

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 99

del 9.04.2008

PREC125/07

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 Carbonara al Ticino – servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti urbani. S.A.: Comune di Carbonara al Ticino (PV).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9.02.2007 il Comune Carbonara al Ticino (PV) ha bandito una procedura aperta per l'affidamento del servizio in oggetto, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il servizio in questione, al momento della pubblicazione del bando di gara era gestito dalla A.T.I. costituita tra la società ASM Pavia S.p.A. e la Ditta Pizzamiglio Andrea S.r.l. aggiudicataria del pubblico incanto. La società ASM Pavia S.p.A. è una società per azioni a capitale interamente pubblico, completamente partecipata da enti locali della provincia di Pavia, con capitale maggioritario detenuto dal Comune di Pavia e di cui il Comune Carbonara al Ticino possiede una piccola quota di azioni. Alla gara partecipavano le seguenti tre ditte concorrenti: ASM Pavia S.p.A., la Ditta Pizzamiglio Andrea S.r.l. e la Italia 90 S.r.l.. Durante la prima seduta della commissione di gara, la ditta Pizzamiglio Andrea S.r.l. eccepiva l'inammissibilità della partecipazione alla gara della ASM Pavia S.p.A. per i seguenti motivi: non sarebbe possibile per la società assumere attività "extraterritoriali"; sarebbe applicabile alla società il divieto disposto dall'art. 113, comma 6, D.Lgs. 267/2000, secondo cui a partire dal 1 gennaio 2007, non sono ammesse a partecipare alle gare per la gestione di servizi pubblici 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 rinnovi. Alla luce di quanto descritto, l'amministrazione comunale chiede a questa Autorità di valutare: se la ASM Pavia S.p.A. può essere esclusa in quanto svolgerebbe attività extraterritoriale considerando, tuttavia, che lo stesso Comune è titolare di un numero, benché

esiguo, di azioni della società; se l'art. 113, comma 6, D.Lgs. 267/2000 è applicabile limitatamente alle società di capitali a completa partecipazione pubblica e a capitale misto, ovvero debba intendersi applicabile a tutte le tipologie di società; infine se la deroga prevista dall'art. 113, comma 15 quater del D.Lgs. 267/2000 si applichi alle "prime gare" in assoluto o alle prime gare dopo il 1 gennaio 2007.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale eseguita da questa Autorità, ha presentato memoria la ASM Pavia S.p.A. la quale evidenzia come il Comune di Carbonara al Ticino, oltre a possedere una quota azionaria nella società, esercita sulla stessa poteri di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. L'ammissibilità delle società pubbliche a gare d'appalto, anche *extra-moenia*, è ammessa, secondo quanto sostenuto dalla società, sia dal legislatore, sia dalla giurisprudenza. Nel caso di specie tuttavia, secondo la ASM Pavia S.p.A., non ricorrebbe l'ipotesi di attività *extra-moenia* in quanto la società è partecipata dalla stazione appaltante. La società ritiene, in ogni caso, non applicabile l'art. 113 del D.Lgs. 263/2000 essendo la materia oggi disciplinata dalla normativa regionale (L.R. Lombardia n. 26/2003) e dal Codice dell'Ambiente. Inoltre sostiene che il divieto previsto di partecipazione delle società a gare, disposto dal comma 15 quater dell'art. 113, essendo riferito alle "prime gare" d'appalto bandite dopo il 1 gennaio 2007, non si applicherebbe al caso in esame in quanto la procedura di gara è la prima bandita dal Comune dopo la scadenza del periodo transitorio.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale eseguita da questa Autorità, ha presentato osservazioni la Pizzamiglio Andrea S.r.l., la quale ritiene che secondo anche quanto sancito dalla giurisprudenza amministrativa le società a capitale interamente pubblico non possono assumere attività extraterritoriali al solo fine di perseguire un utile, quale sarebbe il caso di specie. Per quanto attiene all'ambito soggettivo dell'art. 113, comma 6, del D.Lgs. 267/2000, ritiene che sia riferibile, a prescindere dalla tipologia, ai soggetti che in Italia o all'estero gestiscono servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto. In ordine alla deroga prevista dal comma 15 quater dell'art. 113, sostiene che la norma con l'espressione "prime gare", si riferisca a prima procedura ad evidenza pubblica adottata dal Comune in senso assoluto, e non come prima gara indetta dopo il 1 gennaio 2007. Pertanto il divieto sarebbe applicabile dal momento che il Comune aveva già affidato il servizio con procedura ad evidenza pubblica e quindi la gara in oggetto non sarebbe la prima. Di conseguenza, posto che la ditta ASM Pavia S.p.A. ha nel passato beneficiato di affidamenti diretti in merito al servizio di gestione rifiuti, è soggetta al divieto di cui al citato art. 113.

