

AS1031 - PROVINCIA REGIONALE DI CATANIA - NATURA DELLE ATTIVITÀ AFFIDATE ALLA SOCIETÀ PUBBLISERVIZI SPA AI FINI DELL'EVENTUALE APPLICAZIONE DELL'ART. 4, COMMA 3, DEL D.L. N. 95/12 CONVERTITO IN LEGGE N. 135/12

Roma, 22 marzo 2013

Provincia Regionale di Catania

Con riferimento alla richiesta di parere formulata da codesta Provincia in data 15 gennaio 2013 e integrata il 13 febbraio 2013, si comunica che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito Autorità), nella sua adunanza del 13 marzo 2013, ha ritenuto di svolgere le seguenti considerazioni ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Quanto alla natura dei servizi rientranti nell'oggetto sociale di Pubbliservizi S.p.A., conformemente alle indicazioni fornite sul punto dalla giurisprudenza, si osserva che *"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, esulando dal relativo ambito le prestazioni, di carattere strumentale, rese al soggetto preposto al suo esercizio"*¹. Utilizzando tale criterio, la giurisprudenza ha, di volta in volta, qualificato determinate attività come servizi strumentali (ad esempio, la manutenzione degli immobili comunali o la custodia, pulizia, giardinaggio, manutenzione del cimitero²) poiché svolte esclusivamente a favore dell'ente locale, distinguendole dai servizi pubblici locali, svolti direttamente a beneficio della collettività³. Più di recente, il Consiglio di Stato⁴ ha individuato tre principali condizioni che devono sussistere affinché l'attività in questione sia qualificabile come "strumentale": i) il servizio è volto a soddisfare esigenze dell'amministrazione e non è direttamente fruibile dai cittadini; ii) il rischio di gestione è assunto dall'amministrazione affidante; iii) la remunerazione del servizio è a carico dell'amministrazione nell'ambito del rapporto bilaterale con l'appaltatore.

Alla luce delle informazioni complessivamente fornite dalla Provincia e in ossequio alle indicazioni giurisprudenziali citate, alcuni servizi rientranti nell'oggetto sociale e affidati alla società *Pubbliservizi*, compresi quelli di manutenzione del verde, manutenzione di fabbricati, strade e piazzali, anagrafe, gestione autoparco, trasloco e facchinaggio etc., appaiono presentare una forte connotazione strumentale rispetto ai bisogni dell'amministrazione locale.

Altri servizi, quali, ad esempio, quello di illuminazione pubblica e di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale appaiono riconducibili al novero dei servizi pubblici locali⁵.

Ciò premesso in relazione alla natura dell'attività complessivamente esercitata dalla società *Pubbliservizi*, si ricorda che l'obbligo di dismissione di cui all'articolo 4 del D.L. n. 95/12 interessa tutte le società *"controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni [...] che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato"*.

Tale previsione rappresenta solo l'ultimo (in ordine di tempo) degli interventi che si inseriscono nel solco tracciato dal Legislatore che, in più occasioni, ha dimostrato un chiaro disfavore verso le società a capitale pubblico che forniscono servizi cd. strumentali all'attività dell'amministrazione, sul modello dell'*in house providing*⁶. Un'interpretazione della

¹ [Cass. Civ., Sez. Un., 3.8.2006, n. 17573, sul punto sui vedano Consiglio di Stato, sez. V – 12/10/2004 n. 6574, Corte di Cassazione, sez. unite civili – 19/4/2004 n. 7461, Consiglio di Stato, sez. IV – 29/11/2000 n. 6325, sentenza del TAR Reggio Calabria del 24 ottobre 2007, n. 1076 (servizio di gestione della seggiovia è servizio pubblico poiché diretto in via immediata a soddisfare esigenze della collettività). Cfr. anche sentenza del Tar Lazio del 5 giugno 2007, n. 5192 (nella quale si afferma che il servizio di acquisizione di mappe catastali in formato misto non costituisce un servizio pubblico locale ma solo un'attività strumentale all'attività di rilevanza tributaria del Comune) e la sentenza del Tar Lombardia del 25 agosto 2003, n. 1189 (la gestione calore degli edifici comunali non costituisce un servizio pubblico locale poiché è diretta unicamente all'ente locale).]

² [Sentenza Tar Valle d'Aosta del 16 luglio 2003, n. 180.]

³ [Ad esempio, il Tar Calabria, in una sentenza del 12 febbraio 2004, n. 141 ha evidenziato che l'affidamento del servizio di riscossione dell'imposta comunale sugli immobili, in quanto attività strumentale, deve essere ricondotto alla disciplina degli appalti pubblici di servizi.]

⁴ [Sez. V, Sentenza 1 aprile 2011, n. 2012.]

⁵ [Cfr., rispettivamente, Cons. di Stato, Sez. V, 25 novembre 2010, n. 8231, Sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36.]

⁶ [L'art. 13 del d.l. n. 223/06 e s.m.i. (cd. Decreto Bersani) aveva, infatti, già introdotto una serie di limitazioni all'autonomia negoziale delle società cd. strumentali, imponendo loro di operare soltanto con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e non anche con altri soggetti pubblici o privati (né con gara, né tantomeno in virtù di un affidamento diretto), di avere un oggetto sociale esclusivo e di non partecipare in altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Inoltre e in particolare, con il comma 27 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008, il legislatore ha circoscritto l'oggetto di tutte le società a partecipazione pubblica direttamente partecipate alla

norma aderente alla sua evidente *ratio* di riduzione della spesa pubblica porta ad escludere, pertanto, che la gestione congiunta di servizi di interesse economico generale ed attività strumentali possa avere l'effetto di esentare l'amministrazione dall'ottemperare all'obbligo di dismissione previsto all'articolo 1 del D.L. n. 95/12.

In conformità alla volontà del Legislatore si ritiene quindi che sull'amministrazione gravi comunque un obbligo di dismissione -quantomeno per le attività di carattere strumentale attualmente svolte dalla società *Pubbliservizi*-, cui si può concretamente ottemperare, ad esempio, dismettendo un ramo d'azienda al quale siano state preventivamente conferite le predette attività strumentali.

Nel caso in cui, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale di riferimento non sia possibile ricorrere al mercato, l'articolo 4, comma 3, del D.L. n. 95/12 prevede che l'amministrazione predisponga un'analisi di mercato e trasmetta una relazione sugli esiti di tale analisi all'Autorità ai fini dell'acquisizione del parere vincolante. Sul punto, l'Autorità, nella propria riunione del 16 gennaio 2013, ha deliberato la pubblicazione di una *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 4, comma 3, del decreto legge n. 95/2012, convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012 n. 135*, che si allega in copia per opportuna conoscenza.

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella