

La liberalizzazione dei servizi pubblici locali

Valentina Depau*

Funzionario Autorità Garante Concorrenza e Mercato. Le opinioni impegnano esclusivamente l'autore e in alcun modo l'Istituzione di appartenenza

Questioni principali

- * Cosa sono i SPL
- * Cosa vuol dire «liberalizzazione» dei SPL
- * Qual è la disciplina applicabile ai SPL

Cosa sono i SPL

- * **Definizione:** né Legislatore italiano né quello europeo hanno mai fornito una **definizione completa** di Servizio Pubblico Locale.

112 TUEL: gli Enti locali ... «provvedono alla gestione di dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare **fini sociali** e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle **comunità locali**»

- * È necessario rifarsi:
 - alle Comunicazioni della Commissione e alle pronunce della Corte di Giustizia
 - Alle definizioni offerte dalla Giurisprudenza

I SIEG

- * In Europa esiste la definizione di **Servizi di Interesse Economico Generale (SIEG)**, citati in varie norme del TFUE (artt. 14 e 106).
- * **Libro Verde SIG (2003):** SIEG = «nella prassi comunitaria vi è ampio accordo sul fatto che l'espressione si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. Il concetto di servizi di interesse economico generale riguarda in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione. Tuttavia, il termine si estende anche a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico».
- * **Libro Verde SIG:** distinzione tra SIG e SIEG: «Considerando che la distinzione non è statica nel tempo, la Commissione ha sottolineato che non sarebbe né fattibile né auspicabile fissare a priori un elenco definitivo di tutti i servizi di interesse generale che sono da considerarsi di natura “non economica”».

SPL = SIEG a dimensione locale

La Corte Costituzionale ha chiarito:

- * *«la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno contenuto omologo»* (325/2010).
- * Le regole di concorrenza si applicano **esclusivamente ai SPL di rilevanza economica** in quanto, con riferimento a **quelli privi, non esiste un mercato concorrenziale** (272/2004 che ha dichiarato incostituzionale l'art. 113 bis del TUEL).

Caratteristiche SPL

1.) sono rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali;

2.) i cittadini ne usufruiscono uti singuli e come componenti della collettività (il pagamento della tariffa non rileva ai fini della distinzione CdS 8090/2004);

Caratteristiche SPL (2)

«assoggettamento ad una disciplina settoriale che assicura costantemente il **conseguimento dei fini sociali**: questi ultimi, pertanto, costituiscono la ragione dell'applicazione all'attività stessa di un **regime giuridico tutto peculiare**, potendosi affermare che i fattori distintivi del pubblico servizio sono, da un lato, **l'essere connotato dall'idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti**; dall'altro, la sottoposizione del gestore ad una **serie di obblighi volti a conformare l'espletamento delle prestazioni a canoni di continuità, regolarità, capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata una comune attività economica**»

(cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 12/10/2004 n. 6574; Corte di Cassazione, sez. unite civili – 19/4/2004 n. 7461; Consiglio di Stato, sez. IV – 29/11/2000 n. 6325 da ultimo Consiglio di Stato 2012/2011);

SPL e Appalto pubblico di servizi

«un determinato servizio può essere qualificato come pubblico solo se l'attività in cui si realizza è diretta a soddisfare in via immediata esigenze della collettività, esulando dal relativo ambito le **prestazioni, di carattere strumentale**, rese al soggetto preposto al suo esercizio (Cass. Civ., Sez. Un., 3.8.2006, n. 17573)»

«è importante **non confondere il servizio pubblico con l'appalto pubblico di servizi**, nel quale è la pubblica amministrazione che si “procura” il servizio: si tratta in altre parole di attività strumentali all'erogazione del servizio pubblico ... e che tuttavia non possono identificarsi con il medesimo. In definitiva, nel primo caso la prestazione viene erogata direttamente all'utente, nel secondo si sviluppa un moto opposto poiché è l'Ente il primo beneficiario dell'attività economica svolta». Sentenza del Tar Lombardia n. 1689/2008

La strumentalità del servizio

- * Il concetto di **strumentalità** assume enorme importanza perché teso a restringere l'ambito dei SPL e, conseguentemente, il campo di applicazione della disciplina che deroga la concorrenza prevista per i SPL.
- * **Esempio** recente (e ancora in vigore): art. 4 DL 95/2012: messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche: *«non si applica alle società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica ...»*

Tipologie (1)

SPL privi di rilevanza economica

- * Sanità
- * Pubblica istruzione
- * Assistenza
- * Servizi al lavoro

Tipologie (2)

SPL di rilevanza economica:

- * Trasporto Pubblico Locale;
- * Servizi idrici;
- * Raccolta rifiuti/igiene urbana
- * Distribuzione del gas
- * illuminazione pubblica;
- * manutenzione delle strade pubbliche e del verde pubblico;
- * car sharing
- * Gestione parcheggi pubblici

Tipologie (3)

Servizi strumentali

- * Custodia o Manutenzione immobili comunali;
- * Pulizia, giardinaggio, manutenzione del cimitero;
- * Riscaldamento immobili comunali;
- * Servizio di tesoreria a favore dell'ente;
- * Servizio di prelievo, trasporto, trattamento dei rifiuti prodotti da un impianto di depurazione

Cosa si intende per Liberalizzazione

- * **Liberalizzazione:** eliminazione/riduzione dei vincoli regolatori che impediscono l'esercizio di determinate attività economiche, consentendo l'esplicazione del libero mercato.
- * Liberalizzazione attività produttive: art. 3 D.L. 138/2011;
- * Liberalizzazione professioni
- * **Principi:** concorrenza e libera prestazione di servizi

Quali obiettivi?

- * Liberalizzazione SIEG:

- Telecomunicazioni
- Poste
- Energia

- * Obiettivi:

- 1) Separazione tra programmazione/regolazione e fornitura del servizio
- 2) Apertura a logiche di mercato

Necessità di mantenere **livelli essenziali delle prestazioni**

Concorrenza e accessibilità

- * Libro Bianco SIG (2004): «l'obiettivo di creare un **mercato interno aperto e competitivo** è compatibile con l'obiettivo di **sviluppare dei servizi di interesse generale accessibili, di alta qualità e a prezzi abbordabili**. La creazione del mercato interno ha, infatti, contribuito in maniera significativa a **migliorare l'efficienza**, abbassando il costo di numerosi servizi ... e **ampliando la scelta dei servizi offerti**, come risulta ... nei settori delle telecomunicazioni e dei trasporti».

Vari livelli di liberalizzazione

- * **MASSIMO:** concorrenza nel mercato: non esistono diritti di esclusiva e tutte le imprese interessate possono svolgere il servizio
- * **MEDIO:** concorrenza per il mercato: l'esistenza di particolari ragioni di interesse pubblico (monopolio naturale/efficienza della gestione/ costo delle infrastrutture) inducono la PA a creare un'esclusiva di attività a favore di un determinato operatore, che viene scelto con procedure di evidenza pubblica
- * **BASSO:** nessuna concorrenza: i SPL vengono gestiti in via diretta dall'Ente o affidati senza gara a società partecipate

La disciplina dei SPL

- * Legge 29 marzo 1903, n. 103
- * Regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578
- * DPR 4 ottobre 1986, n. 902
- * Legge 8 giugno 1990, 142
- * Legge 23 dicembre 1992, n. 498
- * DPR 16 settembre 1996, n. 533
- * D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL)
- * Legge 28 dicembre 2001 n. 448
- * D.L. 30 settembre 2003, n. 269
- * l. 24 dicembre 2003, n. 350
- * Cort. Cost. 272/2004 (incost. 113 bis)
- * L. 24 dicembre 2007 n. 244 (art. 3)
- * d.l. 25 giugno 2008, n. 112 e d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (23 bis)
- * DPR 7 settembre 2010, n. 168
- * Referendum del 12-13 giugno 2011 (abroga 23 bis)
- * D.L. 13 agosto 2011 n. 138 (art. 4)
- * L. 12 novembre 2011, n. 183
- * D.L. 24 gennaio 2012, n. 1
- * D.L. 6 luglio 2012, n. 95 (art. 4)
- * Cort. Cost. 199/2012
- * D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 (art. 34)
- * Cort. Cost. 229/2013



Partiamo da qui!

IL TUEL (d.lgs. 267/2000)

* Art. 113 TUEL (versione in GU 2000)

* 1. I servizi pubblici locali sono **gestiti** nelle seguenti forme:

a) **in economia**, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;

b) **in concessione a terzi**, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

c) a **mezzo di azienda speciale**, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a **mezzo di istituzione**, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a **mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata** a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati;

f) a **mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria** a norma dell'art. 116.

Liberalizzazione bassa: esclusiva, niente gara, nessuna concorrenza né «nel mercato» né «per il mercato»

TUEL 2003

* Art. 113 (Comma sostituito dall'art. 14, comma 1, lett. d), D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 novembre 2003, n. 326.)

...

5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e **nel rispetto della normativa dell'Unione europea**, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di **gare con procedure ad evidenza pubblica**;

b) a **società a capitale misto pubblico privato** nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a **società a capitale interamente pubblico** a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (**in house**)

Liberalizzazione Media: concorrenza per il mercato: i servizi pubblici locali vengono affidati con gara, salvo in house

Art. 23 bis DL 112/2008

- * 1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione **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'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali ... ad eccezione ...

- * 2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in **via ordinaria**:
 - a) 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;
 - b) 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 compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

Art. 23 bis: l'affidamento diretto diventa un'eccezione

- * 3. *In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, 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" ...*
- * 4. *Nei casi di cui al comma 3, 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 .*

I pareri dell'AGCM

Nessun parere favorevole

Principi
(ancora validi?)

Mai affidamento *in house* fuori da SPL

Nozione restrittiva di Servizi Pubblici locali (no servizi strumentali)

Mai affidamento *in house* di pluralità di servizi

23 bis: altre regole di concorrenza

- * ...
- * 8. **Il regime transitorio** degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 è il seguente: ...
- * 9. Le società, ... che, in Italia o all'estero, gestiscono ... servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), 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, ne' svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, ne' direttamente, ne' tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, ne' 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 e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell' articolo 2359 del codice civile , nonché al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2.
- * I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su **tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio,** svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti (8).

Il DPR 7 settembre 2010, n. 168

(regolamento su SPL in attuazione del 23 bis)

- * **Art. 2:** 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**.

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. 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.

- * Art. 3: norme applicabili all'affidamento
- * Art. 4 Parere AGCM
- * Art. 5 patto di stabilità interno;
- * art. 6: acquisto di beni e servizi da parte delle società «in house» e delle società miste
- * Art. 12: abrogazione vari commi art. 113 TUEL, tra cui il 5 e il 5bis

Art. 23 bis+ DPR 168/2010

La legislazione italiana **tende (va)** al massimo grado di liberalizzazione:

- * **Concorrenza nel mercato:** limitazione attribuzione diritti di esclusiva;
- * **Concorrenza per il mercato:** gare ad evidenza pubblica che garantiscano il massimo confronto concorrenziale;
- * **In house come ipotesi di affidamento eccezionale,** sottoposta a parere AGCM

Cort. Cost. 325/2010: nozione comunitaria di concorrenza

- * la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: ...va ricondotta **all'ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, «tutela della concorrenza»**, prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato;
- * Tali conclusioni risultano avvalorate dalla **«nozione comunitaria di concorrenza»**, che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., ... la concorrenza presuppone «la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi» (sentenza n. 401 del 2007). Essa pertanto - come affermato in numerose pronunce di questa Corte ...- può essere tutelata mediante tipi diversi di interventi regolatori, quali:
 - 1) «misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati» (misure antitrust);
 - 2) misure legislative di promozione, «che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (per lo più dirette a tutelare la concorrenza "nel" mercato);
 - 3) misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (dirette a tutelare la concorrenza "per" il mercato).
- * Nell'ambito di tali misure e, in particolare, di quelle al punto 3), rientra espressamente la **previsione di procedure concorsuali competitive di evidenza pubblica volte** - come quelle di specie - **a garantire il rispetto**, per un verso, dei **principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza** e, per l'altro, delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri, al fine di assicurare la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione.

Cort. Cost. 325/2010 : il Leg. Italiano può imporre regole stringenti

- * Il 23 bis contiene regole che si «risolvono in una **restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione in house del servizio** e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica. Ciò comporta, evidentemente, **un'applicazione più estesa di detta regola comunitaria**, quale conseguenza di una **precisa scelta del legislatore italiano**. Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta - e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato -, **ma neppure si pone in contrasto** - come sostenuto, all'opposto, dalle ricorrenti - con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, **costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri**.
- * È infatti innegabile l'esistenza di un "margine di apprezzamento" del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza "nel" mercato e "per" il mercato. Ne deriva, in particolare, che **al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali** - come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici - **di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario**».



Rechercher: >>

Per chi vuole informarsi:

Forum Italiano dei Movimenti per l'Acqua

- Chi siamo
- Comitato promotore
- Adesioni enti locali
- Adesioni artisti per l'acqua
- Come aderire
- Come finanziarci

Donazione



Ufficio stampa

Legge di iniziativa popolare Stato dell'arte del percorso

- Storia della proposta di legge
- Testo della legge
- Relazione di accompagnamento
- Cosa sta accadendo

Contatti

- Segreteria Operativa
- Referenti territoriali

News dai territori

Vertenze territoriali regione

Quesito referendario n. 1

Fermare la privatizzazione dell'acqua (Abrogazione dell'art.23 bis L. 133/08)

Il primo quesito che verrà sottoposto a referendum abrogativo riguarda l'art. 23 bis (dodici commi) della Legge n. 133/2008, relativo alla privatizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica.

