

ATTI AMMINISTRATIVI E TUTELA DELLA CONCORRENZA.
Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge n. 287/90

27 SETTEMBRE 2012, ORE 9:00

SALA NAPOLEONICA - PALAZZO GREPPI

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

VIA S. ANTONIO, 12 - MILANO

PANEL INTRODUTTIVO

La tutela giurisdizionale della concorrenza nei confronti della PA

"Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato" – Intervento del Dott. SALVATORE REBECCHINI, Componente del collegio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Introduzione

Il potere di legittimazione a ricorrere dell'Autorità Antitrust ai sensi dell'art. 21bis della legge n. 287/90¹ costituisce una novità di grandissimo rilievo per la forza che essa attribuisce all'Autorità Antitrust e al valore primario riconosciuto alla concorrenza, oltre che per i potenziali effetti sulla funzione del giudice amministrativo².

L'Autorità si è subito attivata: il primo parere motivato ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/90, così come introdotto dall'articolo 35 della legge n. 214 del 22 dicembre 2011, è stato ricevuto dal comune di Lucca agli inizi di gennaio 2012 (segnalazione AS900), a seguito del ricevimento di una segnalazione da parte del titolare di un esercizio di vicinato per la vendita di prodotti di gastronomia nel medesimo comune³.

Inoltre, nei primi mesi del 2012 è stata creata la Direzione Servizi Pubblici Locali e Promozione della Concorrenza che, tra le altre cose, predispone i pareri ex art. 21-bis della legge n. 287/1990, in raccordo con le Direzioni settoriali competenti e con la Direzione per gli Affari Giuridici e il Contenzioso.

Ricognizione sull'enforcement dell'art. 21bis

Statistiche sui pareri ai sensi dell'art. 21bis

Più di 25 sono i casi in cui l'Autorità ha inviato pareri motivati nel 2012, di cui:

¹ Vedi l'appendice per il testo dell'articolo.

² Merita riflettere sulla circostanza che con le nuove disposizioni il legislatore italiano deroga alle più tradizionali regole del processo amministrativo, improntato alla tutela delle posizioni soggettive individuali, in favore della tutela di un interesse, pur sempre particolare, ma facente capo ad un soggetto pubblico e soddisfatto attraverso il mero rispetto della legge.

³ Il parere (AS900), inviato al Sindaco del Comune di Lucca, ha riguardato in particolare l'articolo 17 del Regolamento comunale sugli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, laddove prevede che gli arredi degli esercizi di vicinato non possono coincidere con le attrezzature tradizionalmente utilizzate negli esercizi di somministrazione, ossia tavoli e qualsiasi tipo di seduta.

- **4 casi** in cui si è verificata l'**ottemperanza**⁴;
- **2 casi** per cui è stato avviato ricorso per non ottemperanza ;
- **1 caso** in cui l'**Autorità ha rinunciato al ricorso**, dopo aver inviato il parere, a seguito dei chiarimenti forniti dall'ente interessato⁵;
- Il resto riguarda casi **per i quali sono in scadenza i termini** di 60 giorni decorrenti dal ricevimento del parere **oppure casi “decaduti” in seguito alla dichiarazione di illegittimità, da parte della Corte Costituzionale, dell’art. 4 del DL n. 138/2011**, che imponeva agli enti locali di richiedere il parere dell’Autorità sulla delibera quadro volta a verificare la possibilità di una gestione “concorrenziale” dei SPL.

Tipologia di amministrazione pubblica e di atti

I **soggetti interessati** dal parere dell’Autorità sono soprattutto Regioni, Province, Comuni, ma non mancano altri enti pubblici, sia dell’amministrazione centrale (Ministeri), sia locale (es. Capitanerie di porto).

Gli **atti** oggetto del parere dell’Autorità hanno finora riguardato in prevalenza le delibere delle varie giunte comunali, provinciali e regionali. Altri atti esaminati dall’Autorità sono le leggi provinciali e regionali, decreti dirigenziali, contratti di servizio e piani urbanistici.

Oggetto del parere motivato

La maggioranza dei pareri motivati ai sensi dell’articolo 21bis hanno riguardato l’ambito delle gare o degli appalti per l’affidamento di servizi, seguito dal tema del rilascio/rinnovo di autorizzazioni/concessioni. In alcuni casi i pareri hanno riguardato la previsione di tariffe minime (come nel caso dei servizi di facchinaggio per il comune di Cremona) o costi minimi (come illustrerò più avanti nel caso Osservatorio autotrasporto).

