

AS536 - COMUNE DI FONTANIVA (PD) - GESTIONE DELLA FARMACIA COMUNALE

Roma, 5 maggio 2009

Comune di Fontaniva
Sindaco

Oggetto: Vs. richiesta di parere relativa all'affidamento, ai sensi dell'art. 23 bis, comma 3, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, della gestione della nuova farmacia comunale di Fontaniva.

Con riferimento alla richiesta in oggetto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 29 aprile 2009, ha preso atto delle informazioni fornite dall'ente richiedente per la valutazione del caso e sulla base delle medesime esprime le seguenti considerazioni, ai sensi dell'articolo 23 bis, comma 4, del d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008.

La normativa citata ha stabilito che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali debba avvenire, in via ordinaria, a favore di soggetti individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. La stessa norma ha tuttavia previsto che a tale principio generale si possa derogare in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento.

Nel caso in esame, con riferimento alla gestione delle farmacie comunali, si ritiene che l'Amministrazione Comunale non abbia dimostrato la sussistenza di tali peculiarità e, quindi, delle ragioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato per l'affidamento della gestione di tale servizio. Ciò, anche in considerazione del fatto che in molti comuni italiani l'esercizio della farmacia comunale risulta attualmente fornito alla collettività attraverso l'affidamento a soggetti privati selezionati mediante procedure ad evidenza pubblica.

Inoltre, il Comune, anche affidando mediante gara la gestione della farmacia, può comunque mantenere forme di indirizzo delle modalità di espletamento del servizio grazie alle prerogative garantite ai Comuni dalla normativa relativa alle privatizzazioni¹, al contratto di servizio con la

¹ Cfr. l'art. 116 del Dlgs 18 agosto 2000, n. 267, che ha consentito ai Comuni la cessione ai privati delle azioni della società di gestione delle farmacie comunali, ed il successivo art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, (Legge finanziaria 2002) che ha previsto che i Comuni, per i servizi pubblici privi di rilevanza industriale, scelgano tra le seguenti forme di gestione:

“ a) istituzione;

b) azienda speciale, anche consortile;

società di gestione, e ad impegni del privato sul *business plan* richiesti nel bando di gara. Laddove tali obblighi risultino tali da compromettere la redditività aziendale, la gara può prevedere l'erogazione da parte del Comune di una sovvenzione a favore del soggetto privato che risulterà affidatario. In tal caso, proprio la procedura ad evidenza pubblica conduce a minimizzare i costi derivanti dalla gestione della farmacia (sia per la parte redditizia, che per l'altra), realizzando una riduzione del costo complessivamente sopportato dalla collettività.

La presente comunicazione sarà pubblicata sul bollettino di cui all'art. 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento del presente, precisandone i motivi.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

c) società di capitali costituita o partecipata dagli enti locali, regolata dal Codice Civile;

d) gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno procedere ad affidamento nelle forme di cui sopra;

e) affidamento a terzi, mediante procedure ad evidenza pubblica, e secondo dalle modalità stabilite dalle normative di settore, quando sussistono ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale.”

**AS538 - COMUNE DI SAN CIPRIANO PO (PV) - GESTIONE DEL SERVIZIO DI
IGIENE URBANA NEL TERRITORIO COMUNALE**

Roma, 14 maggio 2009

Comune di San Cipriano Po
Sindaco

Oggetto: richiesta di parere ex art. 23-bis, comma 4 del d.l. n. 112/2008, pervenuta in data 23 marzo 2009 relativa all'affidamento diretto del servizio di igiene urbana nel territorio comunale.

Con riferimento alla richiesta in oggetto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 7 maggio 2009, ha preso atto delle informazioni fornite dall'ente richiedente per la valutazione del caso e sulla base delle medesime esprime le seguenti considerazioni, ai sensi dell'articolo 23 bis, comma 4, del d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008.

La figura delle società a capitale misto rappresenta una modalità organizzativa ulteriore per soddisfare delle esigenze generali, rendendo più flessibile la risposta istituzionale a determinate esigenze.

Con la liberalizzazione dei servizi pubblici locali, il tema della scelta del socio privato nelle società a capitale misto ha assunto una notevole criticità dal punto di vista concorrenziale, posizionandosi in uno spazio ricompreso tra le due ipotesi, simmetricamente opposte, dell'esperimento di una gara con procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione del solo servizio, da un lato, e l'affidamento diretto secondo modalità *in house*, dall'altro.

Nel silenzio dell'art. 23-bis del d.l. 112/2008, così come convertito in legge n. 133/2008, l'Autorità ritiene che l'affidamento dei servizi pubblici locali a favore di società a capitale misto, in presenza di determinate condizioni, sia riconducibile nell'alveo delle "*procedure competitive ad evidenza pubblica*" di cui al comma 2 dell'articolo citato, piuttosto che tra gli affidamenti "diretti" di cui al successivo comma 3.

In particolare, l'Autorità, in linea con gli orientamenti adottati dalla Commissione Europea, ritiene conforme alle norme a tutela della concorrenza l'esperimento, da parte degli Enti Locali, di una gara ad evidenza pubblica finalizzata non solamente alla scelta del socio privato, ma anche allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti nel tempo il rapporto di parternariato, prevedendo allo scadere una nuova gara.

Non può ritenersi sufficiente, quindi, la scelta mediante procedura ad evidenza pubblica del socio privato. È necessario, altresì, che tale procedura abbia riguardato anche il servizio oggetto di

affidamento, non in generale, ma con specifico riferimento al lasso temporale e alle condizioni di riferimento dell'affidamento medesimo.

Ragionando diversamente si giungerebbe, infatti, all'ipotesi paradossale secondo la quale, una volta effettuata una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato, l'Amministrazione potrebbe procedere a infiniti rinnovi del medesimo affidamento alla società mista, sottraendo di fatto il servizio al libero gioco della concorrenza. Ciò ben oltre i limiti temporali e di legittimità, cui è condizionato il ricorso all'affidamento diretto.

Nel caso di specie, la procedura in oggetto non costituisce una mera proroga temporalmente limitata del servizio originariamente in essere, ma un nuovo affidamento di durata triennale, con facoltà di ulteriore e non meglio qualificata proroga. Peraltro, il nuovo affidamento non è stato preceduto da alcuna procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto la scelta del *partner* privato, tenuto conto delle nuove condizioni economiche e del nuovo periodo di riferimento dell'affidamento.

In tale contesto, l'Autorità ritiene che non ricorrano i presupposti previsti dal comma 3 dell'art. 23 bis per derogare alle modalità ordinarie di affidamento del servizio e per consentire l'affidamento diretto del servizio, in assenza di una procedura competitiva ad evidenza pubblica.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'art. 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento del presente, precisandone i motivi.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

**AS539 - APPLICABILITA' DELLA RIFORMA BERSANI IN MATERIA DI
DETERMINAZIONE DEGLI ONORARI PER I SERVIZI PROFESSIONALI RESI DAI
NOTAI**

Roma, 15 maggio 2009

ATER Udine
Azienda Territoriale per l'Edilizia
Residenziale di Udine

In data 17 febbraio 2009 l'Autorità ha ricevuto una richiesta di parere da parte dell'Azienda territoriale per l'edilizia residenziale di Udine, che richiede di conoscere se la riforma Bersani in materia di liberalizzazione dei servizi professionali contenuta nell'art. 2, comma 1, lettera a), del D.L. n. 223/06 convertito con modificazioni nella legge n. 248/06 (di seguito anche riforma Bersani) sia applicabile con riferimento alla determinazione del compenso per le prestazioni professionali rese dai notai.

Si ricorda che l'art. 2, comma 1, lettera a), del citato decreto, concernente la determinazione degli onorari professionali, prevede, tra l'altro, che, *“in conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti [...]”*; nello stesso senso le disposizioni deontologiche che contengono previsioni contrastanti con la menzionata abrogazione sono nulle a decorrere dal 1° gennaio 2007 (art. 2, comma 3).

L'Autorità intende ricordare, in primo luogo, che il 15 gennaio 2009 è stata approvata l'indagine conoscitiva, pubblicata nel marzo 2009, avente ad oggetto la conformità ai principi concorrenziali in materia servizi professionali dei codici deontologici di tredici ordini e collegi professionali, tra cui l'Ordine notarile. Tale indagine era stata avviata in occasione dell'entrata in vigore della citata riforma Bersani che aveva provveduto ad introdurre significativi principi di liberalizzazione nel settore dei servizi professionali.

Nell'ambito di tale indagine conoscitiva è stato affrontato, tra gli altri, il tema sollevato dalla richiesta di parere in esame ed è stato rilevato come non possa essere esclusa l'applicabilità anche ai notai del dettato della riforma Bersani di cui all'art. 2, comma 1, lettera a), del D.L. n. 223/06

convertito con modificazioni nella legge n. 248/06, che ha abrogato l'obbligatorietà di rispettare le tariffe professionali per la determinazione degli onorari professionali per le seguenti ragioni.

Con riferimento all'applicabilità dei principi concorrenziali in materia di determinazioni degli onorari da parte dei notai, si ricorda che, nel documento conclusivo dell'indagine conoscitiva, la disciplina deontologica sulla determinazione dei compensi dei notai - approvata dal Consiglio Nazionale del Notariato (CNN) con deliberazione n. 2/56 del 5 aprile 2008 e contenuta nell'art. 24, comma 2, lettera c), del codice deontologico (secondo cui il notaio è tenuto ad "*annotare a repertorio gli onorari in base alla natura dell'atto secondo la tariffa ministeriale vigente ai fini dell'esatto versamento della Tassa Archivio e dei contributi agli organi istituzionali della categoria*") - non è risultata conforme ai principi *antitrust* in materia di determinazione dei prezzi di vendita, in quanto impone al professionista il rispetto delle tariffe e quindi la fissazione uniforme dei prezzi, oltre che in contrasto con il dettato della riforma Bersani (cfr. capitolo II, paragrafo 1, punti 47-52 e capitolo III, par. 1). In particolare, il linea con il consolidato orientamento dell'Autorità in materia di servizi professionali, è stato escluso che, in nome dell'esercizio di una funzione pubblica, possa essere sottratta la categoria professionale dei notai alle regole della concorrenza, ossia alla libera determinazione del prezzo di vendita delle proprie prestazioni professionali (cfr. capitolo III, par. 1, punto 249).

L'Autorità osserva, in linea con quanto rilevato nell'indagine conoscitiva IC 34 conclusa il 15 gennaio 2009, che anche l'entrata in vigore (il 26 agosto 2006) del Decreto Legislativo n. 249/06 recante "*Norme in materia di procedimento disciplinare a carico dei notai, in attuazione dell'articolo 7, comma 1, lettera e), della L. 28 novembre 2005, n. 246*" - che ha sostituito, tra l'altro, tramite l'art. 30, l'art. 147 della legge 16 febbraio 1913 n. 89 - non vale ad escludere l'applicabilità ai notai della legge Bersani. Pertanto, la formulazione di onorari per l'erogazione dei servizi professionali che si discostino anche dai minimi tariffari è in linea con l'ordinamento vigente che ammette oggi la loro derogabilità e con i principi comunitari e nazionali a tutela della concorrenza in materia di determinazione dei prezzi di vendita

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'art. 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento del presente, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà
