

Sintesi parlamentare n. 45/2009 della settimana dal 16 novembre al 20 novembre 2009

16 Novembre 2009

CAMERA DEI DEPUTATI

PROVVEDIMENTI LEGISLATIVI APPROVATI DEFINITIVAMENTE

- **Decreto legge n. 135 del 25 settembre 2009 recante “Disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e per l’esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee” (DDL 2897/C).**

L’Aula della Camera dei Deputati ha approvato, in seconda lettura, con la votazione di fiducia il provvedimento in oggetto, nel testo trasmesso dal Senato.

Per quanto riguarda l’iter parlamentare precedente del provvedimento si vedano le **Sintesi nn. 42/2009, 43/2009 e 44/2009.**

Nel testo, in particolare, viene rivista la disciplina contenuta nell’art.34, comma 2, del D.Lgs. 163/06 (Codice dei contratti pubblici di servizi, appalti e forniture). L’art. 34 riproduce il contenuto dell’articolo 10, comma 1-bis della legge 109/94 che la Corte di giustizia CE ha dichiarato illegittimo laddove vieta in assoluto la partecipazione alla medesima gara di appalto di imprese che sono tra loro in una situazione di collegamento.

Al riguardo, la Corte ha evidenziato che non si può impedire, a priori, una disciplina nazionale delle cause di esclusione dalle gare di appalto più severa di quella comunitaria, la quale prevede le cause di esclusione come facoltative. Pertanto, non è senz’altro illegittima la disciplina italiana, che prevede cause di esclusione obbligatorie, tuttavia la maggiore severità della disciplina nazionale, da un lato deve trovare giustificazione nell’esigenza di un’ migliore tutela della concorrenza, della trasparenza e della par condicio, dall’altro incontra un limite nel principio di proporzionalità. Applicando tali coordinate alla disciplina nazionale in tema di controllo di imprese e gare di appalto, la C. giust. CE ha rilevato che la legislazione italiana prevede una esclusione “automatica”, in quanto il solo fatto che vi sia una situazione di controllo preclude la partecipazione alla medesima gara e obbliga la stazione appaltante a dichiarare l’esclusione: tale automatismo, secondo la Corte, implica una presunzione assoluta di reciproca influenza nella formulazione delle offerte in gara ed ostacola la libera concorrenza nel mercato comunitario contrastando con il principio di proporzionalità.

Ad avviso della Corte la disciplina è illegittima perchè non lascia a tali imprese la possibilità di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti.

Poichè la situazione di controllo che influisce sulle offerte costituisce una causa di esclusione la stessa viene inserita nell’art.38 del D.Lgs 163 ed espunta dall’art.34, comma 2, che risulta abrogato.

Viene, pertanto, previsto che la situazione di controllo formale o sostanziale è causa di esclusione se la stazione appaltante accerti che il rapporto di controllo abbia influenzato la formulazione delle offerte e sia pertanto idoneo a determinare una turbativa della gara.

Deve, invece, ritenersi consentita la partecipazione alla medesima gara di appalto di imprese in situazione di controllo, laddove il rapporto di controllo sia ininfluente in ordine alla formulazione delle offerte e non determini turbativa della gara.

In ordine al profilo probatorio, i bandi e gli inviti potranno esigere dai concorrenti di dichiarare,

alternativamente:

- di non essere in nessuna situazione di controllo formale con altri concorrenti alla medesima gara;
- di dichiarare la situazione di controllo formale con altri concorrenti alla medesima gara, indicando tutti gli elementi, alla luce del concreto assetto dei rapporti societari, atti a dimostrare che il rapporto di controllo è ininfluente al fine della formulazione dell'offerta.

Spetterà alla stazione appaltante valutare gli elementi forniti e verificare se il rapporto di controllo ha o meno influito sulla formulazione delle offerte.

La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

Mentre i requisiti di carattere generale vengono verificati dopo l'aggiudicazione definitiva (v. art. 11, co. 8, suddetto codice), si deve anticipare la verifica della situazione di controllo al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte, per scongiurare che le offerte imputabili al medesimo centro decisionale turbino la gara.

Viene, inoltre, modificato l'articolo 49 del decreto legislativo n. 163 del 2006 di coordinamento del testo normativo in conseguenza delle modifiche introdotte dalle disposizioni dell'articolo in esame.

Le disposizioni si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto e, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui alla data di entrata in vigore del decreto non sono stati ancora inviati gli inviti.

Con altra disposizione si interviene sulla disciplina contenuta nell'art. 23-bis del DL 112/08, convertito dalla legge 133/08, in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica al fine di adeguarla agli obblighi comunitari.

Nello specifico viene previsto che la nuova disciplina non si applica, oltre che alla distribuzione del gas, alle concessioni di distribuzione di energia elettrica ed ai servizi di trasporto di interesse regionale regolati da una specifica normativa di settore (D.Lgs. 422/97). Con una norma introdotta in corso di esame, è stabilito che tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico di cui all'art. 23-bis sopra citato, 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 D.Lgs 152/2006, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio.

La novella normativa stabilisce 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 e proporzionalità;
- 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 (come precisato in corso di esame) compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui sopra, 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.

In questi casi 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".

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato individua, con propria delibera, le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere. Viene, altresì, dettato un regime transitorio per gli affidamenti non conformi al dettato normativo sopra delineato. In particolare:

- 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. In corso di esame è stato precisato che 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 previste per le società a partecipazione mista pubblica e privata;
- 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 sopra stabiliti, 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;
- 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 sopra definiti (economicità, chiarezza, trasparenza, ecc.), 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;
- 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 31 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; se questa condizione non si verifica, 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 (quote e termini modificati in corso d'esame);
- le gestioni affidate che non rientrano nei casi sopra considerati cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

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 direttamente a società miste pubblico - private, 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. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti (periodo modificato in corso di esame).

Tra le altre disposizioni contenute nel testo si segnalano quelle relative a:

- misure urgenti per il recepimento della direttiva 2008/101/CE e per la promozione dell'ambientalizzazione delle imprese e delle innovazioni tecnologiche finalizzate alla protezione

dell'ambiente e alla riduzione delle emissioni;

- modifiche al DPR 633/1972 in materia di IVA per i soggetti non residenti in presenza di stabile organizzazione in Italia (art.11 - Procedura d'infrazione n.2003/4648 - sentenza CGCE 16 luglio 2009, resa nella causa C-244/08);
- modifiche all'art. 37 del D.Lgs. 188/03 sull'attuazione della Direttiva 2001/12/CE, della Direttiva 2001/13/CE e della Direttiva 2001/14/CE in materia finanziaria. (Procedura d'infrazione 2008/2097);
- eliminazione della condizione di residenza in Italia per le imprese che vogliono aderire al regime SIIQ (Società di investimento immobiliare quotate) (Procedura d'infrazione n.2008/4524);
- recupero degli aiuti di Stato in favore di imprese di servizi pubblici a prevalente capitale pubblico - decisione della Commissione europea del 5 giugno 2002, n.2003/193/CE.