Settore o industria oggetto del parere

La maggioranza dei pareri ha riguardato il settore dei trasporti pubblici locali (TPL): urbano, extraurbano, porti, funivie (vedi il caso Terminillo), incluso i servizi pubblici offerti ai turisti.

Segue poi la categoria dei pareri (in merito a concessioni/autorizzazioni) che hanno interessato altri tipi di servizi, tra cui: la distribuzione commerciale, servizi professionali, servizi sanitari, servizi turistici (alberghi e spiagge). In termini di settori industriali, alcuni pareri hanno riguardato l’industria energetica (rilascio autorizzazione per la costruzione di centrale idroelettrica, e distribuzione carburanti) e delle telecomunicazioni.

Norme a tutela della concorrenza e del mercato

Nei suoi pareri motivati l’Autorità ha fatto riferimento ai **principi generali della concorrenza vigenti nell’ordinamento comunitario e nazionale**.

Un particolare rilievo hanno avuto norme recentemente emanate dal Governo in materia di liberalizzazioni che hanno inteso rimuovere tutte le restrizioni regolamentari. In particolare:

⁴ S1519 – Funivia a Monte Terminillo, S1530 - Monza Brianza - Grandi Strutture di vendita, S1473B - Disciplina del Commercio nella Regione Sicilia (relativo al Comune di motta Sant’Anastasia), S1571 - Roseto degli Abruzzi (disciplina delle concessioni demaniali).

⁵ S1413B - Regione Molise/Trasporto extraurbano.

- a) il **D.L. n. 138/2011**: non solo in riferimento all'art. 4 poi dichiarato illegittimo dalla corte costituzionale, ma anche ad altre norme. In particolare:
- l'articolo 3, comma 9, lett. h) che vieta espressamente "l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi, indipendentemente dalla determinazione, diretta o indiretta, mediante l'applicazione di un coefficiente di profitto o di altro calcolo su base percentuale"⁶;
- b) il c.d. decreto "**salva Italia**"⁷:
- l'articolo 31 che vieta vincoli, non strettamente necessitati, al principio generale di libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio⁸.
 - L'articolo 34, comma 3, che ha abrogato espressamente le restrizioni contenute nella normativa vigente relativamente all'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi (*lett.f*)⁹.
- c) **Normative settoriali di fonte comunitaria e nazionale**. Ad esempio, nel settore del **commercio**, l'Autorità ha ribadito un principio generale stabilito dal D.L. 26 marzo 2010, n. 59, attuativo della **direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi** nel mercato interno consistente nel riconoscere che "l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie" (articolo 10). Un altro esempio riguarda le **concessioni demaniali marittime**¹⁰: l'Autorità ha avuto modo di ribadire che l'esercizio della discrezionalità amministrativa nella scelta dei concessionari deve conformarsi ai principi comunitari della parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, come evidenziato dalla Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario e più di recente con la Direttiva Servizi.

Origine della segnalazione

Nella maggioranza dei casi si tratta di pareri emessi dall'Autorità su segnalazione di un soggetto danneggiato dalle disposizioni contenute nell'atto dell'amministrazione pubblica. Solo in alcuni casi, l'origine della segnalazione è stata ex-officio.

⁶ Vedi segnalazione: AS977 –Servizi di facchinaggio, Comune di Cremona.

⁷ D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modifiche, nella legge 22 dicembre 2011, n. 214.

⁸ Vedi segnalazione AS960 – programmazione urbanistica nel commercio - Trento.

⁹ Vedi segnalazione: AS977 –Servizi di facchinaggio, Comune di Cremona.

¹⁰ Vedi segnalazione AS975 – Roseto degli Abruzzi.

Alcuni casi illustrativi

Casi di ottemperanza (nel termine dei 60 gg post parere motivato)

- Il caso Terminillo (segnalazione AS958): la Provincia di Rieti ha ottemperato al parere motivato adottato dall'Autorità ai sensi dell'art. 21-bis (in merito alle restrizioni della concorrenza derivanti dalla Deliberazione della Giunta n. 34/2012, che stabiliva un **rinnovo decennale automatico della concessione di esercizio dell'impianto seggiovia PM-10 Cardito Sud**, sita nel comprensorio del Monte Terminillo, a favore del precedente concessionario, invece di riaprire, al termine del rapporto concessorio, la concorrenza per il mercato. La Provincia di Rieti ha disposto l'annullamento del decreto di concessione di esercizio dell'impianto seggiovia PM10 Cardito Sud e si è impegnata ad avviare e concludere una procedura di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di tale servizio.
- Il caso del Comune di Motta Sant'Anastasia (non pubblicato). L'Assessorato alle Attività produttive della Regione Sicilia ha dato riscontro al parere adottato dall'Autorità, in relazione alle restrizioni della concorrenza riconducibili alla Determina dirigenziale n. 63 dell'8 marzo 2012 con cui **il Comune di Motta Sant'Anastasia ha denegato il rilascio dell'autorizzazione per l'apertura di una grande struttura di vendita** alla società Imfra Invest S.r.l. L'Autorità ha notato che i criteri di autorizzazione contenuti nella legge regionale Sicilia n. 28/1999 nella misura in cui prevedono il contingentamento della autorizzazioni alla realizzazione di grandi strutture di vendita, sulla base di criteri che tengono conto anche della valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività, sono in contrasto con i fondamentali principi di tutela/promozione della concorrenza, inclusi i principi di liberalizzazione delle attività commerciali e più in generale di libertà d'impresa espressi dal decreto "salva Italia" (art. 31 del D.l. n. 201/2011)¹¹.

Casi di inottemperanza (con avvio ricorso)

- Contributi agli organismi di Garanzia Fidi – Regione Abruzzo (segnalazione AS920): nel parere motivato l'Autorità ha segnalato che le disposizioni di una delibera regionale risultavano restrittive della concorrenza laddove, recependo le disposizioni primarie restrittive contenute nella Legge Regionale 37/2010, imponevano, quali **requisiti per l'accesso ai contributi regionali, limiti territoriali e di anzianità operativa nonché requisiti patrimoniali storici**¹².
- Osservatorio sulla attività di autotrasporto (segnalazione AS913): l'Autorità ha segnalato il proprio parere relativamente al contenuto di alcune determinazioni adottate dall'Osservatorio sulle attività di autotrasporto e a un decreto dirigenziale adottato dalla Direzione Generale per il Trasporto Stradale e l'Intermodalità presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, relativamente alla determinazione di **costi minimi di esercizio**

¹¹ Inoltre, secondo l'Autorità l'applicazione al caso di specie della normativa regionale e, in particolare, del calcolo delle isocrone per verificare la possibilità di rilasciare l'autorizzazione (per definire i bacini di attrazione delle grandi strutture di vendita) potrebbe essere stato artificiosamente orientato a non riconoscere l'esistenza di superficie disponibile a favore del segnalante.

¹² L'Autorità si era già espressa in tema di limiti all'accesso ai contributi per i Consorzi di Garanzia Fidi (Confidi), nell'ambito della segnalazione AS 732 del 19 luglio 2010, inviata anche alla Regione Abruzzo, nella quale sono state evidenziate i) le restrizioni concorrenziali derivanti dall'inserimento di vincoli territoriali e di governance quali condizioni per l'assegnazione dei contributi ai confidi e ii) l'impossibilità di provvedere ad affidamenti diretti dei servizi di gestione dei fondi di garanzia fidi regionali alla luce del fatto che il servizio oggetto di affidamento non può essere incluso tra i servizi pubblici locali e, conseguentemente, si deve ritenere che lo stesso sia soggetto alle forme di affidamento ordinarie.

per attività di autotrasporto. Tali costi/prezzi minimi, giustificati con degli inappropriati riferimenti a esigenze di tutela della sicurezza stradale e della “regolarità del mercato”, avrebbero dovuto essere individuati, sulla base della normativa vigente, da accordi volontari di settore sottoposti al parere preventivo dell’Osservatorio e successivamente recepiti da appositi atti del Ministero. La legge, peraltro, prevedeva che, in assenza di accordi, gli importi sarebbero stati determinati dall’Osservatorio¹³.

Criticità

Due sono le principali criticità di carattere operativo, sino ad ora emerse.

1) La decorrenza del termine per emettere il parere ai sensi dell’art. 21bis (dies a quo)

L’attuale prassi dell’Autorità è di considerare come *dies a quo*:

- la data di pubblicazione in G.U. e negli albi pretori, per tutti gli atti amministrativi di carattere generale;
- la data in cui l’Autorità viene a conoscenza, ex-ufficio o tramite segnalazione, per tutti gli atti non soggetti a pubblicazione e inviati solamente al diretto interessato.

2) Il monitoraggio degli atti

Alcune problematiche che la disposizione solleva sul piano pratico fanno riferimento al limitato organico dell’Autorità e alla oggettiva impossibilità per la medesima di “monitorare” tutti i provvedimenti amministrativi suscettibili di contravvenire alle norme sulla concorrenza.

L’Autorità si sta attivando per predisporre un sistema di verifica degli atti amministrativi delle Regioni e delle principali città italiane, per le quali gli albi pretori sono consultabili on-line su internet.

Infine, l’Autorità auspica di potersi opportunamente avvalere anche delle Autorità di settore sul fronte della segnalazione e per evitare il decorso del termine per la presentazione del parere.

La problematica del *dies a quo*, unitamente all’impossibilità di monitorare tutti gli atti amministrativi, comporta che in numerose istanze l’Autorità viene a conoscenza di atti lesivi delle norme sulla tutela della concorrenza in maniera tardiva rispetto al termine dei 60 giorni. In tale evenienza, l’Autorità valuta l’opportunità di predisporre pareri ai sensi dell’art. 21 o 22, come si è visto per il caso dello sviluppo della banda larga in Trentino.

Le priorità nell’ambito d’azione

L’ampia formulazione della norma, che, come si è visto, attribuisce all’AGCM una legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (a contenuto normativo, generale o anche particolare) assunto da una pubblica amministrazione in violazione delle norme “a tutela della concorrenza e del mercato”, le consente indubbiamente un vasto spettro di intervento, ma che, anche per i motivi enunciati sopra (**limitate risorse e impossibilità di monitoraggio a tutto tondo**) si appresta ad esser delimitato secondo alcune priorità che l’Autorità stessa dovrà individuare.

¹³ È interessante notare che l’intervento dell’Autorità è stato successivo a 2 ricorsi presentati al T.A.R. Lazio - Roma da un insieme di soggetti che hanno inviato per conoscenza all’Autorità i ricorsi. Uno di tali ricorsi, peraltro, richiama specificamente le competenze di cui all’art. 21-bis, così sollevando la questione di un possibile intervento diretto dell’Autorità nella vicenda in oggetto.

In altre parole, se l'art. 21bis fornisce uno strumento potente d'azione, esso può e deve essere utilizzato selettivamente. La questione è dunque la seguente: **quali condotte sono più urgenti? Quali ambiti e soggetti più meritevoli dell'attenzione dell'AGCM?**

Finora, come è emerso dalla ricognizione sopra esposta, molti pareri motivati ai sensi dell'art. 21 bis hanno riguardato la disciplina degli affidamenti in house e delle gare nel comparto dei **servizi pubblici locali (SPL)**.

In effetti, nel delimitare il vasto ambito di intervento offerto dall'art. 21bis, l'Autorità intende utilizzare i nuovi poteri per **promuovere, in primo luogo, la concorrenza nel comparto nei SPL**, per la loro rilevanza economica.

Infatti, come ricorda la Banca d'Italia in un recente paper sui servizi pubblici locali in Italia¹⁴, si tratta **di servizi cruciali per la competitività dell'economia di un Paese, nonché, in ultima istanza, per la sua crescita economica**. Storicamente si tratta di servizi erogati dal settore pubblico ma che opportunamente aperti alla concorrenza e affiancati da una regolazione incentivante possono raggiungere adeguati standard di efficienza e qualità del servizio. La Banca d'Italia sottolinea l'esistenza di tutta una letteratura economica secondo cui:

- mercati efficienti nei SPL non solo possono migliorare la qualità offerta, ma anche avere ricadute positive sulla competitività e lo sviluppo dei sistemi economici locali (Biehl, 1991)¹⁵;
- per alcuni di questi servizi (vedi: acqua, impianti fognari, trasporti ecc.) una maggiore efficienza assume un ruolo rilevante nel determinare la produttività aggregata di un'economia e la crescita del PIL pro capite (cfr. Aushauer 1989)¹⁶.

