplina si applica a tutti i servizi pubblici locali e prevale sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

L'ambito di applicazione è, quindi, costituito, dall'affidamento e dalla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione

---

<sup>260</sup> CAIA, *op. cit.*

<sup>261</sup> COLOMBARI, *op. cit.*

<sup>262</sup> COLOMBARI, *op. cit.*

<sup>263</sup> CAIA, *op. cit.*

<sup>264</sup> DE NICTOLIS, *op. cit.*

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'art. 117, co. 2, lett. e) e m), Cost., assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione (art. 23-*bis*, co. 1). A riguardo si è affermato come “*Non è, comunque, la prima volta che una norma generale (dapprima l'art. 113 del D.Lgs. 267/2000) si afferma integrativa e prevalente rispetto alle discipline di settore o almeno ad alcune di esse, sovvertendo la regola lex posterior generalis non derogat priori speciali.*”<sup>265</sup>

Il co. 2 prevede che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avvenga, 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.

L'apertura a qualsiasi tipo di società, come osservato, appare dettata al fine di sgombrare il campo da *querelle* circa l'interpretazione restrittiva dell'art. 113, co. 5, T.U.E.L. che espressamente si riferisce alle sole società di capitali.<sup>266</sup> In altre parole, sul piano delle categorie soggettive che possono risultare affidatarie dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la nuova disciplina sembra, nel prevedere l'esternalizzazione del servizio, voler precludere il modello *in house*.<sup>267</sup>

Rimane, invece, la possibilità di affidamento a società mista, purché vi sia una gara per la scelta del socio e l'affidamento della specifica missione.

Le modalità di affidamento del servizio sarebbero, quindi, duplici, l'affidamento diretto e l'esternalizzazione tramite gara. L'affidamento a società miste, (sempre nel presupposto che esso sia avvenuto nel rispetto delle modalità rimarcate dalla giurisprudenza) si atteggia quale mera variante rispetto al modello di esternalizzazione del servizio di cui al co. 2 del *cit.* art 23-*bis*, e, peraltro, l'inciso adoperato dal legislatore indurrebbe a ritenere che anche le società miste rientrano nelle forme ordinarie di affidamento contemplate dall'art. 23-*bis*, co. 2.<sup>268</sup>

Detta ricostruzione, non sarebbe smentita dalla rimessione ad opera dell'art. 23-*bis* ai regolamenti di delegificazione di “*prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici*

<sup>265</sup> COLOMBARI, *op. cit.*

<sup>266</sup> Cons. Stato, Sez. V, sentenza 8 settembre 2008, n. 4242, *cit.*

<sup>267</sup> DE NICTOLIS, *op. cit.*

<sup>268</sup> COLOMBARI, *op. cit.*

locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità” (comma 10, lett. c).

Si è poi fatto notare come, ove si ritenga che l'affidamento a società mista sia uno strumento organizzativo attraverso il quale l'amministrazione esercita un controllo interno sul *partner* privato/socio operativo affidatario del servizio, perplessità sorgono in relazione alla previsione di cui alla lett. b) del co. 6. Ed infatti, se la gestione del servizio pubblico spetterà comunque al socio industriale scelto con procedura di evidenza pubblica e non alla società mista, solo formalmente affidataria senza gara del medesimo, non si vede come tali soggetti economici che operano secondo schemi e logiche privatistiche possano essere assoggettati al patto di stabilità interno (lett. b del co. 6).<sup>269</sup>

Il successivo co. 3 prevede la particolare procedura da seguirsi nel caso in cui l'amministrazione locale intenda procedere ad affidamento *in house*.

La norma è stata valutata positivamente ritenendo che in questo modo possa ritenersi (finalmente) sufficientemente garantito il rispetto del principio della libera concorrenza.

Si è all'uopo, ancora, osservato come l'*iter* particolarmente gravoso renda, di fatto, quasi impossibile l'utilizzo dello strumento dell'*in house providing*. Ed infatti, il ricorso al mercato, tramite l'esternalizzazione del servizio pubblico infatti, risulta sempre, almeno in astratto, possibile, ciò determinerebbe, in concreto, l'impossibilità di procedere ad affidamento diretto.<sup>270</sup>

Si è, poi, rilevato come il richiamo ai soli principi comunitari di cui al co. 3 determina l'esclusione di quei principi generali, segnatamente nazionali e non comunitari, e che si desumono dall'art. 2 del codice. Si tratta, in particolare, dei principi procedurali della L. 241/1990 e dei principi di economicità, efficacia, tempestività nonché del richiamo alle disposizioni del Codice civile (art. 2, commi 3 e 4, codice appalti).<sup>271</sup>

Non deve, poi, sfuggire che il legislatore ha onerato le amministrazioni affidanti a dare adeguata pubblicità rispetto alla scelta convenuta motivandola in base ad un'analisi del mercato e alle autorità e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, e per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione.

