

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS603 - COMUNE DI ROMA - GESTIONE DEL SERVIZIO DI CAR SHARING

Roma, 7 agosto 2009

Comune di Roma
Dipartimento VII – Politiche della Mobilità

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 del servizio di *car sharing*.

Con riferimento alla richiesta in oggetto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 6 agosto 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 del servizio di *car sharing*, 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.

L'Amministrazione Comunale si è limitata a fornire soli elementi, di carattere qualitativo e quantitativo, a supporto dei vantaggi dell'affidamento *in house* alla società ATAC S.p.A. in termini di efficienza ed economicità, senza confrontarli con i potenziali benefici delle alternative, che potevano emergere da una consultazione del mercato finalizzata a verificare la presenza di operatori in grado di offrire i servizi oggetto di affidamento e di rispondere più efficientemente alle esigenze dell'Amministrazione.

Al contrario, sulla base delle informazioni agli atti, non risulta che Codesta amministrazione abbia dato adeguata pubblicità alla scelta di affidare il servizio in oggetto attraverso modalità *in house*, né che abbia proceduto altrimenti a verificare la presenza sul mercato di operatori che, singolarmente o in forma associata, fossero in grado di offrire i servizi oggetto di affidamento.

La circostanza, documentata da Codesta amministrazione, che la maggior parte delle procedure ad evidenza pubblica esperite da altri Enti Locali per l'individuazione del gestore del servizio di *car*

sharing non si siano concluse con esito favorevole, non appare costituire un elemento oggettivo comprovante l'inesistenza di operatori privati disponibili a offrire tale servizio nel Comune di Roma alle condizioni di contribuzione ai costi dello stesso che sono attualmente garantite ad ATAC S.p.A..

Al riguardo, peraltro, la sola evidenza di perdite nell'erogazione del servizio, e la conseguente necessità di concessione di sussidi, non risulta idonea a dimostrare la mancanza di utilità ed efficacia del ricorso al mercato e la conseguente necessità dell'affidamento *in-house*.

D'altro canto, l'Amministrazione Comunale, anche affidando mediante gara la gestione del servizio di *car sharing*, può comunque mantenere forme di indirizzo delle modalità di espletamento del servizio grazie al contratto di servizio con la società di gestione, nonché ad impegni del gestore 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 di Codesta amministrazione 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 del *car sharing*, realizzando una riduzione del costo complessivamente sopportato dalla collettività.

All'Autorità non sono, dunque, stati forniti elementi utili per valutare l'effettiva efficacia e utilità del mancato ricorso al mercato, soprattutto in considerazione del fatto che la necessità di concedere sussidi a contribuzione dei costi per l'erogazione del servizio e l'esito negativo di procedure ad evidenza pubblica bandite da Amministrazioni Pubbliche con caratteristiche economiche, sociali e dimensionali diverse rispetto a quelle del Comune di Roma non rappresentano, di per sé, elementi dirimenti contrari all'individuazione del fornitore del servizio di *car sharing* attraverso procedure competitive.

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

AS604 – COMUNE DI CARSOLI (AQ) - SERVIZI DI RACCOLTA, TRATTAMENTO E SMALTIMENTO DEI RIFIUTI URBANI

Roma, 5 gennaio 2009

Al Sindaco del Comune di Carsoli

Con riferimento alla richiesta di parere, formulata ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90 dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (di seguito "Ministero"), concernente l'affidamento dei servizi di igiene urbana ad una società a capitale misto pubblico privato nella quale il socio privato sia stato scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, Autorità) intende rilevare quanto segue.

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.

L'articolo 113 del TUEL (D.Lgs n. 267/2000), ha infatti previsto, tra le diverse modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, quello a favore di una "*società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in tema di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle Autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche*" (art. 113, comma 5, lettera b).

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, conformemente agli Orientamenti adottati dalla Commissione Europea, ritiene conforme alle norme a tutela della concorrenza l'esperimento da parte degli Enti Locali di una gara con procedura ad evidenza pubblica finalizzata non soltanto 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.

