

AS2030 - CITTA' DI TREVISO - PARERE IN MERITO AL PERIMETRO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA AI SENSI DEL D.LGS N. 201/2022

Roma, 18 luglio 2024

Città di Treviso

Con riferimento alla richiesta di chiarimenti formulata dalla Città di Treviso in merito al perimetro dei servizi pubblici locali rilevanti ai sensi del d.lgs. 23 dicembre 2022 n. 201, recante *Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 16 luglio 2024, ha ritenuto di svolgere le seguenti considerazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990.

Premesso che esula dalle competenze attribuite all'Autorità dalla legge n. 287/1990 fornire interpretazioni autentiche delle previsioni normative, si intende comunque rendere a codesto Ente alcuni chiarimenti alla luce dei principi pro-concorrenziali che governano la materia dei servizi pubblici locali, di cui al citato decreto di riordino.

Sulla nozione di "servizi pubblici locali di rilevanza economica"

L'Autorità ritiene opportuno premettere che il d.lgs. n. 201/2022, nel definire il suo ambito oggettivo di applicazione, all'articolo 2, comma 1, lettera c), introduce una definizione di "*servizi pubblici locali di rilevanza economica*" che si identifica con quella di matrice europea di "*servizi di interesse economico generale di livello locale*".

La norma definisce innanzitutto tali servizi come "*erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato*", riprendendo la analoga definizione contenuta nel d.lgs. n. 175/2016 (recante il *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, c.d. "TUSPP"), nonché la nozione di attività economica elaborata da tempo dalla giurisprudenza e dalla prassi eurounitaria¹ e gli indirizzi già espressi dalla Corte costituzionale². Vi rientra, quindi, qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato da parte di un'impresa - a prescindere dalla natura del soggetto esercente e dalle sue modalità di finanziamento - e che garantisca un "*corrispettivo*" al prestatore.

Il conseguimento di un "*corrispettivo*" implica che il servizio abbia dunque carattere economico, ossia che l'attività sia retribuita al prestatore, fermo restando che, come costantemente precisato dalla giurisprudenza eurounitaria³, non occorre che il prestatore ottenga un utile o un guadagno, né importa chi lo retribuisca per detto servizio. La nozione di attività economica elaborata dalla giurisprudenza eurounitaria⁴ sembra quindi apparire più ampia rispetto al concetto finalistico di "*redditività*" utilizzato dal giudice amministrativo⁵.

L'articolo 2 evidenzia poi la ulteriore necessità, ai fini della qualificazione di un'attività come servizio di interesse economico generale di ambito locale, della presenza di una condizione di, anche parziale, fallimento di mercato, vale a dire di insufficienza o inadeguatezza del mercato rispetto all'erogazione della prestazione⁶.

Infine, la norma indica che tali servizi, ove non previsti (e definiti di rilevanza economica) dalla legge, sono individuati dal singolo ente locale, valorizzando il carattere della necessità - e quindi della doverosità - della prestazione

¹ [Cfr., ex multis, Corte di Giustizia UE, 7 dicembre 1993, causa C-109/92, Wirth c. Landeshauptstadt Hannover; Id., 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Repubblica Italiana; Id., 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz; Id., 11 luglio 2006, causa C-205/03, FENIN c. Commissione; Id., 19 dicembre 2012, causa C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e Università del Salento c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri; nonché le Comunicazioni della Commissione in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001, e il Libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003.]

² [Cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 272/2004, n. 325/2010 e n. 199/2014.]

³ [Cfr., ex multis, Corte di Giustizia UE, 18 dicembre 2007, causa C-281/06, Hans-Dieter Jundt e Hedwig Jundt c. Finanzamt Offenburg; Id., 23 febbraio 2016, causa C-179/14, Commissione c. Ungheria; Id., 14 luglio 2022, causa C-436/20, ASADE c. Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas.]

⁴ [Cfr. Corte di Giustizia UE, 14 luglio 2022, causa C-436/20, cit., secondo cui "*le prestazioni di servizi fornite normalmente dietro retribuzione costituiscono attività economiche*".]

⁵ [Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28 gennaio 2021, n. 858 e, in termini, anche Consiglio di Stato, Sez. V, 14 marzo 2022, n. 1784, secondo i quali "*il servizio ha, per tal via, rilevanza economica quando il gestore ha la possibilità potenziale di coprire tutti i costi*".]

⁶ [L'articolo 2, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 201/2022 li definisce infatti come quei servizi che "*...non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza*".]

rispetto alla finalità di soddisfazione delle esigenze della collettività di riferimento⁷. In tal modo la norma permette agli enti locali di essere interpreti dei principali bisogni delle rispettive collettività territoriali e anticipa la facoltà - ad essi espressamente riconosciuta dal successivo articolo 10 del medesimo d.lgs. n. 201/2022 - di ampliare il perimetro dei servizi pubblici locali di competenza.

