

N. 01573/2011REG.PROV.COLL.

N. 05544/2010 REG.RIC.

N. 06548/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 5544/2010, proposto da

Sanitaservice Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Di Modugno, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Maria Cento Angioletto Calandrini in Roma, via Pompei, n.13;

contro

La Lucente S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Giacomo Valla, con domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma, via L. Mantegazza, n. 24;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia, rappresentato e difeso dall'avv. Nino Matassa, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

sul ricorso n. 6548/2010, proposto da:

Asl Fg - Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia, rappresentato e difeso dall'avv. Nino Matassa, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

La Lucente Spa;

nei confronti di

Sanitaservice Srl, Michelangelo Fulvio De Cesare Q.Coord.Prov.Sindacato Rdb Cub Feder.Foggia, Vincenzo La Tosa Q.Segretario Prov.Sindacato Consil Sanita' Privata Feder.Foggia, Antonio Bonanese Q.Segretario Gen.Fp-Cgil Federazione Foggia, Massimiliano di Fonso Q.Segretario Confederale Sindacato Usppi, Regione Puglia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione I, n. 1898/2010

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Lucente S.p.A. e di Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2011 il Cons. Marco Lipari e uditi per le parti gli Avvocati Di Modugno, Valla e Matassa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. I due appelli, proposti contro la stessa decisione, devono essere riuniti.
2. La sentenza appellata, in accoglimento del ricorso proposto dalla Società La Lucente S.p.A., ha annullato gli atti con cui l'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia aveva istituito la società SANITASERVICE s.r.l. e le aveva affidato direttamente i servizi di pulizia, portierato e ausiliario.
3. L'Azienda Sanitaria e Sanitaservice contestano la decisione di accoglimento, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'originario ricorso, mentre La Lucente resiste al gravame.
4. Gli appelli sono fondati, con riguardo ai motivi relativi alla legittimità sostanziale dei provvedimenti impugnati dinanzi al TAR.
5. La società ricorrente in primo grado ha lamentato, essenzialmente, la violazione degli articoli 13 del decreto legge n. 223/2006, convertito in legge n. 4 agosto 2006 n. 248 e 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 n. 244.

Il citato articolo 13, rubricato "Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza", prevede la seguente disciplina.

*"1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che*

*svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.”*

*“2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.”*

6. Non vi è dubbio che la società Sanitaservice rispetti pienamente le prescrizioni dell'articolo 13, poiché:

- a) svolge attività esclusivamente per l'Azienda Sanitaria che la ha costituita;
- b) non esercita alcuna altra prestazione a vantaggio di altri soggetti pubblici o privati;
- c) non partecipa ad altre società od enti;
- d) non concorre all'aggiudicazione di altri servizi.

7. L'articolo 3, comma 27, della legge n. 244/2007, poi, prevede che *“al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.”*

8. La norma sancisce, per tutte le amministrazioni pubbliche, come definite dal decreto legislativo n. 165/2001, un puntuale divieto, riferito alla costituzione di società preordinate alle attività di produzione di beni o servizi *“non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali”*.

La formulazione letterale della norma è incentrata sulla verifica della esistenza di un qualificato nesso tra l'attività economica esercitata dalla società e le finalità istituzionali del soggetto pubblico che le costituisce o partecipa.

Ora, nel caso di specie, risulta appurato che l'oggetto sociale di Sanitaservice è costituito, fra l'altro, dall'attività di pulizia, ausiliariato e portierato delle strutture utilizzate dall'Azienda Sanitaria per lo svolgimento delle proprie funzioni istituzionali.

Si tratta, all'evidenza, di compiti assolutamente necessari per il fisiologico svolgimento dei servizi di competenza dell'Azienda Sanitaria. Proprio la circostanza, sottolineata dal TAR, che la *“pulizia quotidiana dei locali è infatti strumentale al buon andamento di qualsivoglia ente o ufficio pubblico, nell'interesse di coloro che ivi lavorano e degli utenti che vi si recano, ai quali viene garantito il mantenimento di un ambiente salubre”*, dimostra che tale attività è assolutamente imprescindibile e deve reputarsi strettamente necessaria in relazione ai fini istituzionali dell'ente.

Va rimarcato, infatti, che la norma contenuta nell'articolo 3, comma 27, non indica affatto un principio di “esternalizzazione” generalizzata delle attività di competenza delle amministrazioni pubbliche, suscettibili di esercizio in forma imprenditoriale, ma vieta a tali soggetti di operare, tramite la costituzione o la partecipazione a società, in mercati privi di qualificato collegamento con le proprie finalità istituzionali.

