

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS842 - PROVINCIA DI LUCCA - SERVIZIO DI VERIFICA DEGLI IMPIANTI TERMICI

Roma, 24 marzo 2011

Segretario Generale
Provincia di Lucca

Oggetto: richiesta di parere in relazione alla qualifica da attribuire al servizio di verifica degli impianti termici (di cui alla legge n. 10/1991 e al DPR n. 412/1993).

In relazione alla richiesta di parere pervenuta in data 2 marzo 2011 e relativa alla qualifica da attribuire al servizio di ispezione degli impianti termici, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/1990, così come deliberato nell'adunanza del 16 marzo 2011, esprime le seguenti considerazioni.

Considerate le caratteristiche del servizio in questione e le disposizioni di legge che impongono al Comune e alla Provincia di procedere alla verifica della funzionalità degli impianti termici, sembra maggiormente corretto ritenere che si tratti di un'attività riconducibile alla produzione di beni e servizi da erogare per lo svolgimento di funzioni amministrative di natura pubblicistica, di cui resta titolare l'ente di riferimento e con cui lo stesso ente provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali. Tale attività è distinta dalla gestione dei servizi pubblici locali, che mirano invece a soddisfare direttamente ed in via immediata bisogni essenziali di una platea indifferenziata di utenti e le cui prestazioni possono essere da chiunque richieste.

Pertanto, l'Autorità ritiene che il servizio di verifica degli impianti termici di cui alla legge n. 10/1991 e al DPR n. 412/1993 sia riconducibile alla categoria dei servizi strumentali e non alla categoria dei servizi pubblici locali a rilevanza economica disciplinati dall'art. 23 bis del decreto legge n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008.

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 parere, precisandone i motivi.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

AS843 - COMUNE DI AVEZZANO (AQ) - GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI IGIENE URBANA

Roma, 8 aprile 2011

Comune di Avezzano

Oggetto: richiesta di parere ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90 in merito alla partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica da parte di una società mista affidataria di servizi pubblici locali

Con riferimento alla richiesta di parere, formulata ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90 dal Comune di Avezzano in merito alla partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica da parte di una società mista affidataria di servizi pubblici locali, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito Autorità), nella sua adunanza del 23 marzo 2011, ha inteso rilevare quanto segue.

Si precisa preliminarmente che non rientra tra i compiti attribuiti a questa Autorità l'espressione di pareri circa la compatibilità delle scelte di una pubblica amministrazione con la normativa sopra citata. Ciò nondimeno, è possibile svolgere alcune osservazioni circa la *ratio* dell'art 23 bis, comma 9, che è quella di garantire il principio di libera concorrenza e, al contempo, di valorizzare il soggetto in grado di offrire alla stazione appaltante, indipendentemente dalla sua natura pubblica o privata, le migliori condizioni economiche. In quest'ottica, l'ultimo paragrafo del comma 9 mira a consentire alle società che forniscono servizi pubblici locali ad un'amministrazione ed hanno acquisito esperienza "sul territorio" di partecipare, a parità di condizioni con gli altri operatori, alle procedure concorrenziali per l'affidamento degli stessi servizi. Proprio per garantire detta parità, il comma 9 vieta ai soggetti che siano già affidatari diretti di un servizio pubblico locale di acquisire la gestione, anche a seguito di gara, di ulteriori servizi per tutta la durata della gestione diretta: in questo caso, infatti, tali soggetti potrebbero moltiplicare l'anomalo vantaggio concorrenziale sia "spendendo" i pregressi affidamenti (non frutto di competizione concorrenziale) quali titoli di qualificazione, sia potendo offrire migliori condizioni economiche alla stazione appaltante, per essere in grado di ammortizzare parte dei propri costi generali nell'ambito degli affidamenti diretti garantiti.

In quest'ottica, è in linea di principio ammissibile che una società, già affidataria diretta di un servizio pubblico locale, possa partecipare ad una gara indetta per l'affidamento del servizio stesso, allorché tale servizio debba essere fornito in un momento successivo alla cessazione del precedente affidamento.

Il requisito, introdotto dall'art. 23 bis, comma 9, ultimo paragrafo, che la gara abbia ad oggetto i servizi già forniti dal soggetto affidatario diretto va letto alla luce del fatto che quest'ultimo viene sempre costituito *ad hoc* per il raggiungimento di uno specifico compito operativo; esso, pertanto, non potrebbe assumere la gestione di servizi estranei allo scopo per cui è stato costituito (e, cioè, diversi da quelli da esso forniti). Per verificare, di fatto, la possibilità che ACIAM possa concorrere alla gara sarà pertanto necessario, da parte del Comune, verificare che la gestione del servizio di igiene urbana sia uno degli scopi per cui la società è stata costituita, e che l'oggetto sociale, così come descritto nello statuto, non sia più circoscritto rispetto al servizio oggetto di gara. E' opportuno inoltre ricordare che, in tali circostanze, è dovere dell'amministrazione appaltante prestare particolare attenzione alla trasparenza delle procedure e alla parità di trattamento di tutti gli offerenti, nonché impedire la trasmissione di informazioni riservate all'entità a capitale misto.

