

**19 SETTEMBRE 2005**

## **AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**

### **MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI**

#### **Segnalazione/Parere**

Con riferimento alla richiesta di parere formulata da parte di codesta Autorità di Ambito Territoriale Ottimale e pervenuta in data 10 giugno 2005, in ordine alle modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali e, in particolare, alla legittimità degli affidamenti diretti senza ricorrere a procedure di gara ad evidenza pubblica per la selezione del soggetto gestore, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, esprime le seguenti considerazioni.

In primo luogo, e con specifico riferimento al settore dei servizi idrici, l'Autorità ribadisce quanto già indicato nella segnalazione AS266 del 7 agosto 2003 (*Normativa di settore dei servizi idrici*). In particolare, si considera nuovamente come la normativa di settore - e segnatamente la legge 5 gennaio 1994, n. 36, *Disposizioni in materia di risorse idriche* - persegua una regolazione del settore compatibile, nel suo complesso, con i principi della concorrenza.

Tuttavia, sul territorio nazionale continua a riscontrarsi un'attuazione non uniforme della riforma del settore perseguita dal legislatore, sia per quel che riguarda le modalità organizzative adottate da parte degli Enti e soggetti competenti, sia rispetto ai criteri di selezione dei gestori dei servizi idrici, con frequente elusione del ricorso all'esperimento di gare.

Tale stato di fatto contrasta con la necessità, considerata anche dalla precitata legge n. 36/1994, che l'affidamento dei servizi avvenga a mezzo di gara ad evidenza pubblica in conformità alle procedure dell'appalto pubblico di servizi: ciò al fine di garantire un'opportuna concorrenza per il mercato, con l'obiettivo che il servizio affidato sia svolto con minori costi o, a parità di costi, con maggiori benefici per i cittadini.

Inoltre, per quel che riguarda la durata dell'affidamento dei servizi idrici, quale che sia la modalità adottata, si raccomanda, come già detto nella segnalazione citata, che i termini temporali risultino sempre strettamente proporzionali e mai superiori ai tempi di recupero degli investimenti effettuati da parte del gestore, al fine di evitare il perdurare di situazioni di monopolio, con conseguente creazione di ingiustificate rendite di posizione.

Si osserva, peraltro, che le regole di affidamento dei servizi idrici rientrano nella più generale disciplina dei servizi pubblici di cui all'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*. Tale norma, che individua differenti modalità di affidamento, deve essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto comunitario e nazionale, come sarà di seguito esposto.

Per quel che riguarda invece gli affidamenti diretti già riconosciuti, l'Autorità considera come nella disposizione di cui al comma 15-bis del citato articolo 113, le ampie deroghe al termine del 31 dicembre 2006 per la cessazione delle concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica, determinino nei fatti la prosecuzione di affidamenti concessi con modalità tra loro assai diverse, contribuendo così a determinare una grave confusione normativa ed operativa in materia di servizi pubblici.

Con riferimento all'interpretazione della disciplina delle procedure di affidamento, valgono le seguenti considerazioni.

Come è noto, i Trattati stabiliscono in primo luogo il principio di un'economia di mercato ed in libera concorrenza e garantiscono la libera prestazione dei servizi nell'ambito del mercato unico europeo.

In applicazione di tali principi, il diritto comunitario prevede una disciplina degli appalti pubblici di servizi fondata sulla non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza.

Coerentemente, detta disciplina individua la gara come procedura tendenzialmente esclusiva di aggiudicazione.

Tali regole generali, nonostante formalmente dettate con riferimento alla materia degli appalti, sono state considerate applicabili anche alle concessioni di pubblici servizi, come chiarito dalla Commissione UE (Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 12

aprile 2000) e come sancito dalla Corte di Giustizia (sentenza del 7 dicembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH contro Telekom Austria AG*, causa C-324/98). Tali principi informano anche l'ordinamento nazionale che ha esplicitato all'articolo 117, comma 2, lettera e) della Costituzione il principio di tutela e promozione della concorrenza. Si segnala, altresì, che la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie, nella Circolare della del 6 giugno 2002, n. 8756, ha rappresentato come, anche per gli appalti il cui importo risulti inferiore alla soglia stabilita dalle direttive comunitarie, il ricorso alla scelta diretta deve essere un'evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche. Si impone pertanto una scelta del concessionario effettuata secondo criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso (e valutate le circostanze concrete) la concorrenza tra i soggetti interessati. Pertanto, l'Autorità sottolinea la necessità per l'ordinamento - tanto nell'ambito dell'attività normativa e regolamentare, a livello nazionale e regionale, che di quella giurisprudenziale - di rispettare nella maniera più rigorosa il principio di tutela e promozione della concorrenza, che si concretizza nel caso di specie con la necessità di procedere attraverso gara. Il diritto comunitario e nazionale prevedono solo in via eccezionale la possibilità di derogare alla regola della gara attraverso affidamenti diretti. L'Autorità, quindi, richiama la necessità, per gli enti locali che intendano procedere all'affidamento dei servizi secondo la modalità c.d. *in house*, di motivare sempre e con chiarezza l'effettivo sussistere delle circostanze giustificanti l'opportunità di tale affidamento. A tale ultimo proposito, si richiama espressamente quanto chiarito da una recente sentenza della Corte di Giustizia (prima sezione, 11 gennaio 2005, *Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH contro Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, causa C-26/03) relativa all'affidamento di contratti a titolo oneroso per servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della normativa in materia di appalti, ove la legittimità dell'affidamento *in house* viene circoscritta in termini assai rigorosi e, più in particolare, al solo caso in cui l'affidatario sia un'effettiva articolazione dell'ente pubblico svolgente la sua attività a favore del medesimo. In conclusione, alla luce di quanto sin qui considerato l'Autorità raccomanda il rispetto rigoroso dei principi generali del diritto comunitario e nazionale come sopra rappresentati, nonché un'interpretazione restrittiva delle eccezioni introdotte nell'articolo 113 del decreto legislativo n. 267/2000.

#### DATI GENERALI

<i>articolo (L.287/90)</i>	22-Attività consultiva
<i>rif</i>	AS311
<i>decisione</i>	06/09/2005
<i>invio</i>	13/09/2005

#### PUBBLICAZIONE

<i>bollettino n.</i>	35/2005
----------------------	---------

#### SEGNALAZIONE/PARERE

<i>mercato</i>	(41) RACCOLTA, DEPURAZIONE E DISTRIBUZIONE D'ACQUA (E) ENERGIA ELETTRICA, GAS E ACQUA
<i>destinatari</i>	Presidente del Senato Presidente della Camera dei Deputati Presidente del Consiglio dei Ministri Ministro per gli Affari Regionali Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano Presidente dell'Autorità d'Ambito ATO1 - Palermo

IL PRESIDENTE  
**Antonio Catricalà**