

AS761 - CONSULTAZIONE PUBBLICA DELLA COMMISSIONE EUROPEA SULL'APPLICAZIONE DELLE NORME IN MATERIA DI AIUTI DI STATO AI SERVIZI D'INTERESSE ECONOMICO GENERALE (SIEG)

Roma, 10 settembre 2010

Presidenza del Consiglio dei Ministri
Dipartimento per il Coordinamento delle Politiche Comunitarie

Con riferimento alla richiesta di parere, formulata ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90 dal Dipartimento per il coordinamento delle Politiche Comunitarie, concernente la Consultazione Pubblica della Commissione Europea sull'applicazione delle norme in materia di aiuto di Stato ai Servizi di Interesse Economico Generale, l'Autorità ritiene utile offrire alcune considerazioni circa i principi generali enucleabili dall'esperienza maturata in materia di gare ad evidenza pubblica e di servizi pubblici - e particolarmente di servizi pubblici locali dopo l'entrata in vigore dell'articolo 23-bis della legge n. 133/2008 - principi che possono risultare utili anche ai fini dell'apprezzamento della vigente disciplina sugli aiuti di stato.

In termini generali, l'Autorità ritiene condivisibile dal punto di vista dell'analisi economica l'obiettivo perseguito dal Dipartimento di avviare una riflessione sulle possibili ipotesi di modifica ed eventualmente di semplificazione delle regole che presidiano gli aiuti di Stato in materia di servizi pubblici, specie nelle realtà locali di piccola entità, dove il valore economico del servizio sia di rilevanza modesta.

Su questa linea, il primo quesito proposto dal Dipartimento riguarda *"l'utilizzo dello strumento della gara nei servizi pubblici, anche in correlazione con le altre condizioni e gli altri requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria in materia"*.

Al riguardo, si ricorda che l'Autorità, ha più volte chiarito che la gara risulta *"lo strumento privilegiato di affidamento di contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi"*¹, e che tale procedura individua *"lo strumento più idoneo alla configurazione di strutture di mercato efficienti"*².

Sul principio cardine della gara si basa anche l'articolo 23-bis della legge n. 133/2008 che, modificando le norme generali sui sistemi di affidamento e di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di cui all'articolo 113 del testo unico degli enti locali del 2000 (TUEL) ³, razionalizza la materia dei servizi pubblici locali e stabilisce che il conferimento della gestione di questi ultimi debba avvenire in via ordinaria a favore di soggetti individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, limitando le deroghe a tali procedure, solo in presenza di *"peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento"* (comma 3). Grava quindi in capo agli enti locali l'obbligo di richiedere un parere all'Autorità laddove intendano derogare al principio della gara, dimostrando l'impossibilità di rivolgersi efficacemente e utilmente al mercato.

Sulla base di tale presupposto appare possibile svolgere alcune considerazioni basate sull'esperienza dell'Autorità che potrebbero rivelarsi utili per la semplificazione del processo di valutazione di compatibilità delle compensazioni con le disposizioni in materia di aiuti di Stato in presenza di procedure ad evidenza pubblica.

In generale l'espletamento della procedura competitiva, oltre a costituire il criterio cardine per consentire la selezione del fornitore più efficiente, assolve anche alla funzione di "rivelare" automaticamente alla amministrazione il costo minimo di fornitura del servizio, rendendo pertanto superfluo il calcolo analitico dello stesso. In altri termini l'adozione di un meccanismo di selezione del prestatore concorrenziale, essendo idoneo a selezionare un fornitore in grado di offrire il servizio al minor costo (e quindi soddisfare il criterio dell'efficienza definito nella sentenza *Altmark*), potrebbe risultare, altresì, idoneo a rendere superflua la verifica della congruenza tra la compensazione erogata e i costi sostenuti dall'aggiudicatario (criterio della proporzionalità).

L'esperienza dell'Autorità in materia indica chiaramente che affinché tale risultato di efficienza nella selezione del prestatore si verifichi, rendendo effettivamente superflua la valutazione dei costi richiesta dal criterio di proporzionalità espresso nella sentenza *Altmark*, sarà necessario che la gara sia congegnata in modo da consentire un reale confronto concorrenziale tra i prestatori effettivi e potenziali.

Alcune indicazioni in tal senso possono essere tratte dall'esperienza dell'Autorità in sede consultiva. In particolare, l'Autorità ha avuto modo di sottolineare l'importanza della numerosità degli operatori in grado di erogare il servizio (così come esplicitato nel capitolato di gara), nonché la necessità di determinare condizioni di accesso alla procedura di

¹ [AS468 "Affidamento dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house", del 31 luglio 2008.]

² [Cfr. AS125 "Trasporto pubblico locale", 26 febbraio 1998.]

³ [Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante "Testo Unico delle leggi sull'Ordinamento degli Enti Locali".]

selezione che non si traducano in barriere ingiustificate⁴. Al fine di assicurare la partecipazione al maggior numero di operatori sulla base di un comune *level playing field* appare fondamentale che la gara sia ispirata a criteri di trasparenza, proporzionalità e non discriminazione sia nell'elaborazione dei capitolati d'oneri che nell'individuazione di commissioni giudicanti indipendenti. Il bando di gara dovrà chiaramente indicare gli strumenti e i criteri in base ai quali l'Amministrazione procederà alla preventiva selezione delle imprese, condizionando il loro accesso alle gare al possesso di determinati requisiti di idoneità tecnica e di solidità economica e finanziaria che non limitino indebitamente il numero dei potenziali partecipanti alla gara. Tali requisiti devono rispondere ad esigenze oggettive dell'Amministrazione e, più in generale, ai principi di ragionevolezza e di imparzialità⁵.

Di non minore rilevanza risulta l'attività di controllo nei riguardi di possibili comportamenti collusivi tra imprese in sede di gara. Sul piano della prevenzione, l'Autorità ha più volte auspicato un corretto utilizzo di strumenti associativi quali il raggruppamento temporaneo d'imprese (RTI). In proposito, l'Autorità ha rilevato che *"tenuto conto della ratio anti-monopolistica e pro-concorrenziale del RTI, volta ad ampliare il novero degli offerenti ed accentuare, per tale via, il confronto concorrenziale in sede di gara, appare legittimo che le stazioni appaltanti [...] pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara. D'altra parte, l'imposizione di limiti al ricorso all'istituto del RTI è conforme alla stessa ragion d'essere della gara, che è quella di garantire che la fornitura pubblica abbia luogo alle condizioni che emergono come risultato di un confronto concorrenziale tra una pluralità di fornitori alternativi"*⁶.

Alla luce delle su esposte considerazioni l'Autorità ritiene che la verifica della sussistenza del requisito di proporzionalità potrebbe non richiedere una valutazione analitica dei costi del servizio laddove per l'affidamento di un servizio pubblico a rilevanza economica la pubblica amministrazione effettui una gara, ispirata a criteri di trasparenza, non discriminatorietà e proporzionalità.

Il Dipartimento chiede, inoltre, all'Autorità di esprimersi in merito *"agli elementi che caratterizzano il rapporto fra la dimensione squisitamente locale di alcuni servizi, la loro eventuale ridotta entità e la concreta tutela dei valori di concorrenza e di apertura del mercato"*. Con riferimento all'attività svolta da questa Autorità, tale questione si presta ad essere declinata secondo un duplice ordine di considerazioni, attinenti da un lato alla possibilità che si verifichino alterazioni della concorrenza in contesti economici squisitamente locali e dall'altro alla rilevanza comunitaria di tale eventuale alterazione.

In particolare, relativamente al primo profilo, e riferendosi innanzitutto all'attività dell'Autorità di *enforcement* delle norme a tutela della concorrenza, è appena il caso di menzionare come risulti propedeutica alla valutazione di una fattispecie antitrust la individuazione del mercato rilevante operata sulla base di un apprezzamento caso per caso delle caratteristiche prevalenti dal lato della domanda e dal lato dell'offerta del bene o servizio in esame. Si tratta di una ricognizione che può approdare alla individuazione di mercati rilevanti anche di dimensioni locali, provinciali o comunali.

