

## **Deliberazione n. 135 del 9.05.2007**

### **PREC110/07**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla AVEPA - servizio di manutenzione degli impianti tecnologici delle sedi AVEPA. Aff. 470

### **IL CONSIGLIO**

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

#### *Considerato in fatto*

In data 23 marzo 2007 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale l'Agenzia Veneta per i Pagamenti in Agricoltura (AVEPA) ha rappresentato la controversia insorta in sede di aggiudicazione del servizio indicato in oggetto, in relazione all'ammissibilità alla gara della società APS Sinergia s.p.a., società il cui capitale sociale è detenuto da ACEGAS-APS, società mista a capitale pubblico.

Viene chiesto all'Autorità se, ai sensi dell'articolo 13 della legge 248/2006, la medesima società può partecipare agli appalti banditi da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale.

In data 4 aprile 2007 si è tenuta una audizione nel corso della quale il rappresentante di APS Sinergia s.p.a. ha rappresentato che, a suo parere, la norma in esame non trova applicazione al caso di specie, difettando il presupposto soggettivo previsto dalla norma, non essendo detta Società costituita o partecipata direttamente da amministrazioni regionali o locali. Inoltre, prosegue APS Sinergia s.p.a., il caso in esame risulta carente anche sotto il profilo oggettivo della norma, relativo alla "produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli Enti partecipanti, in funzione della loro attività.": la società di che trattasi svolge le proprie attività nel libero mercato della conduzione e manutenzione degli impianti termici e connesse attività impiantistiche, partecipando alle gare ad evidenza pubblica del relativo settore.

Inoltre, il fatto che APS Sinergia s.p.a. è società partecipata da una società (ACEGAS APS s.p.a.) che è a sua volta indirettamente partecipata da Enti locali non può comportare l'automatica applicazione della norma in esame, in quanto la disposizione di cui all'articolo 13 della legge 248/2006 è di natura eccezionale, incide sulla libertà di iniziativa economica tutelata dall'articolo 41 della Costituzione e non può essere oggetto di interpretazione estensiva.

#### *Ritenuto in diritto*

1. Per la soluzione della questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità occorre preliminarmente analizzare la composizione societaria dei soggetti in essa coinvolti e i rispettivi ambiti di attività.

L'attività principale espletata da APS Sinergia s.p.a. consiste nella :realizzazione in ogni fase, installazione, manutenzione e gestione di impianti termici, elettrici, telefonici, radiotelevisivi, antincendio, di sicurezza, centrali termiche, pubblica illuminazione.

La proprietà di APS Sinergia s.p.a. è così ripartita:

- ACEGAS/APS s.p.a., (51%) a sua volta costituita da:

Comune di Trieste, Comune di Muggia, AMGA/Azienda Multiservizi s.p.a., Azienda Multiservizi Goriziana/AMG s.p.a., Comune di San Dorligo della Valle, Comune di Duino Aurisina, Comune di Sgonico, Ente per la Zona Industriale di Trieste, Comune di Monrupino.

L'articolo 6 dello Statuto prevede inoltre che il capitale sociale di Acegas/Aps s.p.a. deve essere posseduto in misura non inferiore al 50% più un'azione da enti pubblici locali e/o da Società da questi controllate.

- COFATHEC SERVIZI s.p.a. (49%), la cui proprietà è interamente detenuta da:

COFATHEC s.a.s (Francia)

ACEGAS/APS s.p.a. è, a sua volta, società soggetta a direzione e coordinamento di Acegas/Aps Holding s.r.l., ed il capitale è detenuto per il 63% dalla Holding medesima e per la parte rimanente dal mercato.

L'attività principale espletata da Acegas/Aps s.p.a. si rivolge al settore dei servizi pubblici locali, della gestione integrata risorse idriche, della distribuzione e produzione energia elettrica, della distribuzione gas e della raccolta e smaltimento RSU.

2. Occorre ora procedere all'esame del quadro normativo vigente in materia di società pubbliche e miste. Al riguardo, occorre evidenziare che l'articolo 13, comma 1 della legge 4 agosto 2006, n. 248 e s.m. prevede che 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, devono operare esclusivamente 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.

Il comma 3, inoltre, disciplina le modalità con le quali le società, che attualmente svolgono le attività non più consentite ai sensi del precedente comma 1, assicurano l'effettività delle disposizioni di cui al medesimo articolo 13.

Entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore della legge, dette società devono:

- a) cessare le attività svolte a favore di soggetti diversi dall'ente o dagli enti pubblici loro soci ovvero
- b) cedere eventuali partecipazioni detenute in altre società o enti.

La cessazione delle attività può avvenire con le seguenti modalità alternative:

- cessione delle attività individuando il soggetto cessionario con le procedure dell'evidenza pubblica;
- operazione di scorporo delle attività non più consentite.

La previsione di cui al citato articolo 13, comma 1, pone dunque il tassativo divieto per 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, di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara.

Poiché l'articolo 13 espressamente esclude dalla propria disciplina i servizi pubblici locali, la materia dallo stesso disciplinata attiene a quella attività espletata delle società miste/pubbliche che svolgono in *outsourcing* attività di pertinenza delle amministrazioni locali.

La norma in esame pertanto vieta l'attività *extra moenia* di dette società, al fine di porre un freno all'incidenza che la loro composizione può comportare sull'assetto del mercato, in difesa del principio

della libera concorrenzialità. Infatti detti soggetti godono di asimmetrie informative di notevoli dimensioni, in grado di alterare la *par condicio* con gli altri operatori agenti nello stesso mercato e di eludere sostanzialmente il rischio d'impresa.

Né può considerarsi rilevante la circostanza che la partecipazione dell'ente locale alla società sia meramente indiretta, come nel caso di specie. Infatti, ammettere che i vincoli posti dalla norma speciale riguardino esclusivamente le partecipazioni dirette degli enti pubblici alle società di cui trattasi varrebbe a sostenere che i vincoli stessi possano agevolmente essere aggirati mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate. Al contrario, anche nelle società c.d. di terzo grado, come nel caso in esame, individuandosi con detta definizione quelle società che non sono state costituite da amministrazioni pubbliche e non sono state costituite per soddisfare esigenze strumentali alle amministrazioni pubbliche medesime, rimane pur sempre il rilievo che l'assunzione del rischio avviene con una quota di capitale pubblico, con ciò ponendo in essere meccanismi potenzialmente in contrasto con il principio della *par condicio* dei concorrenti.

L'interpretazione anzidetta trova ulteriore e indiretta conferma nel comma 3 del medesimo art. 13 suindicato, laddove il legislatore ha previsto un regime transitorio durante il quale le società pubbliche o miste dovranno dimettere in particolare le loro partecipazioni in altre società.

In base a quanto sopra considerato

## **IL CONSIGLIO**

ritiene che la società APS Sinergia s.p.a., società partecipata da una società (ACEGAS APS s.p.a.) che è a sua volta indirettamente partecipata da Enti locali non può concorrere, ai sensi dell'articolo 13, comma 1 della legge n. 248/2006, agli appalti banditi da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale.

## **IL CONSIGLIERE RELATORE**

Alessandro Bottor

## **IL PRESIDENTE**

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 Maggio 2007