amministrativamente
Numero 9 – Settembre 2010

# RASSEGNA PARERI AGCM ex art. 23 *bis* maggio – Settembre 2010

di MARIA ROSARIA FAMIGLIETTI

A seguito dell'analisi dei pareri rilasciati – ai sensi dell'art. 23 *bis*, comma 4, della l. n. 133/08, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel periodo maggio-settembre 2010 emerge che, nella maggior parte dei casi, è stata dichiarata l'illegittimità dell'affidamento in house dei servizi pubblici da parte degli enti locali.

Nella maggior parte delle pronunce, l'Autorità ha ritenuto che mancassero addirittura le condizioni per il rilascio del parere, a causa dell'assenza dei requisiti fondamentali per la configurabilità dell'affidamento "*in house*": vale a dire del "controllo analogo" tra ente affidante e soggetto affidatario, e/o dello svolgimento da parte della società partecipata della attività prevalente a favore dell'ente locale (ad es. AS 726 – AS 701).

In altri casi è stato, invece, sostenuto che l'amministrazione comunale non avesse dimostrato la sussistenza delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche richieste dall'art.23 *bis*, poste a giustificazione dell'affidamento diretto del servizio pubblico (come ad esempio in caso dell'affidamento del servizio di igiene ambientale – AS 727)

In un'altra pronuncia, l'Autorità ha sostenuto che l'affidamento oggetto di parere non riguardava un servizi pubblico locale ma un servizio strumentale all'attività della pubblica amministrazione (vale a dire il servizio di elisoccorso), e per questo non sottoponibile alle regole dell'"*in house*" di cui al 23 *bis* (AS 746).

E' stata invece rilevata la legittimità dell'affidamento "*in house*" nel caso di affidamento del servizio di *car sharing* da parte del comune di Padova ad una società controllata.

Al riguardo l'Autorità ha precisato che, sebbene dalla documentazione prodotta dall'Amministrazione richiedente non emergesse alcuno dei casi previsti dalla legge per derogare al principio generale di affidamento del servizio tramite procedura ad evidenza pubblica - vale a dire non si riscontrassero le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento - nel caso di specie ha rilevato l'esito della gara

esperita dal Comune di Padova nell'anno 2008/2009 per l'affidamento del suddetto servizio.
E' risultato, infatti, che l'Amministrazione aveva correttamente proceduto, prima dell'affidamento diretto, ad indire una gara per l'aggiudicazione del servizio di *car-sharing*: gara che ha avuto esito negativo, in quanto nessun soggetto aveva presentato domanda di partecipazione.
Nell'assenza di soggetti pubblici o privati interessati alla fornitura del servizio, l'Amministrazione si è trovata nell'impossibilità di procedere ad altre forme di assegnazione del servizio ad evidenza pubblica ed ha proceduto all'affidamento "*in house*", alle medesime condizioni previste nel bando di gara.
Nel caso di specie si ha, dunque, secondo l'Autorità, l'ipotesi di accertata impossibilità di reperire un'idonea soluzione per l'affidamento del servizio mediante procedure competitive, a fronte della quale è stato ritenuto legittimo il ricorso all'affidamento "*in-house*" (AS 745).

**AS 746**

Oggetto: *Richiesta di parere ai sensi dell'articolo 23 bis, comma 4 del d.l. n. 112/2008, convertito in Legge n. 133/2008, relativamente all'affidamento in house dei "servizi in ambito di elisuperficie per atterraggio servizio di elisoccorso 118" al Comune di Casamicciola Terme*.

Con riferimento alla richiesta in oggetto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 14 luglio 2010 ha ritenuto che i servizi in oggetto non siano riconducibile alla categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'articolo 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, convertito in Legge n. 133/2008, e non vi sia, pertanto, luogo a provvedere.
Infatti, i servizi in ambito di elisuperficie per atterraggio servizio di elisoccorso 118 al Comune in epigrafe appaiono strumentali ai bisogni dell'amministrazione più che essere destinati a soddisfare esigenze della collettività.
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.

**AS 745**

Oggetto: *richiesta di parere* ex *articolo 23* bis*, comma 4, del d.l. n. 112/2008, pervenuta in data 4* car-sharing *nel Comune di Padova.*

Con riferimento alla richiesta in oggetto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 23 giugno 2010, ha ritenuto che, per quanto di propria competenza, ricorrano le condizioni per il rilascio del parere ai sensi dei commi 3 e 4 dell'articolo 23 *bis* a causa della presenza dei requisiti fondamentali per la configurabilità stessa dell'affidamento *in house*.

Al riguardo l'Autorità precisa che, sebbene dalla documentazione prodotta dall'Amministrazione richiedente non emerga alcuno dei casi previsti dalla legge per derogare al principio generale di affidamento del servizio tramite procedura ad evidenza pubblica - vale a dire non si riscontrano le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento che normalmente giustificano il ricorso all'affidamento diretto - nel caso di specie rileva l'esito della gara esperita dal Comune di Padova nell'anno 2008/2009 per l'affidamento del servizio in oggetto.

Risulta, infatti, dagli atti al fascicolo, che codesta Amministrazione aveva correttamente proceduto, prima dell'affidamento diretto ad APS, ad indire una gara per l'aggiudicazione del servizio di *car-sharing*, con un bando articolato secondo le indicazioni fornite da ICS; gara che ha avuto esito negativo in quanto nessuno soggetto ha presentato domanda di partecipazione.

Nell'assenza di soggetti pubblici o privati interessati alla fornitura del servizio, l'Amministrazione si è trovata nell'impossibilità di procedere ad altre forme di assegnazione del servizio ad evidenza pubblica ed ha proceduto all'affidamento *in house*, alle medesime condizioni previste nel bando di gara e nei relativi allegati.

Nel caso di specie si ricade, secondo l'Autorità, nell'ipotesi di accertata impossibilità di reperire un'idonea soluzione per l'affidamento del servizio mediante procedure competitive, a fronte della quale è legittimo il ricorso all'affidamento *in-house*.

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.

**AS 726**

**Oggetto: Richiesta di parere relativa all'affidamento, ai sensi dell'articolo 23 bis, comma 3, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in Legge 6 agosto 2008, n. 133, del servizio di raccolta rifiuti.**

Con riferimento alla richiesta in oggetto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 6 maggio 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 della evidente mancanza dei requisiti fondamentali per la configurabilità stessa dell'affidamento *in house*.

Nel caso di specie, infatti il Comune di Brembilla non risulta partecipare al capitale sociale della società alla quale intende affidare il servizio in questione, requisito che la giurisprudenza comunitaria richiede per la realizzazione di una gestione *in house*.

Quand'anche il Comune di Brembilla decida di partecipare la società in questione, la natura e l'ampiezza del raggio di attività ricomprese nell'oggetto sociale della società Servizi Comunali s.p.a. appaiono mettere in crisi il rapporto di controllo tra Ente locale e impresa beneficiaria nell'ambito della gestione *in house*. Infatti, la possibilità che tali attività possano essere svolte in favore di altri Enti pubblici e soggetti privati lascia presumere una evidente vocazione commerciale della società.

Ciò non consente di ritenere sussistente il requisito della prevalenza dell'attività oggetto di affidamento nei confronti dell'Ente pubblico affidante.

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.

**AS 727**

**Oggetto:** *Richiesta di parere relativa all'affidamento, ai sensi dell'articolo 23 bis, comma 3, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in Legge 6 agosto 2008, n. 133, del servizio di igiene ambientale.*

Con riferimento alla richiesta in oggetto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 9 giugno 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*.

Al riguardo, la circostanza che la società SETCO S.r.l. possa assumere interessenze, quote, partecipazioni anche azionarie in altre società o imprese lascia presumere un'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. Ciò non consente di ritenere sussistente il requisito della prevalenza dell'attività oggetto di affidamento nei confronti dell'Ente pubblico affidante.

Un secondo ordine di considerazioni riguarda le condizioni individuate dall'articolo 23-bis, d.l. n. 112/2008, convertito in Legge n. 133/2008, ai fini della scelta di affidare il servizio in oggetto in deroga alle modalità ordinarie. Si ritiene opportuno ricordare 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, in particolare, delle ragioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato per l'affidamento della gestione del servizio di igiene ambientale.

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.

**AS701**

Oggetto: *richiesta di parere ex articolo 23-bis, comma 4, del d.l. n. 112/2008, pervenuta in data 23 aprile 2010 relativa all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale nel Comune di Vigonza.*

Con riferimento alla richiesta in oggetto, l'Autorità, nella sua adunanza del 13 maggio 2010, 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, così come modificata dalla legge n. 166/2009.
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 tale principio possa essere derogato in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento.
Nel merito dell'affidamento effettuato da codesta Amministrazione, si osserva, preliminarmente, che nel caso di specie sembra difettare un requisito essenziale per la configurazione dell'affidamento *in house*, ossia la sussistenza di un controllo analogo del Comune sulla società affidataria del servizio in questione, in ragione dell'entità della partecipazione detenuta dal Comune nel capitale sociale della stessa.
Pur ritenendo tale circostanza dirimente, l'Autorità osserva in ogni caso che la documentazione prodotta e l'analisi di mercato svolta da codesto Comune non hanno evidenziato l'esistenza di almeno una delle menzionate peculiari caratteristiche che non permetterebbero un efficace e utile ricorso al mercato. Le informazioni riportate dal Comune, infatti, relative al maggior numero di corse che potrebbero essere offerte e all'utilizzo di un titolo di viaggio unico per l'intera rete urbana di Padova, non sono idonee a dimostrare l'impossibilità di gestire il servizio attraverso una società individuata mediante procedure competitive ad evidenza pubblica laddove il bando di gara contenga i necessari incentivi e calibri adeguatamente i punteggi da attribuire all'offerta economica e a quella tecnica.
Peraltro, sulla base della documentazione fornita dalla stessa amministrazione comunale, emerge come almeno due società (l'attuale gestore del servizio e

APS Holding S.p.A.) abbiano manifestato l'interesse allo svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale di cui trattasi.
A fronte di una simile circostanza, lo svolgimento di un'ordinaria procedura di gara può offrire un contributo prezioso per individuare la soluzione più efficiente per la gestione del servizio di trasporto pubblico locale mediante bus-navetta tra il Comune di Vigonza e la città di Padova.
In generale, infatti, proprio la procedura ad evidenza pubblica conduce a minimizzare i costi complessivi derivanti dalla gestione del servizio, realizzando una riduzione del costo globalmente sopportato dalla collettività.
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.