La stessa lettera del d.lgs. n. 201/2022 ribadisce, dunque, il carattere dinamico della distinzione tra attività economiche e non economiche, non essendo possibile fissare aprioristicamente un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di rilevanza economica o meno, dovendo piuttosto prendersi in considerazione i servizi già previsti dalla legge ed eventualmente la soluzione organizzativa che l'ente locale ha adottato - nel caso concreto - per rispondere alle esigenze dei cittadini del proprio territorio.

Va a tale riguardo considerato che il citato articolo 10 del d.lgs. n. 201/2022 prevede che gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, possano istituire servizi di interesse economico generale di livello locale diversi da quelli già previsti e ad essi attribuiti dalla legge, che ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali⁸. In ossequio ai principi di libero mercato e di libera concorrenza, che - sulla base del principio di proporzionalità - impongono all'Amministrazione di valutare come prima opzione quella meno restrittiva per la libera iniziativa economica e di consentire quindi la c.d. "concorrenza nel mercato" (senza limitazione del numero degli operatori ammessi a svolgere una determinata attività), prima di giungere all'istituzione di un servizio pubblico attribuendo un diritto speciale o esclusivo l'ente locale è tenuto a verificare se le imprese operanti sul mercato non siano già in grado di assicurare adeguatamente la soddisfazione dei bisogni della collettività⁹.

Del resto, anche la giurisprudenza amministrativa¹⁰ e le fonti¹¹ riportate dalla Città di Treviso nella richiesta di parere, ribadiscono che la definizione di "servizio economico di interesse generale" sia da apprezzare caso per caso.

Nel quadro appena delineato, trova collocazione anche l'articolo 18 del d.lgs. n. 201/2022 richiamato dalla Città di Treviso, a norma del quale gli enti locali possono attivare con enti del terzo settore rapporti di partenariato per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica, motivando la loro scelta nell'ambito della relazione di cui all'articolo 14 del d.lgs. n. 201/2022¹². La norma prevede dunque la possibilità che anche i servizi tradizionalmente *non profit*, quali i servizi "sociali, socioassistenziali e culturali", a determinate condizioni, possano ricondursi alla categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con ciò confermando la necessità di condurre caso per caso la valutazione sulla rilevanza economica o meno del servizio.

Sul coordinamento tra il d.lgs. n. 201/2022 e le modalità di gestione previste dalle normative di settore

L'Autorità intende inoltre rammentare che gli eventuali o potenziali problemi di coordinamento tra fonti sono stati risolti in radice con l'articolo 4 del d.lgs. n. 201/2022, laddove chiarisce che le disposizioni del decreto integrano le normative di settore (per quanto non previsto da queste ultime) e, in caso di contrasto, prevalgono su di esse, fatte salve eventuali norme di salvaguardia e di prevalenza della disciplina di settore¹³. La clausola di prevalenza contiene tuttavia una riserva: essa opera, cioè, *"nel rispetto del diritto dell'Unione Europea"*, il che assume un particolare rilievo se si considera che il d.lgs. n. 201/2022 è volto ad assicurare i principi europei della tutela e promozione della

⁷ [Ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 201/2022: "sono servizi previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale".]

⁸ [Ai sensi dell'articolo 10 del d.lgs. n. 201/2022, tale facoltà è subordinata allo svolgimento di un'apposita istruttoria, che dia conto della necessità dell'istituzione del servizio "sulla base di un effettivo confronto tra le diverse soluzioni possibili, da cui risulti che la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato da parte dei cittadini, singoli e associati, è inidonea a garantire il soddisfacimento delle comunità locali". Eventualmente, la deliberazione di istituzione del servizio, prima della sua adozione, può anche essere sottoposta a consultazione pubblica.]

⁹ [E ciò eventualmente anche sostenendo gli operatori con misure di incentivazione, ma senza giungere all'istituzione di un servizio pubblico o comunque senza limitare il numero delle imprese. Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VII, 7 agosto 2023, n. 7631. In termini analoghi, anche TAR Lombardia - Milano, Sez. I, 16 ottobre 2023, n. 2331.]

¹⁰ [Cfr. Consiglio di Stato, n. 858/2021 e n. 1784/2022, cit..]

¹¹ [Cfr. il Quaderno ANCI n. 46/2023, recante "Verifica periodica sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali di cui all'articolo 30 del D. lgs. n. 201/2022", il quale ribadisce che "il concetto di servizio pubblico locale è dinamico e dipende dai territori; pertanto, deve essere l'ente affidante, nella sua autonomia, a verificare se il servizio non a rete rientri o meno tra i servizi pubblici locali oggetto della ricognizione in questione" (p. 8) e che "[d]eve, in ogni caso, essere l'ente locale a verificare quali servizi erogati ai cittadini rientrino nel novero dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, tenendo conto anche dell'onere dell'adempimento" (p. 9).]

