

Roma, 30 luglio 2010

Comune di Santa Maria del Cedro
Sindaco

Oggetto: Richiesta di parere relativa all'affidamento, ai sensi dell'articolo 23 bis, comma 3, del Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in Legge 6 agosto 2008, n. 133, del servizio di igiene ambientale, dei servizi di spazzamento strade ed aree pubbliche, di manutenzione del verde pubblico e di pulizia degli immobili comunali, del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di illuminazione pubblica e del servizio di manutenzione ordinaria degli impianti elettrici di 10 edifici comunali.

Con riferimento alle richieste in oggetto, l'Autorità nella sua adunanza del 28 luglio 2010, ha ritenuto che, per quanto di propria competenza, non ricorrano le condizioni per il rilascio del parere ai sensi dei commi 3 e 4 dell'articolo 23-bis a causa dell'evidente mancanza dei requisiti fondamentali per la configurabilità stessa dell'affidamento *in house*.

Con riguardo ai servizi di: i) pulizia degli immobili comunali e ii) manutenzione ordinaria degli impianti elettrici di dieci edifici comunali, si osserva preliminarmente che questi non possono essere considerati un servizio pubblico locale ai sensi della normativa citata, trattandosi di attività finalizzata alla gestione di beni pubblici e quindi palesemente differente rispetto alla fornitura di un servizio di rilevanza economica ai cittadini-utenti, diretto alla soddisfazione immediata di esigenze della collettività¹.

Con riguardo ai servizi di: i) igiene ambientale; ii) spazzamento strade ed aree pubbliche; iii) manutenzione del verde pubblico; iv) manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di illuminazione pubblica, l'Autorità intende esprimere le seguenti considerazioni

In primo luogo, la natura e l'ampiezza del raggio di attività ricomprese nell'oggetto sociale della società Santa Maria del Cedro S.p.A. appaiono inficiare il rapporto di controllo tra Ente locale e impresa beneficiaria nell'ambito della gestione *in house*. Al riguardo la circostanza che tale società possa svolgere, oltre a quelle oggetto dell'affidamento, le più svariate attività (dal trasporto, anche per conto terzi, alla gestione di attività turistiche, dalla gestione di impianti idrici e di canili allo svolgimento di attività di import-export) e fornire tali servizi anche in favore di altri Enti pubblici e di soggetti privati, oltre che compiere tutte le operazioni finanziarie, mobiliari e immobiliari, necessarie o utili per il raggiungimento dell'oggetto sociale, appare indicativo di una evidente propensione dell'impresa ad effettuare 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 secondo luogo, lo statuto societario non garantisce in via certa e permanente l'incedibilità a privati delle azioni, come invece richiesto dalla giurisprudenza amministrativa, essendo presente una previsione che consente l'ingresso di capitali privati nella società affidataria.

Tali circostanze, attribuendo alla società affidataria un'ampia vocazione commerciale che travalica le funzioni richieste per l'espletamento del servizio affidato, non consentono di ritenere sussistente il requisito della prevalenza dell'attività oggetto di affidamento nei confronti dell'ente pubblico affidante². Inoltre, la possibilità di ingresso di capitali privati nella società affidataria induce, altresì, a ritenere che non possa essere soddisfatto il requisito del "controllo analogo".

Inoltre, com'è noto, ai sensi del comma 6 del medesimo articolo 23 bis, d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, l'affidamento simultaneo di una pluralità di servizi pubblici locali alla medesima società è consentito solo laddove venga esperita una gara e, al tempo stesso, possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. Deliberando l'affidamento simultaneo di più servizi pubblici alla medesima società, il Comune istante ha pertanto contravvenuto alle disposizioni di cui al comma 6 del medesimo articolo 23 bis. Peraltro, il successivo comma 9 del medesimo articolo pone il divieto per i soggetti già titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive, come sembrerebbe nel caso della società Santa Maria del Cedro, di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi o di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici.

¹ [Cfr. al riguardo la pronuncia delle SS. UU. Civ. della Cassazione 17573 del 2006, nella quale è stato ribadito: "[...] un determinato servizio può essere qualificato come pubblico solo se l'attività in cui si realizza è diretta a soddisfare in via immediata esigenze della collettività; pertanto, esulano dal relativo ambito le prestazioni, di carattere strumentale, rese al soggetto preposto al suo esercizio".]

² [Cfr., ex multis, Consiglio di Stato, 26 agosto 2009, Sez. V, sent. n. 5082.]

Infine, anche a prescindere da tali considerazioni, in ogni caso, si ritiene opportuno ricordare che l'articolo 23 bis, d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, 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, in particolare, delle ragioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato per l'affidamento dei suddetti servizi, limitandosi a produrre per ognuno di essi due preventivi (senza peraltro indicare quali siano i principali operatori del settore che li avrebbero emessi) superiori a quello proposto dalla società Santa Maria del Cedro S.p.A.. Tale constatazione, infatti, non appare in grado di giustificare l'affidamento *in house*, posto che il costo del servizio può rappresentare una variabile sulla quale mettere in competizione gli operatori nell'ambito di una procedura competitiva. La presente decisione sarà pubblicata 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 della presente, precisandone i motivi.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino