

Massime per Atto Ricercato: Parere sulla Normativa del 13/03/2014 - rif. AG 47/13

Parere sulla Normativa del 13/03/2014 - rif. AG 47/13 d.lgs 163/06 Articoli 1, 3, 32 - Codici 1.2, 3.1, 32.3, 32.5

Richiesta di parere di SEI Toscana S. c. a. r. . riguardante l'applicabilità del D.lgs. n. 163/2006 a società concessionaria del Servizio di Gestione Integrata dei Rifiuti Urbani partecipata indirettamente da enti locali e affidataria del servizio in forza di procedura ad evidenza pubblica- Ai fini del corretto inquadramento, tra i soggetti aggiudicatori di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 163/2006, di una società concessionaria del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani, a partecipazione indiretta di enti locali e non soggetta al controllo degli stessi, avente scopo di lucro e collocata sul mercato in posizione concorrenziale con gli altri operatori del settore avendo conseguito la gestione del servizio in forza di procedura ad evidenza pubblica, è necessario escludere la configurabilità della società come organismo di diritto pubblico. Nell'ambito della verifica circa il possesso cumulativo dei tre requisiti caratterizzanti l'OdP -(a) essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale; (b) personalità giuridica; (c) dominanza pubblica, ovvero, alternativamente, attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, gestione sottoposta al controllo di tali soggetti, organi di amministrazione, direzione o vigilanza costituiti in misura non inferiore alla metà da componenti designati dai medesimi soggetti- la Corte di giustizia ha fornito alcuni criteri interpretativi alla luce dei quali condurre l'analisi, caso per caso, per la verifica del requisito sub a). La circostanza che un organismo agisca in situazione di concorrenza sul mercato può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale; che questi bisogni sono, generalmente soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato; che le condizioni nelle quali l'organismo esercita la sua attività, quali l'assenza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro o la mancanza di assunzione dei rischi collegati all'attività svolta, consentono di qualificare l'interesse generale a carattere non industriale o commerciale (cfr., ex multis, Corte di Giustizia CE 10.11.1998, causa C-360/96, BFI Holding, punti 36 e 49; Corte di Giustizia CE 10.5.2001, causa procedimenti riuniti C-223/99 e C-260/99, Ente Autonomo Fiera internazionale di Milano, punti 40 e 42). La giurisprudenza nazionale ha recepito i criteri comunitari (cfr. Cass. civ. Sez. Unite, 9 maggio 2011, n 10068.), precisando che per bisogni di interesse generale "devono intendersi quelli riferibili ad una collettività di soggetti di ampiezza e contenuto tali da giustificare la creazione di un apposito organismo, sottoposto all'influenza dominante dell'autorità pubblica, deputato alla loro soddisfazione; e che non abbiano, per altro, carattere commerciale e industriale nel senso che non devono essere suscettibili - detti bisogni - di soddisfacimento mediante attività di produzione o scambio di beni o servizi connotata da imprenditorialità o scopo di lucro" (cfr. Cass. civ. Sez. Unite, 4 maggio 2006, n. 10218; in termini cfr. anche Cass. SS.UU. n. 97/2000). La circostanza che una società mista, indirettamente partecipata da enti locali, affidataria della gestione integrata dei rifiuti urbani nell'ambito di un'Ato, si sia prestata ad un confronto concorrenziale con altri operatori economici del settore per l'affidamento della gestione integrata dei rifiuti, conferma la presenza di detta società sul libero mercato e dunque la sua operatività secondo dinamiche concorrenziali. Inoltre la ripartizione degli utili tra i soci in proporzione alle rispettive partecipazioni denota la presenza di uno scopo di lucro che "rappresenta, ancora una volta, un elemento riconducibile esclusivamente al modello delle società pubbliche che svolgono attività di impresa" (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2012 n. 1574). Se, sulla base dei criteri interpretativi forniti dalla Corte di giustizia, emerge che la società mista svolge un'attività esercitata secondo un metodo economico, avente i connotati tipici dell'attività di impresa e non di quella "amministrativa" quale è quella svolta da organismi di diritto pubblico e società miste di cui all'art. 32, comma 1, lett. c), viene meno il requisito richiesto dal legislatore ai fini del riconoscimento della natura di soggetto aggiudicatore alle società miste non qualificabili come organismi di diritto pubblico. La società concessionaria di servizi pubblici, è, in ogni caso, tenuta all'applicazione del D. Lgs. n. 163/2006 per l'affidamento di lavori, qualora questi siano strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventino di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice (cfr. art. 32, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006).