

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1139 - PROVINCIA DI VERCELLI - AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO TPL EXTRAURBANO SU GOMMA

Roma, 21 luglio 2014

Provincia di Vercelli

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 9 luglio 2014, ha ritenuto di svolgere le seguenti considerazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 in merito alla gara indetta dalla provincia di Vercelli per l'affidamento "*del servizio TPL extraurbano su gomma per il periodo compreso tra il 9 giugno 2014 e il 26 luglio 2015*", rinnovabile per un anno (di seguito la "Procedura").

In linea generale, l'Autorità sottolinea i rischi di distorsione concorrenziale derivanti dall'intreccio esistente tra stazione appaltante e potenziale partecipante alla gara nei casi in cui l'amministrazione provinciale - ente banditore - è al contempo azionista dell'attuale gestore dei servizi. Nel caso di specie, l'evidente situazione di conflitto di interessi in cui versa l'azionista di ATAP è suscettibile di tradursi, infatti, in previsioni contenute nella lettera d'invito o nel capitolato che conferiscono alla società *incumbent* un ingiustificato vantaggio concorrenziale a danno dei concorrenti. Al fine di ovviare a tali possibili effetti pregiudizievoli, dovrebbero essere, peraltro, valutate specifiche modalità di nomina della commissione di gara, evitando, ad esempio, che i componenti di questa vengano selezionati tra coloro che prestano servizio nell'ambito dell'unità organizzativa preposta al controllo della società *in house* o che siano (o siano stati) titolari di incarichi presso la medesima.

Più nello specifico, se la scelta dell'amministrazione provinciale di obbligare l'eventuale gestore subentrante ad acquistare 24 autobus, finanziati con risorse pubbliche e messi a disposizione dall'attuale gestore (su 73 autobus complessivamente necessari per gestire il servizio), non appare restrittiva della concorrenza nella misura in cui è prevista la possibilità per il nuovo entrante di riscattare, a sua volta, il valore non ancora ammortizzato di tali mezzi alla scadenza del contratto, più problematici, invece, appaiono i profili relativi alla disponibilità dell'Autostazione di Vercelli. Appare evidente, infatti, che la determinazione del canone di utilizzo dell'infrastruttura non solo non può essere rimessa alla libera determinazione della società *incumbent* ma non può in alcun modo essere rimandata ad un momento successivo all'aggiudicazione della gara. L'alea che ne deriverebbe, infatti, non potrebbe che incidere pesantemente sulla possibilità di formulare un'offerta realistica per la gestione del servizio e, in definitiva, scoraggiare *ex ante* la partecipazione degli operatori economici alternativi alla società ATAP.

In relazione, infine, al profilo concernente il termine per la presentazione delle offerte, l'Autorità richiama la rilevanza concorrenziale di una sua corretta definizione, in quanto la previsione di un congruo numero di giorni per *la data room*, in ragione delle peculiarità di ciascuna procedura e delle difficoltà inerenti la valutazione dei cespiti patrimoniali (tipicamente, il materiale rotabile) che saranno, eventualmente, oggetto di negoziazione tra il nuovo gestore e i gestori uscenti, assicura – anche sotto tale punto di vista – la possibilità che i soggetti diversi dalla società *incumbent* possano presentare un'offerta per la gestione del servizio.

L'Autorità auspica che le osservazioni sopra esposte vengano tenute in debita considerazione nell'ambito della gestione della procedura di gara in corso.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

AS1140 - COMUNE DI TORINO - AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI CREMAZIONE

Roma, 21 luglio 2014

Comune di Torino

Con riferimento alla richiesta di parere, formulata ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, da codesto Comune, concernente le modalità di gestione del servizio di cremazione, si comunica che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 9 luglio 2014, ha ritenuto di svolgere le seguenti considerazioni.

La questione sollevata dal Comune di Torino ripropone il tema, già affrontato dall'Autorità in alcune occasioni¹, delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali nell'ipotesi in cui le infrastrutture essenziali/strumentali all'erogazione dei servizi siano di proprietà di soggetti privati. La circostanza che l'articolo 6 della legge n. 130/11 attribuisca ai Comuni la titolarità della gestione dei crematori (che la esercitano attraverso una delle forme previste dall'[*abrogato*] articolo 113 del T.U.E.L., D.lgs. n. 267/2000), al di là del regime di proprietà e delle modalità del loro finanziamento, consente di ritenere che al Comune sia rimessa la scelta tra una delle forme di gestione del servizio consentite dall'ordinamento, salvi gli eventuali diritti del soggetto proprietario a vedersi riconosciuto il valore del bene non ancora ammortizzato o eventualmente un canone di utilizzo per l'accesso.

Il servizio di cremazione, come già evidenziato, è un servizio pubblico locale di rilevanza economica e, in quanto tale, disciplinato dalle previsioni di cui all'articolo 34, commi 20 e 21, del D.L. n. 179/13 e dell'articolo 13 del D.L. n. 150/11 che, come noto, impongono la regolarizzazione dei modelli di gestione dei servizi, attraverso la scelta tra una delle tre possibili modalità di gestione offerte dal quadro normativo vigente (gara per l'aggiudicazione del servizio, gara per la selezione del socio privato o affidamento secondo modalità in *house*). E' evidente che, non integrando la So.Crem. i caratteri dell'organismo in *house* o della società soggetta a controllo pubblico, l'attuale affidamento diretto, ove non regolarizzato, è destinato ad essere travolto dall'effetto di cessazione automatica di cui all'art. 13 del D.L. n. 150/13.

L'Autorità, in più occasioni, ha suggerito alle amministrazioni di limitare l'attribuzione di diritti di esclusiva a quelle ipotesi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità locali². In altre parole, ben potrebbe configurarsi, almeno in astratto, la possibilità che il servizio pubblico in questione venga offerto da più operatori in concorrenza, in regime di autorizzazione. In tale ipotesi non si porrebbe alcun problema in ordine all'eventuale riscatto degli impianti, che rimarrebbero in capo alla So.Crem., quale soggetto integrato, autorizzato a offrire il servizio in concorrenza con altri operatori situati in comuni limitrofi.

¹ AS816 - *COMUNE DI AVIGLIANA (TO) - GESTIONE DELLA ILLUMINAZIONE PUBBLICA*.

² Si consideri quanto previsto dall'art. 4 del D.l. n. 138/11 dichiarato incostituzionale dalla Corte con sentenza n. 199/2012.

Nel caso di specie, tuttavia, è lecito dubitare del carattere effettivamente concorrenziale del mercato, posti i vincoli regolamentari che ostacolano l'accesso al mercato dei potenziali concorrenti – connessi alla possibilità di realizzare nuovi impianti³ – e attenuano senz'altro la concorrenza tra gli operatori già presenti in ambito regionale, considerati i limiti alla mobilità extra comunale dell'utenza⁴. Ciò nonostante, tali vincoli non appaiono sufficienti a qualificare l'impianto di cremazione di So.Crem. come *essential facility*⁵ con il conseguente obbligo del proprietario medesimo di garantirne l'accesso a chiunque ne faccia richiesta⁶.

In definitiva, il Comune dovrebbe preliminarmente valutare, in concreto, la possibilità che la domanda di servizio pubblico possa essere soddisfatta dal libero dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali, verificando se il servizio offerto da So.Crem. è in concorrenza con i servizi offerti dagli altri operatori attivi in ambito regionale. In tale ipotesi, graverebbe sul Comune l'onere di informare l'utenza sulla possibilità di rivolgersi ad operatori alternativi alla So.Crem., eventualmente attivi in altri Comuni della Regione o, se del caso, anche in Regioni limitrofe.

Laddove, diversamente, il Comune ritenesse di dover bandire una procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del gestore in esclusiva dell'impianto di cremazione di Torino, potrebbe valutare, in alternativa, l'ipotesi del riscatto dell'impianto di cremazione e la conseguente gara per il servizio o bandire una gara che contempli un meccanismo di subentro dell'aggiudicatario nella gestione dell'impianto, sulla falsariga di quanto previsto dall'abrogato art. 23-*bis* del D.L. n. 112/08. In relazione alla prima ipotesi, basti ricordare che nel settore dell'illuminazione pubblica, che presenta evidenti profili di analogia con il caso di specie, il riscatto degli impianti (cfr. R.D. 15 ottobre 1925, n. 1568 e D.L. n. 902/86) è stato ammesso dalla giurisprudenza⁷.

Quanto poi all'eventualità che l'ente locale non intenda o non abbia la possibilità di sostenere economicamente il riscatto, tale circostanza non osta al fatto che possa essere indetta la gara per il riaffidamento del servizio pubblico nell'ipotesi in cui gli impianti siano in parte o integralmente di proprietà di soggetti terzi. Come si ricorderà, l'articolo 10 del D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 disciplinava la cessione dei beni in caso di subentro nella gestione dei servizi pubblici locali prevedendo che, nei casi in cui i beni essenziali/strumentali alla gestione del servizio non fossero stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante avrebbe corrisposto al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili agli stessi. Tale importo dovrebbe essere indicato nel

³ Nonostante, infatti, gli oneri connessi alla realizzazione degli impianti di cremazione non appaiano costituire un investimento irrecuperabile, l'articolo 78 del D.P.R. n. 285/90 prevede che i crematori debbano essere costruiti entro i recinti dei cimiteri e siano soggetti alla vigilanza del sindaco. Le aree entro le quali è possibile realizzare impianti rappresentano, pertanto, una risorsa inevitabilmente scarsa, la cui individuazione e relativa valutazione di idoneità è rimessa, peraltro, alla disponibilità di aree demaniali e a valutazioni di impatto ambientale.

⁴ Dal punto di vista della domanda, si registra la presenza di previsioni normative che pur non vietando la possibilità degli utenti di avvalersi di impianti di cremazione situati al di fuori del Comune di residenza (coerentemente con la ratio ispiratrice della legge n. 130/01 che delinea un mercato quantomeno regionale) ostacolano di fatto la mobilità extra comunale dell'utenza. Il trasporto di un cadavere ai fini della cremazione in un Comune diverso da quello di decesso è infatti soggetto ad un regime autorizzatorio da parte del sindaco del Comune di decesso e il soggetto incaricato del trasporto deve essere munito di apposita autorizzazione rilasciata dal sindaco. Inoltre in caso di trasporto di cadaveri da un Comune all'altro entrambi i Comuni possono imporre il pagamento di un diritto fisso.

⁵ così come delineata negli orientamenti della giurisprudenza nazionale e comunitaria (Cfr. Tribunale di primo grado delle Comunità Europee, sentenza del 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94. European Night Services Ltd ed altri/Commissione delle Comunità Europee).

⁶ A tal fine, è infatti necessario verificare la sussistenza dell'ulteriore presupposto della non convenienza della duplicazione della risorsa a costi socialmente sostenibili che, nel caso di specie, appare insussistente, considerata la possibilità economica e - seppur con tutti i limiti evidenziati - regolamentare di realizzarne di nuovi in ambito regionale.

⁷ Si è espressa nel senso di ritenere tuttora sussistente in capo agli enti locali l'astratta possibilità di riscattare la proprietà degli impianti di illuminazione pubblica. Cfr. Sentenza TAR Brescia 2 agosto 2010 n. 2612, ma anche ordinanza del Consiglio di Stato n. 6639/08 del 12 dicembre 2009.

bando o nella lettera di invito relativi alla gara per l'affidamento del servizio. Pertanto, gli enti locali non sono costretti a sostenere l'eventuale indennizzo da pagare al gestore uscente, potendolo indicare nel bando di gara come importo di cui si debba far carico il vincitore della gara.

L'Autorità auspica che le suesposte considerazioni possano essere utili in sede di applicazione, da parte di codesto Comune, delle disposizioni di cui all'art. 34, comma 20, del D.L. n. 179/12.

Il presente parere verrà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità ai sensi dell'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella
