

COMUNICAZIONE SULLE PROCEDURE DI APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 4, COMMA 3, DEL DECRETO-LEGGE N. 95/2012, CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, IN LEGGE 7 AGOSTO 2012 N. 135

Ambito di applicazione e obblighi delle amministrazioni

1. La presente comunicazione si applica alle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, così come individuate dall'art. 4, comma 1, del decreto-legge n. 95/12 e successive modificazioni.

In forza dell'operatività della clausola di salvaguardia di cui all'art. 24-*bis* del medesimo decreto, le disposizioni contenute nei commi 1, 2, 3. secondo periodo, 3-*sexies* e 8 dell'art. 4 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, non si applicano alle Regioni a Statuto Speciale, come da ultimo confermato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 229 del 23 luglio 2013.

Con la medesima sentenza, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1, 2, 3, secondo periodo, 3-*sexies* e 8 dell'art. 4 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, nella parte in cui si riferiscono alle società controllate dalle Regioni a statuto ordinario, in quanto lesive dell'autonomia organizzativa delle Regioni, nonché della competenza regionale concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica. Pertanto, la presente comunicazione concerne, in ambito regionale e locale, le sole società strumentali degli enti locali delle Regioni a statuto ordinario e, fuori da tale ambito, le società strumentali delle altre amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

Le amministrazioni destinatarie delle previsioni contenute nell'art. 4 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, sono tenute allo scioglimento o all'alienazione, con procedura a evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute nelle società, controllate direttamente o indirettamente, che abbiano realizzato nel 2011 un fatturato superiore al 90% per prestazioni di servizi alla pubblica amministrazione. Gli obblighi disciplinati dall'art. 4 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, si riferiscono anche alle società strumentali già titolari dei requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario e nazionale per la gestione *in house*. Come osservato dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 229/2013, la previsione di cui all'art. 4, comma 8, del D.L. n. 95/12 costituisce un vincolo di adeguamento ulteriore per tutte le società pubbliche strumentali non ancora conformi al modello dell'*in house providing*, siano queste soggette o meno agli obblighi di dismissione di cui al comma 1 dell'art. 4. Ciò comporta che il mantenimento di società *in house* strumentali è subordinato ai presupposti previsti per la deroga di cui al comma 3 dello stesso art.4.

Conseguentemente, la presente comunicazione si applica anche alle amministrazioni pubbliche che controllano società strumentali c.d. *in house* che abbiano realizzato nel 2011 un fatturato superiore al 90% per prestazioni di servizi alla pubblica amministrazione.

2. Si definiscono strumentali all'attività della pubblica amministrazione, in funzione della loro attività, tutti quei beni e servizi erogati da società a diretto e immediato supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente pubblico di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali.

3. Il comma 1 dell'art. 4 del D.L. n. 95/12 prevede misure finalizzate allo scioglimento o, in alternativa, alla privatizzazione delle società strumentali. In particolare, è stabilita una duplice, alternativa modalità di dismissione della partecipazione pubblica attraverso: *i) lo scioglimento della società*, entro il 31 dicembre 2013; *ii) l'alienazione dell'intera partecipazione* detenuta dalla pubblica amministrazione, entro il 31 dicembre 2013, mediante procedure ad evidenza pubblica. In caso di alienazione, il servizio strumentale è assegnato alla società privatizzata per 5 anni (non rinnovabili) a decorrere dal 1° luglio 2014.

Deroga dagli obblighi previsti nei casi di impossibilità di ricorrere al mercato

4. Il comma 3 dell'art. 4 del D.L. n. 95/12 prevede altresì che le amministrazioni individuate del comma 1 possano derogare dagli obblighi sopra richiamati, *inter alia*, nell'ipotesi in cui “*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, predisponde 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 di un parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione*”.

5. L'art. 4 del decreto-legge n. 95/12 impone alle amministrazioni pubbliche lo scioglimento, ovvero l'alienazione delle partecipazioni detenute nelle società strumentali controllate e, contestualmente, l'obbligo a partire dal 1° gennaio 2014, di reperire sul mercato i servizi e/o i beni forniti dalle società dismesse, quale principio di carattere generale. Le ipotesi di deroga previste dal comma 3 dello stesso art. 4 rivestono quindi carattere eccezionale, e devono formare oggetto di adeguata istruttoria e relativa motivazione e giustificazione da parte delle amministrazioni. In tal senso, al fine di dimostrare, mediante adeguati ed oggettivi elementi informativi, l'impossibilità di ottenere, mediante un ricorso al mercato, condizioni complessivamente più vantaggiose per la prestazione dei servizi offerti all'amministrazione dalla società interessata, la relazione prevista dalla norma dovrà essere fondata su un'adeguata analisi di mercato, che illustri le caratteristiche e la struttura dei mercati interessati e degli operatori presenti, evidenzii l'esistenza di benchmark di costo per l'acquisizione dei beni e/o servizi nonché l'eventuale presenza di manifestazioni di interesse alla fornitura provenienti dal mercato.

Presentazione della richiesta di parere all'Autorità

6. L'amministrazione che ritenga di versare nella summenzionata ipotesi di deroga, deve quindi presentare una richiesta di parere, utilizzando l'apposito “*Formulario per la richiesta di parere ai sensi dell'art. 4 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 convertito in Legge 7 agosto 2012 n. 135*”, corredata dalle informazioni e dai documenti rilevanti, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Piazza Verdi 6/A, 00198 Roma, in tempo utile per rispettare i termini di cui al comma 1, tenendo conto del termine di sessanta giorni per il rilascio del parere vincolante, decorrente dal ricevimento della richiesta.

7. L'amministrazione deve fornire all'Autorità almeno:

a) tutte le indicazioni soggettive relative alla/e società affidataria/e dei servizi strumentali, fra cui l'atto costitutivo, lo statuto, gli ultimi tre bilanci approvati e le informazioni relative al campo di attività della stessa;

b) dati relativi al tipo ed al valore dei servizi in questione, nonché indicazioni in merito alle eventuali forme di finanziamento dell'attività svolta dalla società interessata;

c) indicazioni in merito a eventuali interventi di ricapitalizzazione e/o ripatrimonializzazione intervenuti negli ultimi tre anni;

d) una relazione contenente gli esiti dell'indagine di mercato dai quali risulti che non sia oggettivamente possibile un efficace e utile ricorso al mercato per l'approvvigionamento dei servizi forniti dalla società controllata. Detta relazione dovrà contenere, in particolare:

1) informazioni concernenti le caratteristiche economiche sociali, ambientali e geomorfologiche, anche territoriali, del contesto di riferimento;

2) informazioni concernenti le caratteristiche economiche del settore o del mercato;

3) indicazioni in merito ai principali operatori attivi;

4) valutazione comparativa dei costi attuali di approvvigionamento dei servizi rispetto a eventuali disponibili benchmark di mercato e/o riconducibili ad eventuali manifestazioni di interesse provenienti dal mercato a seguito di idonea pubblicizzazione degli elementi di cui al punto sub b).

Rilascio del parere

8. L'Autorità rilascia il parere di cui all'art. 4, comma 3, del decreto-legge n. 95/12 entro il termine di sessanta giorni decorrenti dal ricevimento dalla richiesta avanzata dall'amministrazione, che contenga le informazioni previste dal formulario e sia corredata degli allegati e degli elementi essenziali ad una completa valutazione da parte dell'Autorità.

Nell'ipotesi in cui i dati forniti dall'Amministrazione siano incompleti o comunque insufficienti a consentire una valutazione compiuta del caso, la richiesta istruttoria da parte dell'Autorità avrà effetto interruttivo del termine di sessanta giorni, che ridecorrerà dal ricevimento delle informazioni complete.