Ritenuto in diritto

Il profilo assorbente, nella questione in esame, trattandosi di gara avente ad oggetto un servizio pubblico locale, è rappresentato dall'applicazione alla fattispecie dell'art.

113, comma 5, del D.Lgs. 267/2000 che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ASM Pavia S.p.A., è da ritenersi la normativa applicabile cui, peraltro, rinvia, per i profili attinenti alle modalità di affidamento dei servizi, la stessa normativa regionale citata.

Il suddetto articolo dispone che l'erogazione dei servizi pubblici locali deve avvenire in regime di concorrenza, previo conferimento della titolarità della gestione 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'ambito soggettivo della previsione non è specificato, dunque deve ragionevolmente ritenersi che esso si indirizzi indistintamente alle società di capitali a completa partecipazione pubblica ovvero a capitale misto. D'altra parte il chiaro intento della norma è quello di salvaguardare in maniera rigorosa, eliminando posizioni di privilegio alle società pubbliche a scapito degli operatori privati, allorché operino, quale ente strumentale dell'ente pubblico di riferimento, fruendo comunque dei vantaggi inerenti alla stretta contiguità con il detto ente pubblico.

L'operatività del suddetto divieto è stata differita al 1° gennaio 2007 dal comma 15 quater dell'art. 113 D.Lgs. 267/2000, 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.

Ritiene questa Autorità che con l'espressione “prime gare” il legislatore abbia voluto riferirsi alle prime procedure ad evidenza pubblica bandite dalle stazioni appaltanti dopo la scadenza dei contratti assegnati in affidamento diretto e non alle prime gare bandite successivamente alla data del 1 gennaio 2007.

Deve pertanto ritenersi che 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 D.Lgs. 267/2000, risultare aggiudicataria di eventuali gare, a meno che non si tratti delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa e successive al periodo di gestione in affidamento diretto.

Nel caso prospettato la ASM Pavia S.p.A., al momento della pubblicazione del bando di gara, risultava già essere aggiudicataria nel Comune di Carbonara al Ticino, in una edizione precedente, dello stesso servizio oggetto di gara. Pertanto, appare chiaro che la procedura posta in essere dall'amministrazione comunale non rappresenta una "prima gara". A ciò deve aggiungersi il fatto che la ASM Pavia S.p.A. all'atto di partecipazione alla gara, come rappresentato, gestiva il servizio di igiene urbana in Comuni limitrofi a seguito di affidamenti diretti. La circostanza che la gara indetta dal Comune non sia la "prima gara" e la presenza di affidamenti diretti in capo alla ASM Pavia S.p.A. rendono l'eventuale partecipazione della stessa in contrasto con le citate disposizioni di cui agli artt. 113, commi 6 e 15 quater del D.Lgs. 267/2000.

Il tenore della presente decisione consente di dichiarare assorbite le ulteriori argomentazioni addotte dall'Ente richiedente.

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- che l'eventuale partecipazione della ASM Pavia S.p.A. alla gara in esame, si pone in contrasto con le previsioni di cui agli artt. 113, commi 6 e 15 quater, del D.Lgs. 267/2000.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Alessandro Botto

Luigi Giampaolino

Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11.04.2008