

SERVIZI PUBBLICI LOCALI E AFFIDAMENTI *IN HOUSE*

La nuova procedura di “notifica preventiva” all’AGCM ai sensi dell’art. 23-bis del D.L. n. 112/2008

Introduzione

Il Decreto Legge n. 112/2008¹ (il “Decreto”) ha introdotto una nuova procedura di “notifica preventiva” all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM”), avente ad oggetto l’affidamento diretto (c.d. *in house providing*) dei servizi pubblici da parte degli Enti locali.

Ai sensi dell’art. 23-bis, comma 4 del Decreto, in particolare, al fine di procedere all’affidamento diretto di un “*servizio pubblico locale di rilevanza economica*”, l’Ente affidante è tenuto a “*dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un’analisi del mercato*”. L’Ente deve “*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, per l’espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione*”².

(1) Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, in GU n. 147 del 25 giugno 2008, in vigore dal 25 giugno 2008. Il Decreto legge è stato convertito dalla Legge 6 agosto 2008, n. 133, in GU n. 195 del 21 agosto 2008, entrata in vigore il 22 agosto 2008.

(2) Art. 23-bis, comma 4 del Decreto legge n. 112/2008.

Con la Comunicazione del 16 ottobre scorso (la “Comunicazione”)³, l’AGCM è intervenuta in materia, chiarendo l’ambito di applicazione ed i contenuti della nuova procedura.

Ecco, in sintesi, le linee tracciate dall’Autorità, alle quali si dovranno attenere gli Enti Locali nell’applicazione del citato art. 23-bis.

L’ambito oggettivo della procedura

La nuova procedura trova applicazione con riferimento ai “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*”.

Secondo la Comunicazione, tale nozione comprende “*tutti quei servizi aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale*”⁴.

(3) *Comunicazione sull’applicazione dell’art. 23-bis, comma 3, del Decreto Legge n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008 relativo all’affidamento in-house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in Boll., 39/2008.

(4) *Ibidem*, punto 2. Sulla nozione di attività imprenditoriale o economica, S. GOBBATO, *Regole di concorrenza e gestione in house dei servizi socio-assistenziali*, in *Foro Amm. CdS*, 2007, p. 575.

La Comunicazione ricorda che, secondo quanto stabilito dal comma 2 dell'art. 23-bis, di regola “l'affidamento dei servizi pubblici locali deve essere effettuato mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica”, dunque attraverso una gara.

L'art. 23-bis consente di derogare a detta regola generale, nel caso in cui sussistano “particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento”, le quali “non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”⁵.

In tali particolari circostanze, secondo la Comunicazione, l'affidamento può avvenire attraverso modalità differenti dalla gara, purché sempre “nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”⁶.

Con tale precisazione, la Comunicazione sembra rinviare ai presupposti in presenza dei quali il diritto comunitario ammette l'affidamento diretto dei servizi pubblici, secondo quanto chiarito dalla Corte di giustizia, in materia di *in house providing*, sin dal caso *Teckal*⁷.

Con tale sentenza, come noto, la Corte ha stabilito che l'*in house providing* è ammesso, in deroga alle procedure ad evidenza pubblica, allorché:

- (i) l'Ente pubblico esercita sulla società affidataria un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi (c.d. requisito del “controllo analogo”) e

(5) *Ibidem*, punto 3.

(6) *Ibidem*, punto 4.

(7) Sentenza della Corte di giustizia CE del 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*, in Racc., 1999, p. I-8121.

- (ii) la società affidataria realizza la parte più importante della propria attività con l'Ente che la controlla (c.d. requisito dell'“attività prevalente”).

Come ulteriormente chiarito dalle successive pronunce in materia, per l'ammissibilità dell'affidamento *in house* la società affidataria deve essere interamente in mano pubblica⁸. Inoltre, la partecipazione totalitaria del socio pubblico deve possedere il carattere della stabilità⁹. Infine, l'Ente affidante deve detenere, sulla società, poteri di controllo che vanno al di là dei normali poteri dell'azionista¹⁰.

Un nuovo limite per l'*in house providing*

Accanto ai ricordati limiti, di derivazione pretoria, l'art. 23-bis sembra introdurre un nuovo presupposto per l'ammissibilità dell'affidamento *in house*, il quale viene condizionato alla presenza di “peculiari caratteristiche” (economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche) del contesto territoriale di riferimento.

La previsione di tali ulteriori presupposti “esogeni” (in quanto non direttamente riferibili alla società affidataria), sembra, dunque, limitare ulteriormente l'ammissibilità dei meccanismi di affidamento diretto. L'*in house providing* potrebbe, per l'effetto, essere ammissibile solamente laddove un ricorso al mercato non risulti, a motivato giudizio dell'Ente affidante, né

(8) Sentenza della Corte di giustizia CE dell'11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, in Racc., 2005, p. I-1.

(9) Sentenza della Corte di giustizia CE del 6 aprile 2006, causa C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori – ANAV*, in Racc., 2006, p. I-3303.

(10) Sentenza della Corte di giustizia CE del 31 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in Racc., 2005, p. I-8585.

utile né efficace, alla luce delle peculiari caratteristiche del contesto territoriale di riferimento.

Presentazione della richiesta di parere

Quanto agli aspetti procedurali per l'applicazione dell'art. 23-*bis*, la Comunicazione chiarisce che, qualora un Ente Locale voglia affidare un servizio pubblico in via diretta, esso deve presentare una preventiva richiesta di parere all'Autorità, compilando un apposito formulario predisposto dall'AGCM stessa, pubblicato sul sito internet dell'Autorità.

La richiesta, corredata dalle informazioni e dai documenti rilevanti, dovrà essere presentata anteriormente alla delibera con la quale l'Ente locale affiderà il servizio ed, in ogni caso, in tempo utile per il rilascio del parere da parte dell'AGCM¹¹.

In sede di richiesta di parere, l'Ente deve fornire all'AGCM:

- una relazione contenente gli esiti dell'indagine di mercato dai quali risulti, in termini comparativi, la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica;
- informazioni circa le modalità con le quali sono resi pubblici gli elementi di cui al punto precedente;
- tutte le indicazioni soggettive relative all'impresa/e interessata/e;

(11) *Ibidem*, punto 5.

- dati relativi al tipo ed al valore dei servizi in questione;
- l'atto costitutivo, lo statuto e le informazioni relative al campo di attività della società affidataria;
- informazioni concernenti le caratteristiche economiche del settore o del mercato, tali da giustificare l'affidamento *in house*;
- indicazioni in merito ai principali concorrenti;
- indicazioni in merito alle eventuali forme di finanziamento o di sussidio dell'attività oggetto di affidamento e delle attività a questa connesse¹².

L'AGCM dovrà rilasciare il parere entro il termine di sessanta giorni, decorrenti dal ricevimento della richiesta avanzata dall'Ente locale. Nel caso in cui le informazioni fornite dall'Ente fossero incomplete, l'Autorità potrà fissare un nuovo termine, per il completamento della richiesta di parere. In tal caso, il termine di sessanta giorni decorrerà nuovamente dal ricevimento delle informazioni complete¹³.

La natura del parere dell'AGCM

Quanto all'efficacia del parere, la Comunicazione prevede che *“l'Ente Locale sarà chiamato a tenere nella dovuta considerazione le valutazioni espresse nel parere rilasciato”* dall'AGCM¹⁴.

(12) *Ibidem*, punto 6.

(13) *Ibidem*, punto 7.

(14) *Ibidem*, punto 8.

Tale previsione sembrerebbe confermare l'orientamento espresso dai primi commentatori, in dottrina, secondo i quali il parere ha natura obbligatoria, preventiva e semivincolante. Per l'effetto, l'Ente locale sarebbe obbligato a richiedere *ex ante* il parere e potrebbe discostarsene, una volta emesso, solo sulla base di un'articolata motivazione¹⁵.

L'intervento dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici

In seguito alla Comunicazione dell'AGCM, in commento, anche l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture ("AVCP") è intervenuta in materia, con una articolata Segnalazione, diretta al Governo e al Parlamento, sull'applicazione dell'art. 23-bis.

Fra i vari aspetti affrontati, quanto all'applicabilità *ratione temporis* della procedura in esame, nella Segnalazione l'AVCP ha ricordato che l'art. 23-bis è destinato ad essere completato, ai sensi del suo comma 10, da uno o più regolamenti, che avranno natura delegificante e che dovranno disciplinare una serie di questioni molto importanti per lo sviluppo industriale delle società che, a vario titolo, già forniscono servizi pubblici locali di natura economica e di quelle che vorrebbero entrare su tali mercati.

La previsione dei menzionati regolamenti non esclude, tuttavia, l'attuale applicabilità della procedura di "notifica preventiva" all'AGCM, prevista in particolare dal citato comma 4 dell'art. 23-bis.

(15) Si veda F. PIETROSANTI, T. PAPARO, *La Spa mista pubblico-privata esonerata dalla Comunicazione all'Antitrust sull'"in-house"*, in *Edilizia e territorio*, 2008, p. 11.

Secondo l'AVCP, infatti, l'art. 23-bis contiene un complesso di disposizioni (in particolare, i commi da 1 a 9) che si possono considerare immediatamente precettive e, dunque, applicabili, anche in assenza dei menzionati regolamenti di attuazione¹⁶.

(16) Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, Segnalazione del 26 novembre 2008 al Governo e al Parlamento sull'applicazione dell'art. 23-bis della L. 133/08.

Per maggiori informazioni si prega di contattare:

Avv. Francesco Sciaudone
francesco.sciaudone@grimaldieassociati.com

GRIMALDIE ASSOCIATI

Roma – Via Pinciana, 25 - Tel. +39 06 844651 – Fax +39 06 84465200
Milano – Via del Lauro, 9 - Tel. +39 02 303551 – Fax +39 02 30355200
Bruxelles – Boulevard de Waterloo, 30 - Tel. +32 2 5511201 – Fax +32 2 5511200

La presente nota è indirizzata esclusivamente ai clienti dello studio legale Grimaldi e Associati e non è, dunque, da considerare in nessun modo forma di pubblicità ai sensi dell'articolo 17 del Codice Deontologico. Le informazioni contenute e le considerazioni svolte non sono esaustive dei temi trattati e non costituiscono pareri legali. Esse non possono, pertanto, essere utilizzate in luogo di una consulenza specifica, resa in esito alla puntuale valutazione delle circostanze del singolo caso.