

# *Autorità per la vigilanza*

*sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

**Parere n. 91**

**del 20.03.2008**

**PREC418/07**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Comune di Posta – Servizio di raccolta e trasporto RR.SS.UU. e assimilati e raccolta differenziata all'interno del territorio dei Comuni associati di Posta, Borbona e Cittareale.

## **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio Precontenzioso

*Considerato in fatto*

In data 19.06.2007 il Comune di Posta (RI) ha bandito una procedura aperta per l'affidamento del servizio in oggetto, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In data 23 luglio 2007 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la stazione appaltante chiede se la ditta A.S.M. Rieti S.p.A., società multiservizi a capitale misto pubblico-privato operante in particolare nei settori della mobilità (servizio trasporto urbano e scuolabus), dell'igiene ambientale e delle farmacie, debba essere esclusa dalla gara in oggetto in applicazione del divieto posto dall'art. 13, comma 1, del D.L. 223/2006 (cd. decreto Bersani).

La stazione appaltante, infatti, avendo rilevato che la ditta ASM Rieti SpA ha nel passato beneficiato di affidamenti diretti in merito ai servizi di sua competenza, ha

ammesso la stessa con riserva, al fine di verificare se sussistono le condizioni di esclusione di cui al citato art. 13.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la ASM Rieti ha fatto presente che, con la propria trasformazione da azienda speciale in società per azioni, è diventata innanzitutto un soggetto imprenditoriale, non più configurabile quale ente strumentale del Comune di Rieti ai sensi dell'art. 13 c. 1, d.l. 223/2006. La delibera di trasformazione in società di capitali della ASM Rieti consente, infatti, l'adozione di qualsiasi iniziativa imprenditoriale senza alcun riferimento a limiti territoriali.

Inoltre, l'ASM Rieti ha scelto i propri soci privati mediante procedura ad evidenza pubblica.

#### *Ritenuto in diritto*

Preliminarmente all'analisi del quadro normativo di riferimento, occorre fare una breve disamina dell'attuale natura della società in questione.

L'ASM Rieti SpA (Azienda Servizi Municipali) è una società per azioni, il cui capitale misto pubblico-privato è attualmente ripartito tra il Comune di Rieti (62%) e privati (38%). Prima della trasformazione in SpA, l'ASM Rieti era un'azienda speciale del Comune di Rieti. La modifica della natura giuridica della società ha comportato la conservazione di tutti i diritti e di tutti gli obblighi della precedente azienda speciale nonché il subentro in tutti i rapporti attivi e passivi, già in essere o in via di formazione, della medesima azienda.

Nel corso degli anni, l'ASM Rieti SpA è diventata un articolato sistema multiservizi, attivo principalmente sul mercato nei tre settori della mobilità, dell'igiene ambientale e delle farmacie, che effettua le proprie attività a favore non solo del Comune capoluogo, ma anche di altri Comuni del Comprensorio Sabino.

Venendo ora all'oggetto specifico dell'istanza di parere presentata dal Comune di Posta, circa l'ammissibilità dell'ASM Rieti SpA alla gara in questione in presenza del divieto posto dall'art. 13, comma 1, del decreto Bersani, si rileva quanto segue.

La citata disposizione stabilisce che le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali – ad eccezione di quelle costituite per lo svolgimento di servizi pubblici locali – non possono svolgere attività a favore di soggetti pubblici o privati diversi dall'ente o dagli enti azionisti, nel caso sia di affidamenti diretti, sia di affidamenti a seguito di procedure di gara.

Dall'ambito di applicabilità di tale divieto esulano espressamente i servizi pubblici locali, al cui ambito è senz'altro ascrivibile il servizio di raccolta differenziata e trasporto RR.SS.UU. e assimilati. Pertanto, l'art. 13, comma 1, del D.L. n. 223/2006, convertito con legge n. 248/2006, non appare affatto pertinente alla fattispecie in esame, che verte invece proprio sull'affidamento di un servizio pubblico locale in materia di igiene urbana.

Il Comune di Rieti, a suo tempo, aveva appositamente costituito un'azienda speciale per l'assunzione e la gestione del servizio pubblico relativo alla raccolta e al trasporto di rifiuti urbani. La successiva trasformazione dell'azienda speciale in società di capitali, ai sensi dell'art. 115 del D.Lgs. n. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali), costituisce pertanto scelta organizzativa riguardante necessariamente pubblici servizi locali.

La vicenda attiene piuttosto alla partecipazione delle società miste comunali alle gare d'appalto di servizi pubblici indette da soggetti diversi dagli enti pubblici che le hanno costituite ed hanno versato il capitale sociale.

Il carattere di strumentalità delle società miste (pur essendo improntato a maggiore flessibilità rispetto alle aziende speciali) è desumibile da una serie di prerogative che caratterizzano tutta l'organizzazione e la compagine societaria a favore dell'ente locale di origine. Seppure tali società siano legittimate in via di principio a svolgere la propria attività anche al di fuori del territorio del Comune dal quale sono state costituite - in quanto munite di capacità giuridica e di agire generale - sono pur

sempre tenute, per il vincolo genetico funzionale che le lega all'ente di origine, a tutelare in via primaria l'interesse dell'Amministrazione di riferimento e perseguire finalità di promozione dello sviluppo della comunità locale di emanazione (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, n. 197/2007; TAR Sardegna, n. 1209/2007).