9. La parte appellata ripropone anche le censure articolate in primo grado e respinte o dichiarate assorbite dal TAR.

In primo luogo, sostiene che la decisione di utilizzare il modulo dell'in house providing non sarebbe motivata in modo sufficiente, anche alla luce della previsione di cui all'articolo 23-bis del decreto legge n. 112/2008.

Anche tale censura è priva di pregio. In concreto, infatti, gli atti contestati esprimono un'ampia e approfondita motivazione della scelta compiuta, correlata ad una adeguata istruttoria di tutti gli aspetti rilevanti nella fattispecie, anche con riferimento ai vantaggi ottenuti, complessivamente, in termini di costi e di migliore efficienza della gestione.

La sufficienza e ragionevolezza di tale motivazione resiste alle critiche espresse dalla ricorrente di primo grado, la quale sostiene che il costo dei servizi resi da Sanitaservice

determinerebbe maggiori esborsi, per circa 500.000,00 euro, riducendo notevolmente il complessivo risparmio stimato dalla ASL.

L'articolo 23-bis, poi, si riferisce al diverso ambito dello svolgimento dei servizi pubblici locali e, pertanto, non trova applicazione nella presente vicenda, riguardanti l'attività di erogazione di servizi strumentali alle funzioni istituzionali dell'Azienda.

10. Infondate sono, poi, le ulteriori censure riguardanti l'asserita violazione della legge 25 gennaio 1994, n. 82 e del D.M. 7 luglio 1997, n. 724, nella parte in cui prescrivono l'iscrizione in apposito registro delle imprese che intendono partecipare alle gare per l'affidamento dei servizi di pulizia.

Infatti, la normativa richiamata è finalizzata a selezionare le imprese, operanti sul mercato, che aspirano all'affidamento, tramite gara, dei servizi di pulizia. La disciplina in esame, invece, non trova applicazione nel caso di affidamenti diretti in favore di società "in house", ferma restando la necessità di accertare la sussistenza di tutti i requisiti di ordine tecnico, professionale e morale.

11. Per le stesse ragioni, quindi, sono da respingere le censure con cui la ricorrente di primo grado deduce la mancata dimostrazione della sussistenza, in capo a Sanitaservice, delle prescritte condizioni tecniche per lo svolgimento delle prestazioni.

12. La appellata, poi, ripropone la censura riguardante l'asserita violazione dell'articolo 18, comma 2, del decreto legge n. 112/2008, secondo cui le società a partecipazione pubblica adottano criteri per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi "nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità"

Il motivo non ha pregio.

Infatti, la previsione dell'assunzione immediata del personale delle ditte esterne affidataria, in precedenza, di analoghi servizi, vale solo nella fase transitoria, e si connette ad una razionale esigenza di assicurare la continuità delle prestazioni dei lavoratori dipendenti, in coerenza con la disciplina prevista dalla contrattazione collettiva.

13. Il rigetto, nel merito, del ricorso di primo grado, rende superfluo l'approfondito esame dei motivi con cui gli appellanti deducono anche l'inammissibilità del ricorso di primo grado, sotto due distinti profili.

Al riguardo, è sufficiente osservare che, contrariamente a quanto sostenuto dagli appellanti:

a) l'impresa La Lucente, quale imprenditore operante nel settore economico interessato dalle attività svolte dalla società SANITASERVICE, è pienamente legittimata a contestare gli atti relativi alla organizzazione dei servizi adottati dall'Azienda Sanitaria di Foggia;

b) la lesione dell'interesse facente capo alla ricorrente di primo grado si è concretizzato solo nel momento in cui l'Azienda, dopo avere istituito la società SANITASERVICE, ha assunto le puntuali determinazioni concernenti la scelta di avvalersi di tale soggetto per lo svolgimento delle attività strumentali di portierato e pulizia dei locali.

14. In definitiva, quindi, gli appelli, riuniti, devono essere accolti e il ricorso di primo grado deve essere rigettato nel merito.

Le spese, poste a carico della parte appellata soccombente, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

Accoglie gli appelli e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna la parte appellata rimborsare agli appellanti le spese dei due gradi, liquidandole in euro tremila (3.000.00), in favore di ciascuna.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Marco Lipari, Consigliere, Estensore

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/03/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)