Ciò posto, il pregiudizio al commercio tra Stati Membri di eventuali restrizioni alla concorrenza in mercati rilevanti locali, ove esistente, costituisce un criterio che individua l'ambito di applicazione delle norme antitrust comunitarie rispetto a quelle nazionali.

Al riguardo, come suggerito dalla Comunicazione della Commissione concernente *"la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato"*⁷, l'Autorità tiene conto del fatto che, anche nei mercati locali, il pregiudizio al commercio non può essere certamente essere individuato su base presuntiva, ma va anzi dimostrato caso per caso.

Ne consegue che, da un punto di vista generale, anche in contesti competitivi locali possono ricorrere i presupposti per interventi di *enforcement* volti a tutelare i valori della concorrenza e apertura al mercato. In altri termini, il parametro della natura locale del servizio non risulta idoneo di per sé a escludere l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza.

Giova aggiungere che nello svolgimento della sua attività istituzionale, sia di tutela che di promozione della concorrenza, l'Autorità orienta il suo intervento su fattispecie che hanno un impatto sensibile sulla concorrenza, ad esempio applicando in ambito antitrust e specificamente nella valutazione delle intese tra imprese, i criteri e le specifiche soglie quantitative (in termini di quote del mercato rilevante) suggerite dalla Commissione per individuare le intese di importanza minore (c.d. *"de minimis"*)⁸.

Analogamente, in sede di applicazione dell'articolo 23-bis, l'Autorità, ispirandosi ai medesimi criteri generali, ha individuato quegli affidamenti che non appaiono porre problemi di natura concorrenziale sensibile, avvalendosi di soglie

⁴ [AS290 "Individuazione di siti informatici per la pubblicazione di bandi di gara", deliberato il 27 gennaio 2005, in Boll. n. 5/05.]

⁵ [AS005 "Appalti pubblici e concorrenza", pubblicato il 1° luglio 1992.]

⁶ [AS251 - "Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici - Consip S.P.A.", 2003.]

⁷ [Comunicazione della Commissione "Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato" (2004/C 101/07).]

⁸ [Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'art. 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (de minimis), 2001/C 368/07.]

basate, tra l'altro, sul parametro del servizio oggetto di affidamento, ritenendo che laddove quest'ultimo sia esiguo la scelta dell'*in-house* non sia comunque in grado di incidere in maniera significativa sulle dinamiche concorrenziali del mercato interessato.

L'importanza di questo parametro è stata recentemente confermata dal regolamento di attuazione di cui al comma 4-*bis* dell'articolo 23-*bis*, che sottrae all'obbligo di consultazione di questa Autorità tutti gli affidamenti di servizi pubblici locali di rilevanza economica il cui valore non sia superiore a 200.000 euro⁹.

Da quanto su esposto si evince che sia a livello comunitario che nazionale la entità dell'attività economica in questione/la sua incidenza sul valore complessivo del mercato interessato costituiscono presupposti degli interventi delle autorità di concorrenza, differentemente dalla mera caratterizzazione locale dell'attività economica considerata, la quale costituisce invece un elemento di cui tener conto nella definizione del mercato rilevante.

Pertanto appare possibile concludere che la concreta tutela dei valori di concorrenza e di apertura del mercato ben si coniugano con l'applicazione di parametri "*de minimis*".

L'Autorità auspica che le suesposte considerazioni di natura generale svolte con riferimento all'attività istituzionale svolta possano essere utili in sede di definizione della posizione italiana nell'ambito del processo di Consultazione pubblica della Commissione Europea in relazione ai Servizi di Interesse Economico Generale.

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

⁹ [Cfr. Decreto del Presidente della Repubblica recante regolamento di attuazione dell'articolo 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.]