Purtroppo, negli ultimi tempi nel settore dei servizi pubblici si è determinato un sostanziale arretramento del processo di liberalizzazione a causa della recente ma prevedibile **sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale del 20 luglio 2012, che ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 4 del DL 13 agosto 2011, n. 138, per violazione dell'art. 75 della Costituzione poiché lo stesso riproduceva numerose disposizioni dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008, abrogato per effetto del referendum del giugno 2011.**

Con la decisione della Corte costituzionale, l'Autorità antitrust viene privata di importante strumento quale era l'art. 4 del DL. 13 agosto 2011 e di conseguenza la normativa nazionale rientra nel solco della normativa comunitaria attualmente in vigore per i servizi pubblici locali che, pur ribadendo i principi comunitari di liberalizzazione, consente, anche se non impone, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, quando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli la "speciale missione" dell'ente pubblico, ad alcune condizioni (il capitale della società affidataria deve essere interamente pubblico, il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidataria deve essere di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici – il cosiddetto controllo analogo)¹⁷.

¹⁴ Francesco Bripi, Amanda Carmignani e Raffaella Giordano, "La qualità dei servizi pubblici in Italia", Questioni di Economia e Finanza, n. 84, Banca d'Italia, gennaio 2011

¹⁵ Biehl D. (1991), "The Role of Infrastructure in Regional Development", in R.W. Vickerman (ed), *Infrastructure and Regional Development*, European Research in REgional Science, vol. 1, Pion, London.

¹⁶ Aschauer D. A., "Is public expenditure productive?", *Journal of Monetary Economics*, vol. 23, 177-200.

¹⁷ Vedi Appendice 2 per una ricostruzione dell'impatto della sentenza della Corte Costituzionale sulle competenze dell'Autorità.

Dato tale contesto, risulta ancora più urgente per l'Autorità utilizzare i nuovi poteri per **promuovere, in primo luogo, la concorrenza nel comparto nei SPL.**

Tra questi, l'Autorità intende seguire con particolare attenzione i settori dei trasporti e dei rifiuti, rilevanti non solo dal punto di vista economico ma anche da punto di vista concorrenziale a causa dello scarso utilizzo di procedure di affidamento ad evidenza pubblica, trasparenti e basate sulla miglior offerta.

I dati a tal proposito sono eloquenti:

- risultano affidati ad esito di una procedura ad evidenza pubblica Solo il 40% dei servizi di gestione dei rifiuti (raccolta e trasporto) e il 51% dei servizi di trasporto pubblico locale. Una parte significativa delle società in house attive nei servizi pubblici locali risulta in perdita.
- I mercati sono caratterizzati da una significativa frammentazione dell'offerta.
- Scarsa presenza di soggetti privati che potrebbero favorire i necessari investimenti infrastrutturali e di innovazione tecnologica.

In tale contesto, **un ricorso selettivo all'articolo 21 bis potrebbe costituire uno strumento particolarmente prezioso per riempire di contenuto il favor comunitario per gli affidamenti con gara dei servizi pubblici.** L'Autorità può, infatti, richiedere al TAR la disapplicazione di delibere di comuni o Regioni con le quali per un servizio pubblico sia stato previsto l'affidamento in house anche quando la gestione concorrenziale non avrebbe contrastato con la "speciale missione" dell'ente locale ovvero di delibere che individuino requisiti di partecipazione alle gare ingiustificatamente restrittivi o, peggio, delineino ex ante il profilo del soggetto aggiudicatario.

In termini di priorità dell'applicazione dell'art. 21bis da parte dell'Autorità, l'enfasi sui SPL e, in particolare, su trasporto pubblico e rifiuti, deve tuttavia caratterizzarsi ulteriormente lungo due criteri, geografico e dimensionale, ai fini di un più efficiente ed efficace utilizzo dei nuovi poteri concessi dall'art. 21bis.

Un ulteriore criterio di priorità può essere rinvenuto nella collocazione geografica dell'ente. Alcuni studi menzionati nel già citato paper della Banca d'Italia mostrano che:

- il settore dei trasporti sia stato maggiormente esposto alla concorrenza nel Nord Italia rispetto alle regioni del Centro e del Sud, dove la concessione del servizio è avvenuta in via prevalente attraverso l'affidamento diretto senza gara;
- nelle aree in cui l'apertura al mercato è stata minore, l'intensità dei controlli sulla gestione è stata più bassa e la qualità del servizio e la soddisfazione della clientela sono state meno elevate;
- nel Mezzogiorno si manifesta il più elevato livello di insoddisfazione del servizio e il tasso di utilizzo si attesta su livelli molto inferiori (17,4%) rispetto al resto del Paese (27,5%).

In questo quadro di forte disparità territoriale, l'azione dell'Autorità dovrebbe concentrarsi nelle aree più svantaggiate del Sud. Non a caso, i primi dati sull'enforcement dell'art. 21bis mostrano che molti dei pareri motivati ai sensi dell'art. 21bis riguardanti il settore dei trasporti sono stati indirizzati a Regioni e Province del Centro e del Sud del Paese.

Inoltre, nella breve esperienza del parere preventivo ai sensi dell'art. 4 del 13 agosto 2011, n. 138 dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale, l'Autorità ha riscontrato come la richiesta di parere

alla legge quadro venisse più frequentemente dalle amministrazioni pubbliche dei piccoli centri urbani rispetto alle medie e grandi città. Per tale motivo, l'Autorità intende concentrarsi sui grandi centri urbani dove il valore economico dei SPL è più rilevante e dove, di conseguenza, gli effetti anticoncorrenziali di certe decisioni delle PA sono potenzialmente più consistenti.

In conclusione, l'Autorità continuerà a promuovere con gli strumenti a sua disposizione, incluso l'art. 21 bis, la concorrenza per il mercato nel settore dei servizi pubblici locali, in attesa di una regolazione incentivante nel caso in cui gli enti locali vogliano utilizzare gli affidamenti in house.

APPENDICE 1

TITOLO III

Poteri conoscitivi e consultivi dell'autorità

21. Potere di segnalazione al Parlamento ed al Governo.

1. Allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità individua i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale.
2. L'Autorità segnala le situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, negli altri casi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali interessati.
3. L'Autorità, ove ne ravvisi l'opportunità, esprime parere circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni e può pubblicare le segnalazioni ed i pareri nei modi più congrui in relazione alla natura e all'importanza delle situazioni distorsive.

21-bis. *Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza.*

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*](#)¹⁸.

22. *Attività consultiva.*

1. L'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o regolamentari che abbiano direttamente per effetto:

- a) di sottomettere l'esercizio di una attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative;
- b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree;
- c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita.

¹⁸ Articolo aggiunto dal comma 1 dell'art. 35, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, come modificato dalla legge di conversione 22 dicembre 2011, n. 214.

APPENDICE 2

IMPATTO DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 199/2012

Di seguito un briefing sull'impatto sulle competenze dell'Autorità della sentenza della Corte Costituzionale, depositata il 20 luglio 2012, che, definendo i ricorsi presentati dalle Regioni Emilia-Romagna, Umbria, Sardegna, Lazio, Puglia, Marche, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del DL n. 138/2011, (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), per violazione dell'art. 75 della Costituzione, giacché lo stesso riproduce in buona parte svariate disposizioni dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008, abrogato per effetto del referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011 (l'abrogazione è stata poi dichiarata con dPR 18 luglio 2011, n. 113).

La Corte rileva, infatti, che il nuovo art. 4, come il precedente art. 23bis, comprime l'istituto dell'in house providing in modo eccessivo rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone, la gestione diretta del SP da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE)».

La sentenza annulla la base giuridica costitutiva del potere dell'Autorità di rilasciare parere sulle delibere quadro trasmesse dagli Enti di Governo locale (art. 4, commi 2, 3 e 4 del D.L. 138/2011) in relazione alla scelta del modello di gestione dei SPL.

Normativa applicabile ai SPL

L'annullamento dell'art. 4 del D.L. 138/2011 determina presumibilmente conseguenze diverse, a seconda che il modello di gestione dei SPL coinvolti sia oggetto di una specifica disciplina settoriale o meno.

Per tutti i **servizi cd. "innominati" (privi di disciplina settoriale)**, è esclusa la reviviscenza delle norme abrogate (in particolare, dell'art. 113 del T.U.E.L., D.lgs n. 267/2000) già per effetto dell'art. 23-bis, oggetto dell'ultimo referendum popolare, mentre deve ritenersi applicabile la normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di SPL di rilevanza economica.

Tale disciplina è da ricondursi agli artt. 14 e 106 del TFUE che disciplinano i «servizi di interesse economico generale» di dimensione locale, definiti dallo stesso giudice di «contenuto omologo» ai servizi pubblici locali di rilevanza economica.

La Corte Costituzionale lascia intendere che non sono ammesse ulteriori limitazioni alle ipotesi di affidamento diretto del servizio secondo modalità in house rispetto a quelle indicate dalla giurisprudenza comunitaria, che pone solo tre condizioni: i) capitale totalmente pubblico della società beneficiaria; ii) controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di «contenuto analogo» a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; iii) svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.

Per i **servizi pubblici locali cd. "tradizionali" disciplinati dall'art. 4 dichiarato illegittimo**, ossia la gestione del ciclo integrato dei rifiuti e il TPL, è ragionevole ritenere applicabili le normative settoriali temporaneamente rese inefficaci dall'art. 4 che, al comma 34, contemplava una semplice «clausola di prevalenza» delle sue disposizioni sulle relative discipline di settore incompatibili.

Per quanto concerne la gestione del **ciclo integrato dei rifiuti** l'art. 202 del Codice Ambiente (D.Lgs n. 152/2006), rubricato «affidamento del servizio» prevede, tuttavia, al comma 1, un rinvio alla disciplina dell'art. 113, comma 7, del T.U.E.L., abrogato esplicitamente per effetto dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008. Quindi, il modello di affidamento della gestione del ciclo integrato dei rifiuti solidi urbani va ricercato, al pari dei servizi innominati, nei principi del Trattato che regolano i servizi di interesse economico generale (gara per l'affidamento del servizio ovvero affidamento in house in deroga).

Per il **trasporto pubblico locale**, l'art. 18 del D.Lgs n. 422/1997 prevede la gara d'appalto quale modello ordinario di affidamento dei servizi. L'art. 61 della Legge n. 99/2009 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia) contiene un rinvio agli articoli 5 e 8 del

Regolamento (CE) n. 1370/2007, che, pur prevedendo la gara quale modalità ordinaria di affidamento dei servizi di TPL, consentono l'affidamento in house quale deroga di carattere generale e l'affidamento diretto a terzi per i servizi ferroviari regionali e, solo per i servizi su gomma, nel caso in cui il valore economico del servizio sia inferiore a determinate soglie (valore annuo medio stimato è inferiore a 1 milione di euro o volume inferiore a 300000 chilometri l'anno) o nel caso in cui si versi in condizioni di emergenza (per garantire la continuità dei servizi).

Rimane in piedi, invece, l'art. 3-bis del D.L. 138/2011 che, come noto, impone alle Regioni di organizzare lo svolgimento dei SPL 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. A differenza della gestione del ciclo integrato dei rifiuti per la quale il TUA già ha sperimentato l'organizzazione basata sugli Ambiti Territoriali Ottimali (ATO), tale previsione continua ad essere una novità per il TPL, in relazione al quale bisognerà rivedere il decentramento capillare di funzioni (salvo per la definizione dei servizi minimi e i livelli tariffari per i quali sono competenti le Regioni ex art. 16 del D.lgs n. 422/1997) disciplinato dal D.Lgs n. 422/1997.

Competenze dell'Autorità

Le problematiche relative all'organizzazione e alla gestione dei SPL di rilevanza economica sono state trattate dall'Autorità non solo in applicazione dell'art. 4 del D.L. 138/2011 ma anche in applicazione degli artt. 21-bis, 21 e 22 della Legge n. 287/1990.

Al di là delle richieste di parere sullo schema di delibera quadro trasmessa dagli Enti locali per verificare la possibilità di una gestione "concorrenziale" dei SPL, le questioni poste talvolta dagli Enti e, in altri casi, da terzi denunciati hanno riguardato diversi aspetti dell'organizzazione e gestione dei servizi, rilevanti dal punto di vista concorrenziale e connessi alle distorsioni ricollegabili alle scelte della PA nel processo di liberalizzazione dei SPL.

Ciò che si modifica, in questa fase, è l'approccio iniziale delle amministrazioni che, sollevate dall'obbligo di verificare gli eventuali spazi di "concorrenza nel mercato" e di richiedere il relativo parere all'AGCM, dovranno comunque procedere all'affidamento dei SPL secondo modalità competitive, ossia privilegiando la gara quale forma ordinaria di affidamento dei servizi.

Tanto premesso, è evidente che rimane fermo il ruolo e l'attività di monitoraggio già svolta dall'Autorità con riferimento alle scelte della PA con riferimento a: i) la determinazione degli ambiti territoriali ottimali; ii) la definizione dei lotti oggetto delle gare che possono influenzare le performance concorrenziali delle gare stesse; iii) la predisposizione dei bandi e dei capitolati di gara che frequentemente contengono previsioni (requisiti di ammissione, criteri di aggiudicazione e disponibilità delle reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali essenziali per lo svolgimento dei servizi) suscettibili di determinare significative distorsioni della concorrenza.