A riguardo è stato fatto notare come gli enti locali non sono esonerati dall'obbligo della motivazione nemmeno nel caso in cui optino per

---

<sup>269</sup> GUZZO, *Le società costituite e partecipate dagli enti locali tra incertezze giurisprudenziali e codificazione legislativa*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 9, 2008.

<sup>270</sup> GUZZO, *op. cit.*

<sup>271</sup> DE NICTOLIS, *op. cit.*

le modalità ordinarie di conferimento della gestione dei servizi pubblici: infatti, la scelta di cui si tratta non si traduce nell'emanazione di un atto amministrativo propriamente vincolato.<sup>272</sup> L'ente locale deve dare atto che non ricorrono i presupposti individuati dalla legge per l'applicazione del modello derogatorio di affidamento: e cioè le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, le quali non permettono un efficace e utile ricorso al mercato.

Deve, quindi, emergere la convenienza del ricorso al modello ordinario, sia dal punto di vista delle relative finanze, sia da quello della qualità ed efficienza del servizio pubblico.

Pertanto, poiché l'art. 23-bis disciplina l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, non si può inferire che i commi 3 e 4 della norma *cit.* circoscrivano detto modulo organizzativo esclusivamente nelle ipotesi di assenza o fallimento del mercato; in tali ipotesi si sarebbe, invece, in presenza di servizi pubblici privi di rilevanza economica, i quali sono però estranei alla novella legislativa.<sup>273</sup>

Questa appare, comunque, l'unica lettura possibile posto che per espressa affermazione del Giudice delle Leggi i servizi pubblici privi di rilevanza economica sono oggetto di disciplina da parte delle Regioni.<sup>274</sup>

Alla stregua di quanto precede, si afferma che l'analisi del mercato, di cui all'art. 23-bis *cit.*, co. 4, “[...] non può consistere nell'accertamento dell'assenza, nel singolo caso di specie, delle condizioni di contendibilità del servizio, ma piuttosto essa rappresenta il documento che deve fornire puntuale esplicitazione della sussistenza dei presupposti dell'affidamento diretto indicati dal co. 3; ove, lo si sottolinea, le peculiari caratteristiche economiche sono solo uno degli elementi (accanto alle condizioni sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento) che la legge pretende vengano considerati dall'ente locale quando esso decide di accedere alla modalità di affidamento in deroga alla regola della procedura competitiva ad evidenza pubblica. La previsione di legge si traduce, in definitiva, nell'imposizione in via normativa dell'istituto dell'analisi economica degli effetti delle decisioni delle Autorità amministrative, i cui risultati sono peraltro da valutare in un'ottica non di solo imperativo economico, ma altresì di interesse pubblico da conseguire”.<sup>275</sup>

In proposito l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha emanato una comunicazione sugli elementi che l'ente locale deve fornire per il parere sull'ammissibilità dell'affidamento *in house*.

La particolare procedura di richiesta del parere dell'Antitrust si applica esclusivamente ai servizi pubblici locali, e non già ai servizi strumentali

---

<sup>272</sup> COLOMBARI, *op. cit.*

<sup>273</sup> COLOMBARI, *op. cit.*

<sup>274</sup> Corte cost., 1° febbraio 2006, n. 34, in Giur. cost., 2006, 272 ss.

<sup>275</sup> COLOMBARI, *op. cit.*

all'Ente, con la conseguenza che l'Ente locale che intenda affidare *in house* detti servizi, ricorrendone tutti gli altri presupposti, non è tenuto a seguire la procedura "aggravata" di cui al co. 4 dell'art. 23-bis L. 133/2008.

Ci si chiede, poi se il parere reso dalla Autorità antitrust abbia valore vincolante.

A riguardo l'Anci ha evidenziato come "[...] *La comunicazione non scioglie, però il nodo di fondo della normativa in oggetto e cioè cosa accada in caso di mancato rispetto da parte dell'ente locale del prescritto parere. Si ritiene pertanto che si tratti di un parere obbligatorio ma non vincolante che va tenuto nella dovuta considerazione [...]*".<sup>276</sup>

Il disposto di cui al co. 5 prevede che, ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati, ma nulla la norma dice per quanto attiene il tipo di procedura.

A riguardo, si è fatto notare come l'art. 23-bis, abbia riaperto la questione circa la necessità o meno della proprietà pubblica dei beni destinati all'esercizio di pubblici servizi, atteso che "il Servizio Studi della Camera dei deputati – Dipartimento bilancio, seppure in forma dubitativa, nell'apposita scheda di lettura ha rilevato come la nuova norma sembra introdurre un principio, quello dell'obbligo della proprietà pubblica delle reti, che innova la normativa precedente."<sup>277</sup>

Questa interpretazione non ha convinto chi, invece, ritiene, in conformità alle espressioni letterali adoperate dal legislatore che più semplicemente la norma preveda il mantenimento della proprietà pubblica ove già preesistente senza imporre agli enti locali l'acquisizione di beni di cui altri soggetti hanno la titolarità.

Peraltro, non solo un'interpretazione letterale ma anche sistematica induce a ritenere nello stesso senso, pena una soluzione assolutamente anti-economica per le amministrazioni medesime.

Né può inferirsi che la norma sia rivolta al nuovo gestore che subentrando nella titolarità del servizio si troverebbe obbligato alla acquisizione dei beni, tale soluzione si rivelerebbe anticoncorrenziale. Si consideri, inoltre, che l'art. 23-bis, co. 5, non comporta l'abrogazione dei commi 2 e 13 dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2000, non sussistendo alcuna incompatibilità.

Il disposto di cui ai commi 2 e 13 del *cit.* art. 113 è preordinato ad assicurare il medesimo obiettivo sotteso all'art. 23-bis, co. 5 del D.L. 112/2008, vale a dire il mantenimento della proprietà pubblica dei beni. Parimenti, sopravvive alla novella legislativa l'art. 35, co. 11 della L. 28 dicembre 2001, n. 448 che disciplina la proprietà delle dotazioni patrimoniali delle società quotate in borsa.<sup>278</sup>

---

<sup>276</sup> ANCI, parere dell'11 novembre 2008, prot. n. 103/VSG/ad-08.

<sup>277</sup> COLOMBARI, *op. cit.*

<sup>278</sup> COLOMBARI, *op. cit.*

Il successivo co. 6 consente 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.

Il co. 9 dell'articolo 23-*bis*, prevede che i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al co. 2 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 possano 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. Tale divieto non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono, comunque, concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.

Tuttavia, la possibilità di affidare *in house*, sempre nel rispetto delle condizioni di cui al co. 3, permane anche in via successiva alla data del 31 dicembre 2010.

In via transitoria, restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del D.L. 112/2008 (art. 23-*bis*, co. 12).

Come già eccepito, la nuova disciplina non ha tipizzato le procedure di evidenza pubblica e tale opzione, risulta foriera di incertezze, atteso che la moltiplicazione di procedure darà luogo a contenziosi in cui andrà verificata l'idoneità o meno della procedura concreta a rispettare i principi di legge. Sul punto si osserva, infatti, come “[...] sarebbe stato preferibile, ed è ancora auspicabile, che il legislatore italiano intervenga con legge a disciplinare le procedure di evidenza pubblica per le concessioni di servizi, nella sede opportuna, che è il codice dei contratti.”<sup>279</sup>

### **3. I rapporti tra l'art. 113 D.Lgs. 267/00 e l'art. 23-bis L. 133/2008**

Per quanto già evidenziato, la riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica operata con l'art. 23-*bis*, D.L. 112/2008 conv. in L. 133/2008, non si esaurisce nella legge.<sup>280</sup>

---

<sup>279</sup> DE NICTOLIS, *op. cit.*

<sup>280</sup> PURCARO, *op. cit.*



Da un lato il co. 11 dispone l'abrogazione del *cit.* art 113 TUEL nelle parti incompatibili dall'altro il co. 10, attribuisce a successivo regolamento da adottarsi entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione il compito di individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo [lett. m)].

Il legislatore demanda, quindi, ad un regolamento di delegificazione il compito di completare la riforma, specificando le norme incompatibili con l'art 23-*bis* in esame e dunque le norme del 113 T.U.E.L. che devono ritenersi abrogate, nonché, ancora, “: [...] 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 co. 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”.

Il precedente co. 8 prevede, espressamente, la cessazione entro la data del 31 dicembre 2000 delle concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica, restando, tuttavia, escluse dalla cessazione automatica gli affidamenti operati ai sensi del co. 3 ovvero gli affidamenti *in house providing*.<sup>281</sup>

Si rende, quindi, necessario da parte dell'interprete e dell'operatore, posto che il co. 15-*bis* dell'art. 113 *cit.* contiene una disciplina transitoria, verificare la compatibilità del nuovo art. 23-*bis* con il disposto del co. 15-*bis*, art. 113 T.U.E.L.

Ebbene, *in primis*, è bene sottolineare che, allo stato, l'art. 113 D.Lgs. 267/00 ed il relativo co. 15-*bis* risultano vigenti, in quanto, come di anzi detto, l'eventuale abrogazione del medesimo, nelle parti incompatibili con l'art. 23-*bis* avrà effetto soltanto dopo l'entrata in vigore del regolamento anzidetto. Inoltre, l'abrogazione non riguarda tutto l'art. 113 ma soltanto le parti di esso incompatibili con le previsioni dell'art. 23-*bis*.

Con riguardo al tema della disciplina transitoria, si è affermato che le nuove disposizioni non importano l'abrogazione del co. 15-*bis cit.* atteso che le norme in esso contenute non risultano incompatibili con la nuova disciplina.<sup>282</sup>

Come si è già avuto modo di rilevare il co. 15-*bis* prevede una regola generale (cessazione delle concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica entro il 31 dicembre 2006 o il 31 dicembre 2007 per il solo servizio idrico integrato) e delle ipotesi particolari ed

---

<sup>281</sup> PURCARO, *op. cit.*

<sup>282</sup> ANSELMINI, *La durata generale dell'affidamento: inquadramento del problema*, Atti del Convegno tenutosi a Milano, nei giorni 26 e 27 novembre 2008, La riforma dei servizi pubblici locali.

eccezionali che vengono sottratte alla regola generale della cessazione anticipata le quali non sono state incise dalle disposizioni di cui all'art. 23-bis.

In conseguenza, anche in virtù del principio dell'affidamento, le posizioni maturate dai soggetti che rispecchiano i presupposti applicativi delle predette ipotesi eccezionali ex art. 113 co. 15-bis non vengono meno a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 23 bis. Il co. 15-bis non contempla alcun provvedimento di ricognizione, ciò che rileva è, dunque, la sola circostanza dell'aver maturato il diritto *de quo*.<sup>283</sup> Occorre, infatti, anche considerare che alla stregua del principio *tempus regit actum*, in assenza di una norma espressa che incida su situazioni pregresse, i diritti maturati ex co. 15-bis, sopravvivono all'applicazione di nuove norme.

Per i settori diversi da quello idrico, il co. 10 dell'art. 23-bis fa salve le discipline di settore che prevedano limiti massimi per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure differenti dall'evidenza pubblica.

Si consideri, a titolo esemplificativo, l'art. 204 del codice dell'ambiente.<sup>284</sup>

L'armonizzazione con la disciplina dei servizi pubblici attiene, quindi, anche il servizio del gas, in virtù dell'emanando regolamento di cui al co. 10, soprattutto in considerazione della circostanza secondo cui più interventi normativi sono intervenuti a dettare prescrizioni relative al regime transitorio.

Ed infatti, il disposto di cui all'art. 15 del D.Lgs. 164/00 stabilisce un regime transitorio fissando la durata massima delle concessioni del gas già in essere ed operando una distinzione a seconda che siano state effettuate con o senza gara. Le concessioni affidate senza gara hanno un regime di proroga legale a seconda che ricorrano o meno determinate condizioni legali. (co. 5 e 7).<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> ANSELMINI, *op. cit.*

<sup>284</sup> La norma stabilisce per il settore dei rifiuti che “*I soggetti che esercitano il servizio anche in economia alla data di entrata in vigore della parte quarta del presente Decreto continuano a gestirlo ai fini della istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata di rifiuti da parte dell'autorità d'ambito. In relazione alla scadenza del termine di cui al co. 15-bis dell'articolo 113 del Decreto 267, l'Autorità d'ambito dispone i nuovi affidamenti, nel rispetto delle disposizioni di cui alla parte quarta del presente Decreto, entro nove mesi dall'entrata in vigore della medesima parte quarta*”.

<sup>285</sup> Il co. 5 prevede, infatti, che “*Per l'attività di distribuzione del gas, gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente Decreto, nonché quelli alle società derivate dalla trasformazione delle attuali gestioni, proseguono fino alla scadenza stabilita e compresa entro i termini previsti dal co. 7 per il periodo transitorio. Gli affidamenti e le concessioni in essere per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio, proseguono fino al completamento del periodo transitorio stesso. In quest'ultimo caso, ai titolari degli affidamenti e delle concessioni in essere è riconosciuto un rimborso, a carico del nuovo gestore ai sensi del co. dell'articolo 14, calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti, con i criteri di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 24 del regio Decreto 25 ottobre 1925 n. 2578. resta sempre esclusa la valutazione del mancato profitto derivante dalla conclusione anticipata del rapporto di gestione. Il successivo co. 7 precisa poi che il periodo*

Rispetto tale quadro normativo è poi sopraggiunto il D.L. 159/2007, il cui art. 46-*bis*, co. 3, stabilisce un'ulteriore proroga legale di due anni dei termini previsti dall'art. 23, co. 1 del D.L. 273/2005, per le concessioni in essere ossia fino al 31 dicembre 2009 ovvero fino al 31 dicembre 2011, salva la ulteriore proroga annuale facoltativa.<sup>286</sup>

#### **4. Il T.P.L. ed il servizio di distribuzione del gas sono sottoposti alla nuova disciplina?**

Il settore del trasporto pubblico locale risulta escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 113 del 267/2000 ai sensi del co. 1-*bis*, introdotto dall'art. 1, co. 48 della L. 15 dicembre 2004 n. 308, che ne rimanda la disciplina al D.Lgs. 422/1997, il cui art. 18 prevede l'evidenza pubblica quale unica modalità di affidamento del servizio di T.P.L. da parte delle Regioni e degli Enti locali.

Alla luce di quanto premesso, sorge spontaneo l'interrogativo se l'art. 23-*bis* del D.L. 112 del 25 giugno 2008, come convertito dalla L. 133 del 6 agosto 2008, si applichi integralmente anche al settore del trasporto pubblico locale, superando quanto previsto dal D.Lgs. 422/2007 in tema di affidamento del servizio stesso, o, diversamente, debba continuare a trovare applicazione la citata norma di settore.

Analogamente, per il servizio di distribuzione del gas, la L. finanziaria 2008, n. 244/2007, art. 2, co. 175, lettera a) ha previsto:

- a) l'individuazione degli ambiti territoriali dei bacini ottimali di utenza deve avvenire entro il 1° dicembre 2008 ad opera dei Ministri dello Sviluppo economico e per gli Affari regionali e le autonomie locali, su proposta dell'A.E.E.G. e sentita la Conferenza unificata;

---

*transitorio di cui al co. 5 è fissato i cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000. Tale periodo può essere incrementato, alle condizioni sotto indicate, in misura non superiore a:*

- a) *un anno nel caso in cui almeno un anno prima dello scadere dei cinque anni si realizzi una fusione societaria che consenta di servire un'utenza complessivamente non inferiore a due volte quella originariamente servita dalla maggiore società oggetto di fusione;*
- b) *due anni nel caso in cui entro il termine di cui alla lettera a) l'utenza servita risulti superiore a centomila clienti finali, o gas naturale distribuito superi i cento milioni di metri cubi all'anno, ovvero l'impresa operi in un ambito corrispondente almeno sull'intero territorio provinciale;*
- c) *due anni nel caso in cui entro il termine di cui alla lettera a) il capitale privato costituisca almeno il 40% del capitale sociale".*

È, quindi, intervenuto il D.L. 273/2005, convertito nella L. 51/2006, il cui art. 23 co. 1 ha introdotto una proroga legale ed automatica sino al 31 dicembre 2007, ovvero sino al 31 dicembre 2009 qualora si realizzi una delle condizioni di cui al co. 7 dell'art. 15 *cit.* A ciò si aggiunga che l'art. 23 co. 2 del D.L. 273/2005 prevede una "proroga ulteriore e facoltativa, disposta dalla amministrazione concedente, in presenza di ragioni di pubblico interesse".

<sup>286</sup> ANSELMI, *op. cit.*