¹² [In particolare, l'articolo 18, comma 2, del d.lgs. n. 201/2022 prevede che gli enti debbano dar conto della "sussistenza delle circostanze che, nel caso concreto, determinano la natura effettivamente collaborativa del rapporto e agli effettivi benefici che tale soluzione comporta per il raggiungimento degli obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio, nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento". Peraltro, come precisato dal comma 3 dell'articolo in esame, tale disposizione non trova applicazione nelle ipotesi in cui le risorse pubbliche da mettere a disposizione degli enti del Terzo settore risultino, complessivamente considerate, superiori al rimborso dei costi variabili, fissi e durevoli, previsti ai fini dell'esecuzione del rapporto di partenariato.]

¹³ [La salvaguardia delle discipline di settore riguarda, ad esempio, la disciplina delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni (articolo 21); i contenuti del contratto di servizio (articolo 24); la vigilanza (articoli 27-30); il regime tariffario (articolo 26).]

concorrenza, della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi per gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse economico generale di livello locale (cfr. articolo 1, comma 3).

Pertanto, nel sistema delineato dal d.lgs. n. 201/2022, le normative settoriali si integrano nella disciplina generale come "frazioni" di un sistema unitario, la cui coesione è garantita da principi generali che si applicano a tutti i servizi pubblici locali, salva la presenza di apposite clausole di salvaguardia o prevalenza della disciplina settoriale e ferma, in ogni caso, la *ratio* pro-concorrenziale del decreto di riordino.

Da quanto sopra discende che, ove l'ente si trovi dinanzi a una normativa settoriale relativa a un servizio pubblico locale non in linea con il d.lgs. n. 201/2022 e la sua *ratio* pro-concorrenziale, dovrà applicare tale ultimo decreto in quanto prevalente, fatta salva la presenza nel medesimo decreto di apposite clausole di salvaguardia o prevalenza della disciplina di settore; sempreché, naturalmente, il servizio in questione ricada nella tipologia di servizi pubblici locali di rilevanza economica nel senso sopra illustrato.

Sulla definizione di "servizi strumentali"

Con riguardo ai servizi c.d. strumentali, esclusi in quanto tali dall'ambito applicativo del d.lgs. n. 201/2022, l'Autorità ritiene di evidenziare come se ne possa rinvenire una definizione sia nella giurisprudenza amministrativa che nei propri recenti interventi di *advocacy* in tema di ricognizioni ex articolo 30 del decreto.

I giudici amministrativi hanno infatti definito i servizi strumentali come quei *"servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali"* e che, quindi, *"sono rivolti alla pubblica amministrazione e non al pubblico"*, al contrario dei servizi pubblici locali *"che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività"*¹⁴.

In linea con tale giurisprudenza, l'Autorità ha a sua volta già avuto modo di chiarire che si è in presenza di un servizio pubblico locale quando sul territorio l'utenza corrisponde, anche indirettamente, il prezzo per il servizio fornito; si ricade, invece, nella categoria dei servizi strumentali quando il beneficio della prestazione si riflette esclusivamente nei confronti dell'ente ed è questo a versare al soggetto affidatario il corrispettivo per i servizi prestati. Detto in altri termini, ricorre l'ipotesi del servizio pubblico locale se la prestazione resa viene fornita per soddisfare in via immediata e diretta le esigenze del singolo utente o della collettività; costituisce, viceversa, servizio strumentale quello le cui prestazioni si svolgono in favore della stazione appaltante¹⁵.

In definitiva, se è pacifico che i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica attengono alle c.d. *utilities* (rifiuti, idrico, trasporto pubblico locale), non risulta tuttavia possibile stabilire *ex ante* un perimetro fisso per i servizi pubblici locali di rilevanza economica non a rete e, quindi, di converso, dei servizi privi di rilevanza economica ovvero strumentali, esclusi, in quanto tali, dall'ambito applicativo del d.lgs. n. 201/2022.

Soccorrono, in questa direzione, i servizi non a rete già qualificati dalla legge come servizi pubblici locali, nonché l'elenco di cui al decreto direttoriale n. 639 del 31 agosto 2023 del Ministero delle Imprese e del Made in Italy, che tuttavia non può ritenersi esaustivo. Il menzionato decreto ha infatti come fine espresso quello di fornire degli indicatori di qualità di tali servizi, per i quali non opera un'Autorità di regolazione e non già di elencare tutti i servizi oggetto della disciplina di cui al d.lgs. n. 201/2022.

Al di là di questi casi - e conformemente ai criteri precedentemente forniti - sarà pertanto compito dell'ente affidante verificare, caso per caso, se i servizi affidati nel territorio di competenza rientrano o meno nel perimetro applicativo del decreto.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dalla ricezione del presente parere, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

¹⁴ [Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766 (citata anche nel Quaderno ANCI n. 46/2023, p. 9).]

¹⁵ [Cfr., da ultimo, AS1999 Ricognizione SPL 2023, in Bollettino n. 25/2024.]