

Allegato L

Dott. Filippo Morello

NOTAIO

67638

6 DIC. 2010

Via G. Matteotti n. 25 - 97014 - ISPICA

Tel/Fax 0932952200 - 0932952353

notaio.morello@gmail.com

Egr. dr. Giuseppe Sammito

Presso Comune di Modica

Modica, 29 novembre 2010

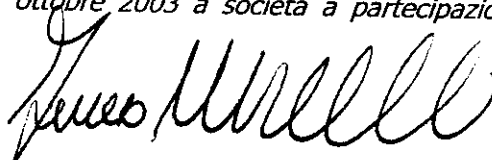
Oggetto: Continuazione di gestione Multiservizi in liquidazione

Con riferimento all'ipotesi di ristrutturazione delle società aventi ad oggetto servizi pubblici locali di cui alla relazione già consegnata a codesto Comune sulla base dell'incarito avuto con contratto sottoscritto in data 23 febbraio 2010, viene ora formulata al sottoscritto la seguente richiesta:

"considerato che, a norma dell'art. 23/bis, comma 8°, che testualmente si riporta:

8. Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 è il seguente: (comma così sostituito dall'articolo 15, comma 1, lettera d), legge n. 166 del 2009)

- 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 verifichino, 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.***

si pone il problema di valutare la percorribilità della seguente ipotesi:

PREMESSO che

- alla data del 31.12.2010 non sarà possibile pervenire alla ipotizzata costituzione della società mista con socio minoritario per il servizio di sosta a pagamento;

- l'intervenuto DPR 168/2010 ha introdotto all'art. 2 l'obbligo secondo cui:

"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 evidenzia, 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 è 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"

- il medesimo D.P.R. 168/2010 ha stabilito, fra l'altro, all'art. 4 che:

"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."

- tale istruttoria si pone in termini alquanto problematici in quanto:

a) il servizio è prospettato quale ampiamente remunerativo in base al business plan prodotto dagli uffici;

- b) in ogni caso la dimostrazione del fallimento del mercato non è comprovabile prescindendo da una effettiva "messa sul mercato" del servizio in questione;
- c) dato il valore economico annuo del servizio supera ampiamente la somma di € 200.000,00 si rende necessario acquisire il parere preventivo dell'Antitrust;

Tutto ciò premesso si pongono i seguenti quesiti:

- 1) se, alla luce di quanto sopra sia ancora percorribile l'ipotesi societaria per la gestione del servizio di che trattasi;
- 2) se invece, non debba procedersi ai sensi dell'art. 30 del codice dei contratti pubblici mediante concessione di pubblico servizio e, contestualmente prevedere:

2a) obbligo in capo al concessionario di rilevare il personale adibito al servizio di che trattasi da parte della "Multiservizi srl";

2b) se e in che misura, a decorrere dall'1.1.2011 e fino all'aggiudicazione del servizio secondo la modalità di cui al superiore punto 2) sia possibile ipotizzare una prosecuzione della gestione del servizio stesso da parte della "Multiservizi" nella fase di liquidazione pur in presenza della norma surrichiamata (art. 23.bis, comma 8° lettera e).

In merito si osserva quanto segue.

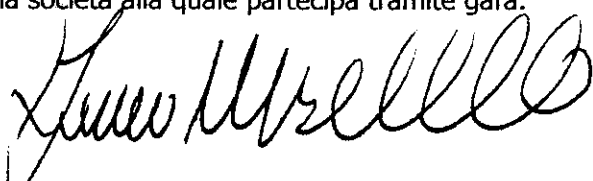
Il sopra richiamato regolamento emanato con D.P.R. 7 settembre 2010 in attuazione dell'articolo 23 bis D.L. 112/2008 convertito in legge 133/2008, all'articolo 1 impone la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando i diritti di esclusiva ai casi in cui in base ad una analisi di mercato la libera iniziativa economica non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, prevedendo che ove si voglia procedere ad affidamenti diretti debba chiedersi il parere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e che ai fini di tale parere gli affidamenti dei servizi pubblici locali assumono rilevanza se il valore del servizio superi la complessiva somma di Euro 200.000 annui.

Nel caso di specie, poiché il suddetto valore è ampiamente superato, nessun dubbio si pone in ordine alla necessità di ricercare la gestione concorrenziale rivolgendosi al mercato.

- 1) Con riferimento al primo quesito, in verità non si vede per quali ragioni nel quesito prospettato si dubiti della percorribilità dell'ipotesi societaria: la società mista per l'espletamento dei servizi pubblici locali è una forma di ricorso al mercato, alternativa alla concessione del servizio a terzi (imprese individuali o società interamente private), stante che anche nella società mista l'ingresso del socio privato, nelle suddette ipotesi, avviene tramite gara, e la possibilità di gestire con società mista i servizi pubblici locali è espressamente prevista dalla lettera b) del suddetto articolo 23 bis la quale previsione non si vede cosa possa avere ad oggetto se non tale gestione societaria.

Nel caso di affidamento a socio privato che non sia società mista, ma concessionario del servizio (impresa individuale o società, ma interamente privata), potrà prevedersi l'obbligo di acquisire l'azienda o il ramo di azienda da potere di Multiservizi, compreso il personale, ma si porrebbero in futuro problemi di non poco conto al momento della cessazione del servizio da parte del concessionario, con conseguente difficoltà di gestire la situazione del personale che sarebbe ormai divenuto alle dipendenze del privato concessionario, e le cui sorti sfuggirebbero definitivamente al controllo del Comune.

Diversa è l'ipotesi di gestione del servizio tramite società mista, atteso che in questo caso sarebbe la società a rilevare l'azienda o il ramo di essa, e al momento della cessazione del rapporto con il socio privato quest'ultimo recederebbe dalla società, lasciando alla stessa l'intera azienda compreso il personale, e la società provvederebbe a reperire altro socio privato che troverebbe già il compendio aziendale, comprensivo di personale, nella società alla quale partecipa tramite gara.



Pertanto la scelta delle modalità di svolgimento in forma concorrenziale del servizio, se cioè tramite società mista con socio privato o tramite affidamento a terzi, è scelta di opportunità rimessa all'Ente affidante, nel caso di specie al Comune di Modica, tramite il Consiglio Comunale, sottolineandosi che, ai fini della continuità dell'utilizzo del personale esistente, è evidente che l'unica strada che dia garanzie è quella della società mista per i motivi sopra esposti.

- 2) Con riferimento al secondo quesito, se cioè sia praticabile la prosecuzione del servizio da parte di Multiservizi in fase di liquidazione, si osserva quanto segue.

La possibilità che Multiservizi, in sede di scioglimento, preveda che possa essere continuata la gestione dell'azienda è prevista espressamente dall'articolo 2487 comma 1 lettera c) codice civile, al fine della conservazione del valore dell'impresa in funzione del migliore realizzo.

E' da verificare se sia legittima ai sensi dell'articolo 23 bis, che prevede che le gestioni che non rientrano nei casi che il regime transitorio consente di continuare a svolgere (e nel nostro caso trattasi di gestione non consentita oltre il 31.12.2010), cessano comunque entro e non oltre la data del 31.12.2010 senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

Il regolamento di attuazione dell'articolo 23 bis è stato emanato il 7 settembre 2010, come sopra riportato, e pertanto prima di tale data nessun bando avrebbe potuto essere emesso, stante l'incertezza circa talune previsioni dell'emanando regolamento che avrebbero potuto rendere il bando stesso contrario a norme inderogabili ancorchè regolamentari.

Pertanto solo da settembre sarebbe stato possibile emettere il bando, predisponendolo adeguatamente, e, come è evidente, è impossibile che fra predisposizione, emissione del bando, sua pubblicazione secondo le norme europee, e svolgimento della gara, si potesse rispettare il termine del 31 dicembre 2010 con una società costituita a tale data e avente quale socio un soggetto privato selezionato con una gara ad evidenza pubblica, non essendovi i tempi tecnici per l'espletamento di tale gara.

L'applicazione del suddetto articolo 23 bis nel senso di ritenere rigidamente che il servizio non affidato secondo le norme ivi previste cessi definitivamente al 31 dicembre 2010 è palesemente in contrasto sia l'interesse pubblico, sia con l'interesse allo svolgimento del servizio in regime concorrenziale che la norma stessa vuole perseguire.

Ed infatti è di tutta evidenza che interrompere il servizio comporta la perdita dell'avviamento, la cessazione dei rapporti di lavoro da parte del personale, lo smantellamento dell'azienda intesa come compendio di beni, organizzazione e professionalità, e la necessità di ricreare tale organizzazione ex novo una volta espletato il bando, con conseguente minore possibilità che al bando partecipi il maggior numero possibile di imprese, che non sarebbero attratte dalla prospettiva di un guadagno allo stesso modo che se trovassero un compendio aziendale e un'organizzazione già pronta a svolgere il servizio.

Ciò senza considerare che sotto il profilo del servizio offerto alla comunità, esso subirebbe un'interruzione a tempo indeterminato.

Pare al sottoscritto che la gestione del servizio da parte di una società in liquidazione, se fatta contestualmente, e in ogni caso in periodo non precedente all'emanazione del bando, e cioè fatta quando il bando è stato già emanato, manifestando così chiaramente che la gestione avviene in via provvisoria solo in attesa dell'esito della gara, non possa ritenersi rientrare nella fattispecie vietata dalla suddetta norma, atteso che tale gestione atterrebbe, sostanzialmente, ad una attività cessata essendo Multiservizi posta in liquidazione, e finalizzata al, si potrebbe dire "passaggio delle consegne" dal soggetto che ne è stato gestore, al soggetto subentrante, con il precipuo scopo di mantenere efficiente e produttivo il compendio aziendale, l'organizzazione, il personale, di modo che i privati interessati a partecipare alla gara siano invogliati dal trovare un'azienda che, senza soluzione di continuità, consenta da subito una remunerazione che poi è quella attesa sulla base degli elementi evidenziati nel bando di gara.

5

In sostanza e conclusivamente la gestione del servizio svolto non in conformità ai requisiti dell'art. 23 bis cessa comunque entro il 31 dicembre 2010, intesa come gestione di un servizio finalizzata alle potenzialità di lucro che l'attività può dare, e ad essa si sostituisce una gestione provvisoria, deliberata quando è stato già emanato il bando per consentire la gestione a regime, compatibile con lo stato di liquidazione della società, al fine della conservazione del valore dell'impresa in funzione del migliore realizzo, e finalizzata al mantenimento del compendio aziendale.

Nessun inadempimento può ritenersi sussistente in capo al Comune, atteso che come sopra detto nessun bando avrebbe potuto essere emanato prima di settembre 2010, e che da settembre al 31 dicembre 2010 non esistono i tempi tecnici minimi per l'emanazione del bando e l'espletamento della gara ad evidenza pubblica.

Cordilmente

Filippo Morello Notaio

A large, stylized handwritten signature in black ink, likely belonging to Filippo Morello, the Notary Public mentioned in the text. The signature is written in a cursive, flowing style and is positioned below the printed name.



COMUNE DI MODICA

Patrimonio dell'Umanità
PROVINCIA REGIONALE DI RAGUSA

Piazza Principe di Napoli, 17 - 97015 Modica (RG) - Tel.: 0932/759240



Allegato 4 bis

Il Dirigente – Comandante della P.M.

Premesso che l'attuale gestione della sosta a pagamento riguarda n. 503 posti auto secondo il prospetto sotto indicato:

Modica Centro	n. 307
Modica Alta	n. 42
Modica Sorda	n. 154
TOTALE	n. 503

Tenuto conto che l'attuale organico del comune di Modica per il settore della Polizia Municipale risulta così formata:

Figure professionali	Numero unità previste	Numero unità assegnate
Dirigente – Comandante P.M.	n. 1	n. 1
Funzionario Direttivo di Vigilanza – cat. D3	n.3	n. 2
Funzionario di Vigilanza – Cat. D1	n. 42	n. 39
Istruttore di vigilanza (vigili) – Cat. C	n. 28	n. 3
Ausiliare del traffico – Cat.B	n. 5	n.5
Totale unità	n. 76	n. 50

Ritenuto che il precitato personale deve, nel rispetto della categoria e delle mansioni di appartenenza, nonché delle certificazioni da parte del medico ex l. 626, garantire tutti i servizi istituzionali previsti dalla L. n. 65/1986 e dalla L.R. n. 17/1990;

Tutto ciò premesso e ritenuto, da atto che, stante la carenza di organico del personale di Polizia Municipale e di tutti i servizi istituzionali da garantire non è in grado di assolvere adeguatamente il servizio di vigilanza relativo alla sosta cd. a pagamento. Per cui, appare necessario assicurare un potenziamento delle attività di gestione e di controllo della sosta mediante una soluzione societaria che, essendo per di più il Comune socio maggioritario, consenta una forte integrazione tra servizi assicurati dal Corpo di Polizia Municipale e servizi assicurati dalla società mista.

Modica, 22/11/2010

Il Dirigente – Comandante della P.M.