La giurisprudenza prevalente esclude l'esistenza di un assoluto divieto per le società miste di partecipare a gare pubbliche bandite da soggetti diversi da quelli cui esse fanno riferimento (Consiglio di Stato, n. 725/2004; n. 2467/2003; n. 3448/2002; n. 4586/2001). Tuttavia, pur essendo pacifica l'insussistenza di un tale divieto assoluto, l'attività extraterritoriale svolta dalle società miste non è del tutto libera ma – in funzione del vincolo teleologico connesso al soddisfacimento dei bisogni della collettività locale di riferimento – è subordinata alla dimostrazione che attraverso tale attività venga soddisfatta una specifica esigenza della medesima collettività (che non si traduca in un mero ritorno economico) e soprattutto sia esclusa una incompatibilità con gli interessi di tale collettività, determinata da una possibile distrazione di risorse e mezzi in grado di arrecare un pregiudizio allo svolgimento del servizio pubblico locale affidato dal Comune di origine (Consiglio di Stato, n. 2756/2005; n. 5204/2005; n. 5196/2005).

La verifica di compatibilità dell'attività oggetto della gara con le esigenze e gli interessi dell'ente pubblico di riferimento non può evidentemente essere attribuita allo stesso soggetto che intende partecipare alla gara, ma diviene un presupposto soggettivo di ammissibilità alla gara stessa, la cui valutazione è riservata alla commissione giudicatrice deputata a valutare l'esistenza dei requisiti per la partecipazione alla procedura.

Un'ulteriore ed ultima considerazione va fatta in merito alla possibilità di partecipazione a gara da parte una società, come l'ASM Rieti SpA, già affidataria diretta di un servizio pubblico locale.

L'art. 113, comma 5, del Testo Unico Enti Locali stabilisce che l'erogazione dei servizi pubblici locali debba avvenire in regime di concorrenza previo conferimento della titolarità delle gestioni esclusivamente a società di capitali individuate mediante l'espletamento di gare con procedura di evidenza pubblica.

Il successivo comma 6 dispone, inoltre, che *“non sono ammesse a partecipare alle gare le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime”*.

L'applicabilità del suddetto divieto è stata differita al 1° gennaio 2007 dal comma 15 quater dell'art. 113 TUEL, aggiunto dall'art. 4, comma 234, della legge n. 350/2003, facendo comunque salva, anche dopo la scadenza di tale termine, la possibilità per gli affidatari diretti di prendere parte alle prime gare indette dopo il periodo transitorio ed aventi ad oggetto gli stessi servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa.

Dopo la scadenza del periodo transitorio, le società che ancora gestiscono servizi pubblici in affidamento diretto non possono essere ammesse alle gare indette per l'aggiudicazione di servizi diversi dal settore e dal territorio in cui le stesse operano. La disposizione ha il chiaro scopo di consentire alle imprese affidatarie dirette che si erano date una struttura per porsi anche in concorrenza sul libero mercato di non dissipare i notevoli investimenti cui avevano dato luogo (TAR Lazio, n. 6698/2007).

Deve pertanto ritenersi che, a decorrere dal 1° gennaio 2007, una società affidataria diretta del servizio di igiene urbana da parte di un Comune non possa, ai sensi del combinato disposto dei richiamati commi 6 e 15 quater dell'art. 113 TUEL, risultare aggiudicataria di eventuali gare indette da altro Comune per l'affidamento del relativo servizio di igiene urbana, in quanto, pur trattandosi dei medesimi servizi, è diverso il contesto territoriale di riferimento.

Nella fattispecie in esame, non vale a scongiurare l'ipotesi di affidamento diretto la circostanza che l'ASM Rieti SpA abbia scelto i propri soci privati mediante procedura di evidenza pubblica, poiché in relazione a tale società multiservizi, avente un oggetto plurimo e variegato di offerte sul mercato, la scelta con gara del socio effettuata in via generica “a monte” della costituzione della società non può ritenersi sostanzialmente equiparabile alla gara per il successivo affidamento del singolo servizio pubblico (da ultimo, Consiglio di Stato, Ad. Plen. N. 1/2008).

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- l'ammissibilità alla gara in oggetto dell'ASM Rieti SpA deve essere valutata in concreto dalla commissione giudicatrice non in relazione al divieto posto dall'art. 13, comma 1, del decreto Bersani, bensì sulla base di un giudizio di compatibilità tra l'impegno connesso con l'eventuale affidamento del nuovo servizio e il vincolo funzionale nei confronti del Comune di Rieti, nel rispetto comunque di quanto disposto dall'art. 113, commi 6 e 15 quater, del TUEL, ove l'ASM Rieti SpA sia attualmente affidataria diretta del medesimo servizio pubblico oggetto della procedura di gara bandita dalla stazione appaltante..

Il Consiglieri Relatori

Piero Calandra

Guido Moutier

Il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9.04.2008