L'Autorità resta in attesa di conoscere, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento della presente segnalazione, le iniziative adottate in relazione alle problematiche sopra evidenziate.

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 parere, precisandone i motivi.

L'Autorità ringrazia per l'attenzione dimostrata nei confronti della propria attività istituzionale.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

AS844 - COMUNE DI TREVISO - INTERPRETAZIONE DI ALCUNE DISPOSIZIONI DEL REGOLAMENTO IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA

Roma, 29 aprile 2011

Comune di Treviso

Con riferimento alla richiesta di parere, formulata ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/90 dal Comune di Treviso in merito all'interpretazione dei commi 1 e 3 dell'art. 8 del D.P.R. n. 168/2010, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito Autorità), nella sua adunanza del 20 aprile 2011, ha inteso rilevare quanto segue.

Il comma 1 dell'art. 8 del D.P.R. n. 168/2010 introduce un divieto, per gli amministratori, i dirigenti ed i responsabili di un ente che svolga funzioni di stazione appaltante di un servizio pubblico locale, di svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati dal medesimo soggetto. Il divieto opera anche nel caso in cui dette funzioni siano state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi affidati dal medesimo soggetto. Tale disposizione riguarda, com'è evidente, la gestione dei servizi "affidati" da un organismo appaltante, indipendentemente dal fatto che l'affidamento sia avvenuto a favore di una società in-house, di una società mista o di una società interamente privata. In tutti questi casi, la norma tende ad evitare che l'eccessiva prossimità tra stazione appaltante ed affidatario comprometta il monitoraggio, da parte del primo, del corretto svolgimento del servizio affidato – per esempio, in fase di verifica ex post di scostamenti rispetto agli investimenti programmati. In quest'ottica, l'ampia formulazione della norma, che fa riferimento allo "svolgimento di incarichi" inerenti la gestione del servizio affidato, mira ad impedire che chiunque si trovi, a qualsiasi titolo, coinvolto nella gestione di un servizio pubblico locale possa essere, allo stesso tempo, incaricato (in qualità di amministratore, dirigente o responsabile presso l'organismo appaltante) di verificarne la rispondenza alle aspettative di quest'ultimo. Ne consegue che, contrariamente a quanto suggerito dal Comune istante, non è possibile escludere dal novero di coloro che "svolgono incarichi inerenti la gestione dei servizio" chi ricopra la carica di amministratore presso l'affidatario: tale interpretazione equivarrebbe a vanificare lo scopo stesso della norma in questione, tanto più che, nel caso oggetto della richiesta di parere da parte del Comune, il nominando amministratore non solo ricopriva (meno di tre anni fa) la carica di dirigente presso l'ente locale appaltante, ma, secondo quanto dichiarato dal Comune, si occupava proprio di attività inerenti l'affidamento dei servizi alla stessa società affidataria e di controllo analogo sulla medesima.

Il comma 3 ha invece un ambito di applicazione oggettivo diverso, in quanto introduce limitazioni esclusivamente per quanto riguarda la società partecipate da enti locali, indipendentemente dal fatto che esse siano o meno affidatarie di un servizio pubblico locale.

L'Autorità ritiene pertanto che l'art. 8, comma 1, del d.lgs. sia da interpretare nel senso di vietare la nomina ad amministratore della società affidataria di servizi pubblici locali di un ex dirigente, in quiescenza da meno di tre anni, impiegato presso l'ente appaltante e direttamente coinvolto nella gestione dei servizi pubblici locali.

L'Autorità coglie altresì l'occasione per ricordare a Codesta Amministrazione che la disciplina transitoria sulla gestione dei servizi pubblici locali, introdotta dall'art. 23 bis, comma 8, del d.l. n.112/2008, prevede, al comma 8, lett. e), la cessazione *ex lege*, entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, delle gestioni affidate, a meno che queste non rientrino nei casi di cui alle lettere da a) a d). In particolare, si sottolinea che, per ricadere nell'ambito di applicazione del comma 8, lett. a) (che prevede un termine di scadenza più lungo), la gestione del servizio pubblico locale deve essere stata affidata conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house". Si ricorda al proposito che la giurisprudenza comunitaria ha escluso la sussistenza del controllo analogo quando l'impresa abbia "acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo" e che risulterebbe dalla presenza di elementi quali l'ampliamento dell'oggetto sociale o l'espansione territoriale dell'attività della società¹. Il fatto che, nel caso di specie, la società affidataria possa *inter alia* svolgere ulteriori attività, quali quelle di trasporto merci e effettuazione lavori agricoli per conto terzi, lascia presumere una evidente propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di un'eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente.

In difetto del requisito del controllo analogo, l'affidamento non può essere considerato conforme ai principi comunitari in tema di affidamento in-house. Di conseguenza, il regime transitorio applicabile all'affidamento è quello previsto dal citato comma 8, lett.e), dell'art. 23 bis del d.l. n.112/2008.

L'Autorità resta in attesa di conoscere, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento della presente segnalazione, le iniziative adottate in relazione alle problematiche sopra evidenziate.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 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

¹ Sentenza del 13 ottobre 2005 in causa C-458/03, *Parking Brixen*.