Nel caso di specie, il differimento del termine di scadenza del primo affidamento, qualora quest'ultimo sia stato operato coerentemente agli orientamenti citati, non sembra ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 23-bis, comma 3 e 4 cit., in quanto il rapporto sottostante

continuerebbe ad essere regolato dall'atto originario di attribuzione del servizio fino alla costituzione dell'ATO, senza integrare un affidamento *ex novo* del servizio.

Tale scelta, tuttavia, rappresentando in ogni caso una deroga al principio generale di apertura e concorrenzialità delle procedure per l'affidamento di appalti o servizi pubblici, va attentamente valutata alla luce della normativa nazionale e comunitaria a tutela della concorrenza e, peraltro, debitamente motivata dall'Ente Locale procedente.

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà

AS606 - COMUNE DI SANT'URBANO (PD) - SERVIZIO DI RISCOSSIONE TRIBUTI PER LA RACCOLTA E LO SMALTIMENTO DEI RIFIUTI SOLIDI URBANI

Roma, 19 febbraio 2009

Comune di Sant'Urbano
Sindaco

Oggetto: richiesta di parere ai sensi dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 in relazione all'affidamento del servizio di accertamento e riscossione dei tributi per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

Relativamente alla sottoponibilità dell'affidamento secondo modalità c.d. *in house* dei servizi di riscossione relativi alla raccolta ed allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani alla procedura di cui all'articolo 23-bis, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modifiche dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, l'Autorità, nella sua adunanza dell'11 febbraio 2009, ha ritenuto di esprimere le seguenti considerazioni.

Posto che la disposizione richiamata si applica ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, gli eventuali obblighi di pubblicità, analisi di mercato e verifica previsti dalla legge discendono dalla riconducibilità dei servizi in oggetto a tale categoria.

Al riguardo, l'Autorità ritiene che i servizi di riscossione in oggetto, in quanto resi a favore della pubblica amministrazione ovvero del gestore unico del ciclo integrato dei rifiuti, debbano ritenersi strumentali e, pertanto, essere propriamente ricondotti alla disciplina degli appalti pubblici di servizio.

Tenuto conto di ciò, non si ritiene che le disposizioni di cui all'articolo 23-bis della legge n. 133/2008 trovino applicazione nel caso di specie.

Pertanto, al di là della legittimità o meno dell'azione amministrativa alla luce di quanto previsto dall'art. 238, comma 3, del D.Lgs n. 152/2006, l'Autorità ritiene che la scelta di affidare le attività di riscossione dei tributi per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani ad un soggetto diverso dal gestore unico del ciclo integrato dei rifiuti non sia indifferente dal punto di vista concorrenziale.

Tale circostanza appare idonea, infatti, a condizionare gli esiti della procedura ad evidenza pubblica diretta a selezionare il gestore unico dei servizi. Qualsiasi potenziale gestore potrebbe essere disincentivato dal partecipare alla gara dalla impossibilità di gestire direttamente le entrate derivanti dallo svolgimento della propria attività o, addirittura, impossibilitato a presentare un'offerta realistica per la gestione del servizio.

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

**AS610 - COMUNE DI TRESORE BALNEARIO (BG) - GESTIONE DI UNA
RESIDENZA SANITARIA ASSISTENZIALE**

Roma, 24 giugno 2009

Comune di Trescore Balneario
Responsabile Settore Servizi alla persona

Oggetto: richiesta di parere sulla rilevanza economica della gestione di una Residenza Sanitaria Assistenziale (RSA) con annesso Centro Diurno Integrato (CDI) ai sensi dell'art. 23bis, comma 4 del d.l. n. 112/2008, così come convertito in legge n. 133/2008.

Con riferimento alla richiesta in oggetto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 18 giugno 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 Legge n. 133/2008.

La giurisprudenza amministrativa è pacifica nel ritenere economicamente rilevante qualsiasi servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, sebbene solo potenzialmente, una redditività poiché si tratta di attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunerativa. Con la conseguenza che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio per il quale potrebbe svolgersi, anche solo potenzialmente, una competizione sul mercato, a prescindere dalla circostanza per cui siano previste delle forme di finanziamento pubblico, totali o parziali, dell'attività in questione¹.

Tanto premesso, non è dubitabile, nel caso di specie, la rilevanza economica delle attività connesse alla gestione di una Residenza Sanitaria Assistenziale (RSA) con annesso Centro Diurno Integrato (CDI). Non è prevista, infatti, alcuna forma di copertura finanziaria dell'Ente Locale a fronte delle attività svolte dalla società Sodalitas S.r.l. per la gestione delle strutture ed, anzi, è pattuito un corrispettivo a carico di quest'ultima quale canone di locazione delle strutture di proprietà del Comune.

Con riferimento al merito dell'affidamento delle predette attività a beneficio della società Sodalitas S.r.l., va evidenziato che, impregiudicata ogni altra valutazione sui presupposti di fatto e di diritto dell'azione amministrativa, non ricorrono le condizioni per il rilascio del parere ai sensi dei commi 3 e 4 dell'art. 23-bis a causa della evidente mancanza dei requisiti fondamentali per la configurabilità stessa dell'affidamento *in house*.

¹ Tar Sardegna 2 agosto 2005, n. 1729 e, in appello della stessa sentenza, Consiglio di Stato 30 agosto 2006, n. 5072 in relazione ai servizi, ritenuti di rilevanza economica, di seguito elencati: gestione delle comunità alloggio per minori, della mensa sociale, di assistenza domiciliare di persone anziane/svantaggiate, gestione del centro di aggregazione per gli anziani. In senso analogo, da ultimo, Consiglio di Stato del 25 novembre 2008, n. 5781. Pertanto, possono invece ritenersi privi di rilevanza economica quei servizi che, per loro natura, non danno luogo ad alcuna competizione (per il mercato, ovvero sul mercato) (sentenza Tar Liguria del 28 aprile 2005, n. 527).

Infatti, la circostanza che la società Sodalitas possa fornire servizi a favore di altri Enti pubblici e di soggetti privati oltre che assumere, sia direttamente che indirettamente, interessenze o partecipazioni in altre società od imprese aventi oggetto analogo o affine o connesso al proprio, ovvero la cui attività abbia ad oggetto l'esercizio di servizi pubblici, lascia presumere una evidente propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente. Ciò non consente di ritenere sussistente il requisito della prevalenza dell'attività oggetto di affidamento nei confronti dell'Ente pubblico affidante.

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

AS611 - COMUNE DI LECCE - GESTIONE ASILO NIDO

Roma, 11 agosto 2009

Comune di Lecce

Oggetto: Vs. richiesta di parere relativa all'affidamento, ai sensi dell'art. 23 bis, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, della gestione del servizio di asilo nido.

Con riferimento alla richiesta in oggetto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 29 luglio 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.

Nel caso in questione, appare necessario operare alcune considerazioni riguardanti le condizioni individuate dall'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, ai fini della scelta di affidare il servizio in oggetto in deroga alle modalità ordinarie. Si ritiene opportuno ricordare, al riguardo, che 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, tuttavia, ha 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 di specie, 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 del servizio di asilo nido.

L'Amministrazione Comunale, infatti, si è limitata a giustificare la decisione di affidare il servizio in questione attraverso modalità *in house* sulla base della constatazione secondo cui tale modalità permetterebbe l'applicazione di tariffe più contenute che nell'ipotesi di affidamento tramite gara.

Tale constatazione, tuttavia, sarebbe dovuta derivare da una seppur minima attività di consultazione del mercato finalizzata a verificare l'eventualità che altri operatori fossero nelle condizioni di offrire il medesimo servizio. La circostanza, peraltro, che operatori terzi abbiano autonomamente manifestato un interesse alla gestione del servizio e, peraltro, a condizioni asseritamente migliori di quelle prospettate dalla società Lupiae Servizi s.p.a., appare escludere la sussistenza di quelle particolari caratteristiche economiche, sociali, geomorfologiche o ambientali del contesto territoriale di riferimento tali da non consentire al ricorso al mercato ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3.

All'Autorità non sono, dunque, stati forniti elementi utili per valutare l'effettiva efficacia e utilità del mancato ricorso al mercato.

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