Si tratta dell'ultima normativa approvata dall'attuale Governo Berlusconi. Al netto delle deroghe successivamente introdotte, la norma disciplina l'affidamento della gestione del servizio idrico, del servizio raccolta e smaltimento rifiuti e del trasporto pubblico locale. Essa stabilisce come modalità ordinarie di gestione del servizio idrico l'affidamento a soggetti privati attraverso gara o l'affidamento a società a capitale misto pubblico-privato, all'interno delle quali il privato sia stato scelto attraverso gara e detenga almeno il 40%. La gestione attraverso SpA a totale capitale pubblico viene permessa solo in regime di deroga, per situazioni eccezionali che, a causa di caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato. Deroga che deve essere supportata da un'adeguata analisi di mercato e sottoposta al parere dell'Antitrust.

Con questa norma, dando per salvaguardate le attuali gestioni già affidate a soggetti privati o a società miste, si vuole mettere definitivamente sul mercato le gestioni dei 64 ATO (su 92) che o non hanno ancora proceduto ad affidamento, o hanno affidato la gestione del servizio idrico a società a totale capitale pubblico.

Queste ultime infatti cesseranno improrogabilmente entro il dicembre 2011, o potranno continuare alla sola condizione di trasformarsi in società miste, con capitale privato al 40%.

La norma inoltre disciplina le società miste collocate in Borsa, le quali per poter mantenere l'affidamento del servizio dovranno diminuire la quota di capitale pubblico al 40% entro giugno 2013 e al 30% entro il dicembre 2015.

Promuovere l'abrogazione dell'art. 23 bis della Legge n. 166/2009 significa contrastare direttamente l'accelerazione sulle privatizzazioni imposta dal Governo e la definitiva consegna al mercato dei servizi idrici in questo Paese.

[Scarica](#) il testo del quesito referendario



Il contenuto del quesito referendario

Volete voi che sia abrogato l'art. 23 bis (Servizi pubblici locali di rilevanza economica) del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 ... ?

Esito referendum 12-13 giugno 2011:  **SI**

Risultato: abrogazione di **tutto il 23 bis** e del DPR 168/2010

La riproposizione delle regole pro concorrenziali: art. 4 D.L. 138/2011

- * **Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea**
- * **(CONCORRENZA NEL MERCATO)**

- * **1. Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, dopo aver individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.**
- * **2. All'esito della verifica di cui al comma 1 l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio. ...**

Nuovo ruolo dell'AGCM

- * 3. Per gli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, la delibera di cui al comma 2 nel caso di attribuzione di diritti di esclusiva se il valore economico del servizio è pari o superiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui è **trasmessa per un parere obbligatorio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato**, che può pronunciarsi entro sessanta giorni, sulla base dell'istruttoria svolta [dall'ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza] dall'ente locale, in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali. Decorso inutilmente il termine di cui al periodo precedente, l'ente richiedente adotta la delibera quadro di cui al comma 2. La delibera e il parere sono resi pubblici sul sito internet, ove presente, e con ulteriori modalità idonee.
- * 4. **In assenza della delibera, l'ente locale non può procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo.**

Qualche parere su delibere quadro...

- * AS 928: gestione servizi pubblici a pagamento
- * AS 934: servizio di igiene urbana
- * AS 940: gestione dei servizi ambientali
- * AS 964: bike sharing

L'AGCM ha ritenuto che *«siano stati evidenziati ragionevoli motivi per poter sostenere che la libera iniziativa economica privata non possa ritenersi idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità»*.

Gli obblighi di servizio pubblico e la separazione societaria

* CONCORRENZA PER IL MERCATO

- * 5. **Gli enti locali**, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, **definiscono preliminarmente**, ove necessario, **gli obblighi di servizio pubblico**, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi determinate, ... tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo.
- *
- * 7. I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista **dall'articolo 8**, commi 2-bis e 2-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.
- * 8. Nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante **procedure competitive ad evidenza pubblica**, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici ...



Le regole sulla gara

- * 11. Al fine di **promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati**, il **bando di gara** o la lettera di invito relative alle procedure di cui ai commi 8, 9, 10:
 - * a) **esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti**, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali **non duplicabili** a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio **possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti**;
 - * b) assicura che **i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati** alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;
 - * b-bis) prevede l'impegno del soggetto gestore a conseguire **economie di gestione** con riferimento all'intera durata programmata dell'affidamento, e prevede altresì, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, la misura delle anzidette economie e la loro destinazione alla riduzione delle tariffe da praticarsi agli utenti ed al finanziamento di strumenti di sostegno connessi a processi di efficientamento relativi al personale (7);
 - * c) **indica**, ferme restando le discipline di settore, **la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore**. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;
 - * d) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;
 - * ...
 - * g) prevede l'adozione di **carte dei servizi** al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.

società miste e in house

- * 12. Fermo restando quanto previsto ai commi 8, 9, 10 e 11, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:
 - * a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;
 - * b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento;
 - * c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

- * 13. **In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento e' pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui,** l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house". Al fine di garantire l'unitarietà del servizio oggetto dell'affidamento, è fatto divieto di procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento (10).
- * 14. Le società cosiddette "in house" affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali **sono assoggettate al patto di stabilità** interno ...
- * 15. Le società cosiddette "in house" e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni (codice degli appalti).
- * ...

... non si applica

* Art. 4, comma 34:

Sono esclusi dall'applicazione del presente articolo:

- 1. il servizio idrico integrato**
- 2. il servizio di distribuzione di gas naturale**
- 3. il servizio di distribuzione di energia elettrica**
- 4. la gestione delle farmacie comunali.**

Cort. Cost. 17 luglio 2012 n. 199

- * «A distanza di meno di un mese dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell'avvenuta abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, il Governo è intervenuto nuovamente sulla materia con l'impugnato art. 4, il quale, nonostante sia intitolato «Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea», detta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, **che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata**, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, **ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel d.P.R. n. 168 del 2010.**
- * ... Alla luce delle richiamate indicazioni - **nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato** - risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e l'identità della ratio ispiratrice.
- * Le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere. Tenuto, poi, **conto del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica»** (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23-bis, **non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza che la norma oggi all'esame costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011».**

E adesso??

- * Si applica la disciplina europea
- * Permangono alcune norme pro competitive:
 - art. 113 TUEL (nelle parti non abrogate)
 - Art. 3 bis DL 138/2011
 - Art. 34 DL Crescita 2 (DL 179/2012)

ART. 113 TUEL

Disciplina delle reti:

- * 2. Gli enti locali **non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni** destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13...
- * 3. Le discipline di settore stabiliscono i **casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di cui al comma 1 può essere separata da quella di erogazione degli stessi**. È, in ogni caso, **garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi**.
- * 4. Qualora sia **separata** dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:
 - * a) **di soggetti allo scopo costituiti**, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (6);
 - * b) **di imprese idonee**, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica.

Art. 3bis DL 138/2011

- * 1. A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica **definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio** e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi, entro il termine del 30 giugno 2012. La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale.
- * ... è fatta salva **l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali** ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali in coerenza con le previsioni indicate nel presente comma.
- * ... 1-bis. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo **sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali** e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo (3).

Art. 3 bis DL 138/2011, comma 3: dall'obbligo... alla virtuosità

- * 3. A decorrere dal 2013, **l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica** da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce **elemento di valutazione della virtuosità degli stessi** ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. A tal fine, la Presidenza del Consiglio dei ministri, nell'ambito dei compiti di tutela e promozione della concorrenza nelle regioni e negli enti locali, comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità'.

Art. 34 DL 179/2012 (Crescita 2)

- * 20. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, **l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante**, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo **per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.**
- * 21. Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono **essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013** pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20.
- * ...

Art. 34 DL Crescita 2

- * 23. Dopo il comma 1 dell'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni, è inserito il seguente:
- * "1-bis. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo **degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei** .
- * 25. I commi da 20 a 22 non si applicano al servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, al servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, nonché alla gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475. Restano inoltre ferme le disposizioni di cui all'articolo 37 del decreto- legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

Norme di settore per singoli SPL

- * Trasporto pubblico locale (autobus, taxi e ncc)
- * Distribuzione gas naturale
- * Rifiuti urbani
- * Servizio idrico

...

Cosa rimane all'AGCM?

Art. 4 D.L. 95/2012

- * Nei confronti delle società controllate ... dalle pubbliche amministrazioni ... che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, si procede, alternativamente:
 - * a) **allo scioglimento** della società entro il 31 dicembre 2013...
 - * b) **all'alienazione**, con procedure di evidenza pubblica, **delle partecipazioni** detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 30 giugno 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili, a decorrere dal 1° gennaio 2014. Il bando di gara considera, tra gli elementi rilevanti di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dei livelli di occupazione. L'alienazione deve riguardare l'intera partecipazione della pubblica amministrazione controllante (2).

Cosa rimane all'AGCM (2)

- * 3. Le disposizioni di cui al comma 1 del presente articolo **non si applicano alle società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica ...**
- * Le medesime disposizioni **non si applicano qualora**, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato.
- * In tal caso, l'amministrazione, in tempo utile per rispettare i termini di cui al comma 1, **predispone un'analisi del mercato e trasmette una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione. ...**⁴⁶

Qualche parere

- * AS 1031: *«la gestione congiunta di servizi di interesse economico generale ed attività strumentali non esclude l'applicazione degli obblighi di dismissione»*
- * AS 1032: se il servizio è strumentale si applica l'obbligo di dismissioni

Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 4, comma 3, del D.L. 95/2012

Cort. Cost. 229/2013

- * **Questione di illegittimità dell'art. 4 **FONDATA**: Violazione della competenza in materia di organizzazione amministrativa regionale limitatamente alle Regioni ad autonomia ordinaria**

- * **Questioni di legittimità dell'art. 4 **NON FONDATE**:**
 1. **violazione della competenza in materia di organizzazione amministrativa regionale limitatamente alle Regioni a statuto speciale, perché c'è l'art. 24 (clausola di salvaguardia)**
 2. **violazione del giudicato;**
 3. **violazione della competenza delle Regioni Ordinarie sull'ordinamento degli Enti locali;**
 4. **Violazione della competenza delle Regioni con riferimento all'ordinamento delle società strumentali, trattandosi di materia da ricondurre all' «ordinamento civile» di competenza esclusiva del legislatore**

Cort. Cost. 229/2013

È fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 per violazione della competenza in materia di organizzazione amministrativa regionale perché:

1. Si sottrae alle **PPAA** la possibilità di ricorrere alle forme organizzative dello svolgimento dell'attività in quanto si impone la dismissione e si esclude il ricorso all'in house per le soc. strumentali
2. Tale preclusione vale anche per le **Regioni** che sono titolari di potestà legislativa residuale e primaria in materia di organizzazione delle proprie finalità istituzionali
3. Le disposizioni, pur volte a contenere la spesa pubblica, **non sono principi di coordinamento della finanza pubblica** perché dettano una disciplina puntuale, non lasciando alle Regioni alcun margine di autonomia

Cort. Cost. 229/2013

* Ratio delle norme che regolano le società strumentali

«sia il divieto per le predette società strumentali di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, in affidamento diretto o con gara, e di partecipare ad altre società o enti (art. 13 del d.l. n. 223 del 2006), sia il divieto per le pubbliche amministrazioni di costituire società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi, non strettamente necessari al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, e di assumere e mantenere le partecipazioni in tali società (art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007), «mirano, da un canto, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici, dall'altro, ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione» (sentenza n. 148 del 2009).

Esse sono, quindi, dirette ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza (sentenza n. 326 del 2008)».

Cort. Cost. 229/2013

* «Le norme incidono sulla materia dell'organizzazione e funzionamento della Regione»

«La disciplina dettata dai commi 1 e 2 dell'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012 ... **lungi dal perseguire l'obiettivo di garantire che le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni concentrino il proprio operato esclusivamente nell'attività amministrativa svolta in forma privatistica**» per le predette amministrazioni pubbliche e non operino sul mercato «beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione» (sentenza n. 326 del 2008), **colpisce proprio le società pubbliche che hanno realizzato tale obiettivo.**

Essa, infatti, impone a tutte le amministrazioni, **quindi anche a quelle regionali, di sciogliere o privatizzare proprio le società pubbliche strumentali che, nell'anno 2011, abbiano conseguito più del 90 per cento del proprio fatturato da prestazioni di servizi alla pubblica amministrazione controllante** (comma 1), sanzionandole, in caso di mancato adeguamento agli obblighi di scioglimento o privatizzazione, con il **divieto del rinnovo** di affidamenti in essere e **di nuovi affidamenti diretti** in favore delle predette società (comma 2, cui si congiunge il comma 8). **In tal modo, è sottratta alle medesime amministrazioni, di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, la scelta in ordine alle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali, in quanto si esclude la possibilità che, pur ricorrendo le condizioni prescritte dall'ordinamento dell'Unione europea, le medesime amministrazioni continuino ad avvalersi di società in house.** Di queste ultime, infatti, **si impone lo scioglimento o la privatizzazione, consentendosi che le stesse sopravvivano e continuino ad essere titolari di affidamenti diretti** (comma 8) **solo nelle rare ipotesi»** previste dalla norma.

Cort. Cost. 229/2013

- * **Le disposizioni impugnate dalle regioni non sono riconducibili a principi di coordinamento della finanza pubblica.**

«è consentito imporre limiti alla spesa di enti pubblici regionali alla duplice condizione: a) di **porre obiettivi di riequilibrio della medesima**, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente; b) di **non prevedere in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi** ([sentenza n. 289 del 2008](#)). Può essere, in altri termini, imposto alle Regioni un «**limite globale, complessivo**, al punto che ciascuna Regione deve ritenersi libera di darvi attuazione, nelle varie leggi di spesa, relativamente ai diversi comparti, in modo graduato e differenziato, purché il risultato complessivo sia pari a quello indicato nella legge statale» ([sentenza n. 36 del 2013](#); [sentenza n. 211 del 2012](#)).

Nella specie, le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, secondo periodo, 3-sexies ed 8, **delineano, invece, una disciplina puntuale e dettagliata che vincola totalmente anche le amministrazioni regionali, senza lasciare alcun margine di adeguamento**, anche a Regioni e Province autonome, con conseguente lesione dell'autonomia organizzativa della Regione, nonché della competenza regionale concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica».

Cort. Cost. 229/2013

* **Non è fondata** la questione di legittimità costituzionale per violazione della competenza esclusiva delle Regioni a statuto speciale

1. l'art. 24-bis d.l. 95/2012 prevede che «[...] le disposizioni del presente decreto si applicano alle predette regioni e province autonome secondo le procedure previste dai rispettivi statuti speciali e dalle relative norme di attuazione, anche con riferimento agli enti locali delle autonomie speciali che esercitano le funzioni in materia di finanza locale, agli enti ed organismi strumentali dei predetti enti territoriali e agli altri enti o organismi ad ordinamento regionale o provinciale»
2. «La predetta clausola ... [è volta] ad escludere la diretta applicazione agli enti ad autonomia speciale delle disposizioni dettate dal legislatore statale che non siano compatibili con quanto stabilito negli statuti speciali e nelle norme di attuazione degli stessi, al di fuori delle particolari procedure previste dai rispettivi statuti ([sentenza n. 193 del 2012](#)). Tale tipo di clausole, lungi dall'essere mere clausole di stile, hanno la «precisa funzione di rendere applicabile il decreto agli enti ad autonomia differenziata solo a condizione che siano “rispettati” gli statuti speciali» ([sentenza n. 241 del 2012](#)): esse, in tal modo, prefigurano «un percorso procedurale, dominato dal principio consensualistico...».
3. «Da ciò si desume che, anche qualora si accertasse che le norme dell'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012 impugnate rechino disposizioni incompatibili con gli statuti speciali, **esse non sarebbero di per sé applicabili alle Regioni ad autonomia speciale, ma richiederebbero il recepimento tramite le apposite procedure (consensuali) prescritte dalla normativa statutaria e di attuazione statutaria**».

Cort. Cost. 229/2013

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni dell'art. 4 per violazione del giudicato:

«L'ambito di applicazione di tali disposizioni è definito in negativo dai commi 3 e 13, i quali espressamente individuano una serie di società controllate dalle pubbliche amministrazioni sottratte al regime dettato dall'art. 4, fra le quali vi sono, in primo luogo, le società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica. **Posto che la definizione dei servizi di interesse generale trova nella normativa dell'Unione europea i suoi fondamenti, e che, alla luce di essa, tali servizi corrispondono ad attività (anche commerciali) orientate al bene della collettività e pertanto vincolate a specifici obblighi di servizio pubblico da parte delle autorità, tra le quali si annoverano, ad esempio, i trasporti, i servizi postali, le telecomunicazioni, è agevole desumere che i servizi pubblici locali rientrano fra i servizi di interesse generale.**

Le censure muovono, perciò, da un presupposto interpretativo erroneo, che è quello dell'applicabilità delle norme qui in esame in riferimento ai servizi pubblici locali. Tale presupposto non solo è contraddetto espressamente dal citato comma 3, ma viene anche smentito da una lettura sistematica delle disposizioni dell'art. 4, le quali più volte fanno riferimento a società controllate che svolgono servizi in favore delle pubbliche amministrazioni (già nel comma 1), che sono "strumentali" all'attività delle medesime (ad esempio, al comma 7).

Considerato che le disposizioni censurate hanno un **ambito di applicazione diverso da quello delle disposizioni oggetto del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 e della declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 199 del 2012 e**, dunque, non sono riprodotte né delle disposizioni abrogate con il referendum, né delle disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime con la citata sentenza n. 199 del 2012, **non sussiste alcuna lesione né del giudicato costituzionale, né della volontà popolare espressa tramite il referendum».**

Cort. Cost. 229/2013

Non è fondata la questione relativa alla violazione della competenza delle Regioni sull'ordinamento degli Enti locali

1. «Con riferimento alle Regioni a statuto ordinario ... questa Corte ha già affermato che «spetta al legislatore statale [...] disciplinare i profili organizzativi concernenti l'ordinamento degli enti locali (art. 117, secondo comma, lettera p), Cost.)»: pertanto, posto che le società controllate sulle quali incide la normativa impugnata svolgono attività strumentali alle finalità istituzionali delle amministrazioni degli enti locali, strettamente connesse con le previsioni contenute nel testo unico degli enti locali, legittimamente su di esse è intervenuto il legislatore statale (sentenza n. 159 del 2008)».
2. «Diverso ragionamento deve farsi con riguardo alle Regioni ad autonomia speciale, titolari di competenza legislativa primaria in materia di “ordinamento degli enti locali”. Tenuto conto dell'inerenza della disciplina censurata alla materia dell'organizzazione delle amministrazioni controllanti le società pubbliche oggetto dell'impugnato art. 4, e del rilievo che i vincoli da essa imposti a fini di contenimento della spesa pubblica sono legittimi solo ove corrispondano a principi di coordinamento della finanza pubblica, deve ravvisarsi, nella specie, un contrasto con la normativa statutaria e di attuazione statutaria. **Tuttavia, stante la clausola di salvaguardia di cui all'art. 24-bis, deve ritenersi che le disposizioni censurate siano inoperanti nell'ambito delle predette Regioni**».

Cort. Cost. 229/2013

Non è fondata la questione di legittimità in merito alla disciplina delle società strumentali

- * «Una volta, infatti, che la Regione abbia esercitato la sua autonomia organizzativa, operando la scelta fra i vari moduli organizzativi possibili per lo svolgimento dei servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali in favore dell'affidamento diretto a società pubbliche, **essa ha anche accettato di rispettare lo speciale statuto che contraddistingue tali società, il quale, pur connotato da rilevanti profili di matrice pubblicistica, è comunque riconducibile, in termini generali, al modello societario privatistico che ha radice nel codice civile.** La disciplina puntuale delle modalità di composizione dei consigli di amministrazione di tali società, nonché l'individuazione del numero e delle funzioni dei componenti deve, pertanto, essere ricondotta alla materia dell' "ordinamento civile", di competenza esclusiva del legislatore statale.
- * Quest'ultima «comprende gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale; [...] non è esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche; [...] comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato», nonché «istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica (sentenze [n. 159](#) e [n. 51 del 2008](#), [n. 438](#) e [n. 401 del 2007](#) e [n. 29 del 2006](#))» ([sentenza n. 326 del 2008](#)). Di qui la non fondatezza delle censure».

Cort. Cost. 229/20

Non è fondata la questione di legittimità del comma 7 dell'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012 che prevede che le pa «acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo».

- * Tale disposizione <obbedisce alla finalità, dichiarata dallo stesso legislatore, «di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori sul territorio nazionale» e va quindi ricondotta alla materia della “tutela della concorrenza” di competenza esclusiva del legislatore statale.
- * Essa infatti, in primo luogo, stabilisce che le amministrazioni, anche regionali, decidono l'affidamento di servizi strumentali alla propria attività in modo che esso garantisca la qualità delle prestazioni e si svolga «nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza», nonché dei «principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità», e di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice (art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006). **Una volta che, nel rispetto dei predetti principi, l'amministrazione decida di acquisire detti servizi strumentali da soggetti operanti sul mercato, ivi comprese società pubbliche che svolgono attività d'impresa, la norma in esame impone loro di seguire le regole concorrenziali dell'affidamento mediante gara, secondo quanto stabilito dal predetto Codice dei contratti pubblici ed in armonia con la normativa dell'Unione europea.**

Cosa rimane dell'art. 4?

Obbligo di
dismissione società
strumentali/parere
AGCM



Divieto di
affidamento *in
house* per le
società strumentali



Si applicano a tutte le
PA ad **ECCEZIONE**:

- delle **Regioni** (sia a
statuto ordinario
che speciale)
- degli **Enti locali**
delle Regioni a
statuto speciale

Permane il **divieto di affidamento diretto** alle società che non posseggano i requisiti previsti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitarie (controllo analogo e attività prevalente) , sia con riferimento ai SPL che ai servizi strumentali.

Art. 21 bis l. 287/90

Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza (Inserito dall'articolo 35 del d.l. 201/2011)

- * 1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad **agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.**
- * 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette , **entro sessanta giorni, un parere motivato**, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione **non si conforma nei sessanta giorni successivi** alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il **ricorso, entro i successivi trenta giorni.**
- * 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

Esempio di intervento su SPL

- * Parere AS 1017 del 23 gennaio 2013 (boll. 5/2012): affidamento diretto ad ATAC del servizio di TPL del Comune di Roma per violazione delle regole sul servizio di TPL (art. 4 bis DL 78/09 e 34, comma 20, DL 179/2012) per mancato rispetto dell'obbligo di aggiudicare mediante procedura di evidenza pubblica almeno il 10% dei servizi oggetto dell'affidamento e assenza delle indicazioni sulle compensazioni.
- * La delibera è stata impugnata di fronte al TAR (Cfr. La Repubblica 9 maggio 2013, p. 7.)