

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS858 - PROVINCIA DI ENNA - SERVIZIO DI SUPPORTO ALL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA PER LA REALIZZAZIONE DI IMPIANTI FOTOVOLTAICI

Roma, 16 giugno 2011

Provincia Regionale di Enna

Oggetto: richiesta di parere in relazione alla qualifica da attribuire al servizio di supporto all'attività amministrativa per la realizzazione di impianti fotovoltaici nell'ambito del progetto "Enna Provincia Solare - 3000 tetti verdi".

In relazione alla richiesta di parere pervenuta in data 20 aprile 2011 e successivamente integrata in data 19 maggio 2011, in merito alla qualifica da attribuire al servizio di supporto all'attività amministrativa per la realizzazione di impianti fotovoltaici, nonché al servizio di verifica della funzionalità degli impianti termici, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/1990, così come deliberato nell'adunanza dell'8 giugno 2011, esprime le seguenti considerazioni.

Considerate le caratteristiche dei due servizi in questione e, con specifico riferimento al servizio di ispezione degli impianti termici, anche le disposizioni di legge che impongono alla Provincia di procedere alla verifica della funzionalità degli stessi, l'Autorità ritiene che si tratti, in entrambi i casi, di attività strumentali di supporto allo svolgimento di funzioni amministrative di natura pubblicistica, di cui resta titolare l'ente di riferimento. In altri termini, come già affermato dall'Autorità in casi analoghi¹, la natura dei servizi in questione è caratterizzata dalla mera strumentalità rispetto ai bisogni dell'amministrazione provinciale. Si tratta, infatti, di attività

¹ Con specifico riferimento al servizio di verifica e controllo della funzionalità degli impianti termici, cfr., tra gli altri, i seguenti pareri resi dall'Autorità: AS692 *Provincia di Milano - Servizi di supporto alla manutenzione degli impianti termici*, decisione del 24 marzo 2010, in Bollettino n. 20/2010; AS738 *Provincia di Potenza - Servizio di ispezione degli impianti termici*, in Bollettino n. 30/2010; AS782 *Provincia di Firenze - Servizio di verifica impianti termici*, decisione del 3 novembre 2010, in Bollettino n. 47/2010. L'orientamento assunto dall'Autorità è stato peraltro recentemente confermato dal giudice amministrativo secondo il quale, "la natura del servizio in questione... (e cioè il servizio di verifica, così dette "ispezioni", sugli impianti termici siti negli stabili esistenti nei territori dei Comuni e della Provincia)... non sia quella di servizio pubblico locale", infatti "l'attività oggetto dell'affidamento... non consiste in una prestazione resa a favore delle collettività locale o di singoli utenti di interessi sociali che l'ente locale s'è assunto per realizzare fini di promozione dello sviluppo e economico e civile (cd. funzione di promozione), ma consiste piuttosto in una tipica funzione pubblica (cd. funzione di ordine) – esercitabile dagli enti locali direttamente o mediante organismi esterni dotati di specifiche competenze tecniche, ma mantenendone comunque la titolarità", Tar Lazio, sentenza del 27 ottobre 2010, n. 33046.

finalizzate alla produzione di servizi da erogare per lo svolgimento di funzioni amministrative di natura pubblicistica, oppure per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative, di cui resta titolare l'ente provinciale e con cui lo stesso ente provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali.

Tali attività sono distinte dalla gestione dei servizi pubblici locali, disciplinati dall'art. 23-*bis* del decreto legge n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, che mirano invece a soddisfare direttamente ed in via immediata bisogni essenziali di una platea indifferenziata di utenti e le cui prestazioni possono essere da chiunque richieste².

Com'è noto, l'art. 13, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, detta una disciplina speciale per le cosiddette "*società strumentali*", alle quali le amministrazioni regionali e locali possono affidare direttamente servizi strumentali alla loro attività o al loro funzionamento, prevedendo una serie di limitazioni della loro autonomia negoziale. In particolare, tali società devono essere ad oggetto sociale esclusivo, ovvero circoscritto alla sola operatività con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non potendo svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara. Conformemente a tale disposizione, il nuovo statuto di APEA contiene previsioni che appaiono in sostanza atte a garantire l'esclusività dell'oggetto sociale, in quanto espressamente escludono che tale società possa fornire servizi a favore di altri enti pubblici e/o di soggetti privati, nonché la cedibilità di quote del capitale sociale a soggetti privati.

Con specifico riferimento all'ulteriore quesito posto dalla Provincia di Enna circa la possibilità di affidare direttamente ad APEA ulteriori servizi, non meglio specificati, da parte dei soggetti pubblici partecipanti, si osserva che, come peraltro riconosciuto dalla giurisprudenza, l'imposizione di un oggetto sociale esclusivo non può comunque tradursi in "*un obbligo di monoattività*" delle società strumentali³. Sembra pertanto possibile che le società strumentali possano svolgere più attività, purché si tratti di attività tutte funzionali all'apparato amministrativo originatore e le società non si comportino come attori del mercato nello svolgimento di una di queste attività. In tale prospettiva, non sarebbero ammesse "*società a oggetto misto*", cioè società che prestino allo stesso tempo servizi strumentali e servizi pubblici locali⁴. Pertanto, stante l'obbligo di esclusività dell'oggetto sociale, APEA potrebbe risultare affidataria diretta di ulteriori attività solo qualora esse fossero riconducibili, come quelle in questione, alla categoria dei servizi strumentali, laddove ovviamente APEA mantenga le caratteristiche di società strumentale previste dalla vigente normativa⁵.

² 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*".

³ Consiglio di Stato, Sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 3 marzo 2008, n. 1; Consiglio di Stato, Sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322; Consiglio di Stato, Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456.

⁴ TAR Sardegna, Sez. I, 11 luglio 2008, n. 1371.

⁵ Per profili simili, cfr. segnalazione AS548 *Comune di Luzzi (CS) - Gestione del servizio di raccolta differenziata*, decisione del 28 maggio 2009, in Bollettino n. 25/2009, ove l'Autorità ha affermato che l'affidamento *in house* del servizio di raccolta differenziata e trasporto dei rifiuti solidi urbani, "... *non dovrebbe essere svolto, in conformità a quanto disposto dall'articolo 13 D.L. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in L. 4 agosto 2006, n. 248, attraverso una società avente quale oggetto sociale anche la produzione di beni e servizi strumentali all'attività dell'ente locale, posto che le società adibite a tali fini devono essere ad oggetto sociale esclusivo*".

Infine, l'Autorità manifesta serie perplessità in ordine alla prevista sottoscrizione di un protocollo d'intesa che, nel contesto del progetto "Enna Provincia Solare - 3000 tetti verdi", individuerrebbe esclusivamente Enel Green Power S.p.A quale partner industriale per la concreta installazione dei 3000 impianti fotovoltaici nel territorio della Provincia. A questo operatore infatti verrebbe concessa, in assenza di un confronto concorrenziale, una rilevante parte del mercato sotto il patrocinio della Provincia. E' piuttosto da preferirsi un'adeguata pubblicizzazione dell'iniziativa in questione al fine di qualificare più operatori eventualmente interessati a partecipare alla stessa come partner industriali, in concorrenza tra loro.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino di cui all'art. 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento del presente parere, precisandone i motivi.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino
