

Al Comune di Levanto

AG 24/2011

20 luglio 2011

Oggetto: richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - Comune di Levanto - Applicabilità del divieto posto dall'art. 8, d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 (Regolamento in materia di servizi pubblici locali a norma dell'art. 23-bis l. 6 agosto 2008, n. 133) all'ATI concorrente alla procedura ad evidenza pubblica indetta per la cessione di partecipazione del 40% nella società Levante Multiservizi s.r.l.

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 17 maggio 2011, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 53956, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 20 luglio 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

Il quesito sottoposto a questa Autorità richiede un'analisi che tenga conto non solo di quanto espressamente richiesto, ma che consideri gli effetti delle più recenti sopravvenienze di disciplina. In tal senso, precisato il tenore letterale della norma, appare necessario, preliminarmente, verificare l'attuale applicabilità della norma alla luce del mutato contesto normativo, conseguente al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011.

L'art. 8, D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, dispone, al comma 1, che "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". Peraltro, tale 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" (comma 1, secondo periodo) ed "opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado" dei predetti soggetti, "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" (comma 2).

Il Regolamento de quo rappresenta disciplina attuativa del disposto legislativo dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, successivamente convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, volto all'adeguamento della disciplina nazionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ai principi della normativa e della giurisprudenza comunitarie, nel travagliato iter legislativo che ha interessato e tuttora interessa il settore dei servizi pubblici economici a livello locale. Più in particolare, tra le finalità perseguite dal detto Regolamento di attuazione, il legislatore ha contemplato quella di "prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina delle incompatibilità" (art. 23-bis, co. 10, lett. a).

Precisato il contesto, la disciplina dell'art. 8 del D.P.R. n. 168/2010 afferma il principio di distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione. In altri termini, con la norma in esame, che prevede casi di incompatibilità, il legislatore ha inteso mantenere distinte e separate le funzioni dei soggetti che presiedono alla regolazione (ad es. sistema tariffario, standard minimi, monitoraggio, bandi di gara e schemi contrattuali, tutela degli utenti e soluzione delle controversie) e quelle dei soggetti che esercitano l'attività di gestione dei servizi pubblici economici, in ambito locale. Il soddisfacimento di questa esigenza appare particolarmente significativo nei casi in cui lo stesso ente pubblico - nella specie un Comune - assumi in sé la duplice veste di regolatore e di socio di imprese regolate. Nell'ottica di separare regolazione e gestione - e considerata la particolare condizione delle società miste in cui vi è oggettiva commistione di interessi tra impresa regolata ed ente locale - il regolamento si propone di ridurre i casi di conflitto di interessi, individuando i casi di incompatibilità funzionale tra soggetti amministratori dell'ente regolatore, affinché costoro non assumano ai primi incarichi, altri compiti di gestione nell'ente socio.

Nello specifico, l'art. 8 del D.P.R. n. 168/2010 pone un regime di incompatibilità, particolarmente incisivo ed esteso. Afferma, infatti, *inter alia*, che è precluso lo svolgimento di incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati a quei soggetti che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo dei servizi pubblici locali, applicandosi sia al caso in cui dette funzioni siano state esercitate nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico di gestione (art. 8, comma 1), sia nei confronti del coniuge, dei parenti e affini entro il quarto grado (art. 8, comma 2).

A tal riguardo, occorre premettere che, in esito al recente referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011, l'art. 23-bis D.L. n. 112/2008 è stato oggetto di abrogazione e, conseguentemente, deve ritenersi caducato il Regolamento di attuazione della norma primaria, D.P.R. 168/2010 con riguardo al quale è stato posto il quesito. Nondimeno, occorre considerare che - per consolidata giurisprudenza in tema di *ius superveniens* - è pacifico che "in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la p.a. è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la "*lex specialis*" della gara che non può essere

disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo " *ius superveniens* ", salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela. Tale soluzione è giustificata in base al rilievo per cui il bando è atto amministrativo a carattere normativo, " *lex specialis* " della procedura, rispetto alla quale l'eventuale " *ius superveniens* " di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori" (Cons. Stato sez. V, 23 giugno 2010, n. 3964). Tali considerazioni non possono, peraltro, limitarsi al bando e al disciplinare di gara, ma si estendono a tutta la disciplina normativa che di essi è stata fondamento, rispetto alla quale si verifica un effetto di "cristallizzazione", risalente al momento della pubblicazione del provvedimento medesimo.

Da quanto premesso, si ricava che, con riguardo alla disciplina del procedimento di gara, l'amministrazione richiedente è tenuta all'applicazione della normativa precedente all'abrogazione, in quanto vigente al momento della pubblicazione dei relativi atti; diversamente, con riguardo alla fase di esecuzione, l'amministrazione non dovrà ritenersi vincolata ad essa, in quanto i relativi atti cadranno in un momento in cui - pacificamente - la normativa in questione è stata espunta dall'ordinamento giuridico. A tal riguardo, peraltro, appare opportuno precisare che la Corte Costituzionale - in sede di giudizio di ammissibilità di referendum - ha affermato che "nel caso in esame, all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte - sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 -, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica" (Corte costituzionale, sentenza 26 gennaio 2011, n. 24).

Premesso quanto sopra, al fine di rispondere al quesito sottoposto appare dirimente rilevare, da un lato, che le disposizioni dell'art. 8, commi 1 e 2 del D.P.R. n. 168/2010 ponevano espressamente, in capo ai soggetti ivi indicati, un divieto concernente lo svolgimento di incarichi inerenti la gestione dei servizi pubblici economici affidati da parte dei medesimi soggetti, ossia un divieto che si riferisce allo specifico quadro organizzativo interno all'ente gestore nella fase di esecuzione del contratto; dall'altro lato, che la stazione appaltante ha precisato di non aver introdotto nella *lex specialis* un divieto di partecipazione di tale tenore già fin dalla fase di gara.

In considerazione di ciò si ritiene che i rappresentati rapporti di parentela entro il quarto grado intercorrenti tra alcuni partecipanti all'ATI concorrente e altrettanti Consiglieri comunali, nel caso di specie, non costituiscono, di per sé, elemento idoneo a determinare l'illegittimità della partecipazione alla gara in oggetto ai sensi della citata disposizione regolamentare, ancorché la stessa continui a costituire riferimento normativo vigente rispetto alla fase di gara, insensibile allo *ius superveniens* di abrogazione o modifica normativa.

Tuttavia, appare opportuno rilevare, per completezza della trattazione, che la sussistenza dei suddetti legami di parentela entro il quarto grado tra amministratori dell'ente locale (nella definizione di cui all'art. 77, comma 2 del D.Lgs. n. 267/2000, comprensiva anche dei Consiglieri comunali, in rilievo nel caso di specie) e soci/amministratori di imprese partecipanti in ATI alla procedura di gara in esame rimane questione attuale e rilevante nel caso in trattazione, sia in fase di gara sia in fase esecutiva, ai sensi della disposizione contenuta nell'art. 78, comma 2 del D.Lgs. n. 267/2000, ove si afferma che "Gli amministratori di cui all'art 77, comma 2 devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado".

Detta disposizione, peraltro, volta anch'essa ad evitare ipotesi di conflitto di interessi e posta a garanzia dei principi generali di imparzialità, trasparenza e buon andamento, costituisce norma generale rispetto alla norma regolamentare di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 18/2010 in esame, attuativo dell'art. 23bis D.L. n. 112/2008 che, come noto, costituisce mera interpolazione del citato D.Lgs. n. 267/2000, con specifico riferimento all'art. 113 del suddetto decreto legislativo, in quanto norma abrogativa di detto articolo nelle parti incompatibili.

Ciò comporta, nella fattispecie in esame, che i Consiglieri comunali legati da vincoli di parentela entro il quarto grado con alcuni soggetti operanti all'interno dell'ATI concorrente devono all'occorrenza astenersi dall'assumere deliberazioni che riguardino sia l'affidamento del servizio pubblico locale de quo sia la sua gestione.

Avv. Giuseppe Busia