

## **Parere n. 201 del 17/07/2008**

### **PREC 123/08/S**

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'Impresa Energy Service S.r.l. (in qualità di mandataria dell'ATI con Ierclimes S.r.l.) - Gara d'appalto per "Servizio di gestione calore e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti comunali di riscaldamento, raffrescamento ed idrico-sanitari per la durata di anni nove dal verbale di consegna degli impianti". Importo contrattuale previsto per la durata di 9 anni € 3.357.000,00. S.A.: Comune di Castiglione delle Stiviere.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 5 febbraio 2008 è pervenuta a questa Autorità l'istanza di parere in oggetto, con la quale l'Impresa Energy Service S.r.l. ha sottoposto all'attenzione due censure sollevate nell'ambito della procedura per l'affidamento della gestione del "servizio calore" indetta dal Comune di Castiglione delle Stiviere, con bando pubblicato in data 3 maggio 2007.

La prima censura attiene alla partecipazione alla gara di due imprese che risultavano essere, secondo l'istante, una in rapporto di controllo con l'altra. Nello specifico, secondo quanto rappresentato, l'Impresa Manutencoop Facility Management S.p.A. si era resa acquirente, nel corso della procedura (ottobre 2007), della Teckal S.p.A. circostanza che, in data 11 gennaio 2008, l'istante aveva segnalato all'amministrazione comunale. Nonostante detta segnalazione, la stazione appaltante in data 1 febbraio 2008 addiveniva all'apertura delle buste economiche anche delle Imprese oggetto di contestazione, le quali risultavano essere rispettivamente prima e seconda aggiudicataria davanti all'ATI di cui Energy Service S.r.l. è mandataria. Secondo quest'ultima, il fatto che la Manutencoop Facility Management S.p.A. e la Teckal S.p.A. abbiano concluso la loro fusione successivamente alla scadenza del termine ultimo di presentazione delle offerte ma, comunque, precedentemente alla aggiudicazione della gara stessa, si pone in violazione del divieto posto dall'art. 34 co. 2 del D. Lgs 163/2006, laddove dispone che "Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del c.c.(...)".

E' fondamentale, infatti, secondo Energy Service S.r.l., la circostanza, che al momento dell'aggiudicazione, un'impresa abbia aumentato la possibilità di vittoria e che possa decidere se restare in gara con entrambe le offerte ovvero se ritirarne una.

La seconda censura sollevata dalla Energy Service S.r.l. riguarda la partecipazione della Società TEA SEI S.r.l., in ATI con Teckal S.r.l., che si porrebbe in violazione dell'art. 13 del D.L. 223/2006. Infatti la TEA SEI S.r.l. essendo società di scopo con capitale interamente detenuto dalla Società Territorio Ambiente S.p.a. Mantova. (società partecipata dal Comune di Mantova, ed a questo territorialmente legata nella produzione e gestione, per affidamento diretto, di beni o servizi strumentali all'attività dell'Ente) non potrebbe partecipare ad una gara bandita da un Ente diverso da quello costituente ed affidante.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, il Comune ha rappresentato che la Commissione di gara, all'esito dell'apertura delle offerte tecniche, ha ammesso i seguenti partecipanti:

NATURA S.r.l.

ATI tra la ditta SIRAM S.p.a.e la ditta CARBOTERMO S.p.a.

ATI tra la ditta TEA SEI S.r.l. di Mantova e la ditta TECKAL S.p.a. di Reggio Emilia

ATI tra la ditta ENERGY SERVICE S.r.l., la ditta IERCLIMES S.r.l. e la Soc. INDECAST S.r.l.

MANUTENCOOP FACILITY MANAGEMENT S.p.a.

CPL CONCORDIA Soc. Coop.

A seguito alla segnalazione ricevuta in data 14 gennaio 2008 da Energy Service S.r.l. circa la sussistenza di un controllo da parte della Manutencoop Facility Management S.p.A. sulla Teckal S.p.A., la stazione appaltante, con nota del 17 gennaio 2008, ha richiesto chiarimenti alle predette

società le quali in data 28 gennaio 2008 hanno fornito risposte puntuali e circostanziate dalle quali si evince che alla data della presentazione delle offerte non era in atto alcuna trattativa tra le due società e che il contratto per l'acquisto della partecipazione societaria era stato sottoscritto il 12 settembre 2007, cioè ad oltre due mesi di distanza della predetta scadenza. A fronte di ciò, la stazione appaltante ha ritenuto che le due Società di cui trattasi non si trovassero in alcuna delle situazioni di cui all'art. 34, comma 2 del D. Lgs n. 163/2006, non essendo le offerte imputabili ad un unico centro decisionale.

In merito alla partecipazione della Società TEA Sei S.r.l., il Comune di Castiglione delle Stiviere, ha affermato che il divieto previsto dalla norma all'art. 13 del DL 223/2006 convertito in L. 248/2006, non è generalizzato, ossia non opera nei confronti di qualsiasi società a capitale pubblico o misto, ma è circoscritto, alla stregua del dettato normativo, alle sole società volte alla produzione di beni e servizi "strumentali all'attività di tali enti in funzione alla loro stessa attività", con espressa esclusione dei "servizi pubblici locali". Nel caso di specie, secondo l'amministrazione comunale l'attività esercitata dalla TEA Sei s.r.l. non può considerarsi strumentale a quelle dei propri enti, essendo, piuttosto, riconducibile nell'ambito dei servizi pubblici locali.

In sede di istruttoria documentale, la Manutencoop Facility Management S.p.A. rappresenta che la situazione di controllo, prevista dall'art. 2359 del c.c., per rientrare nella fattispecie suddetta, deve sussistere al momento della presentazione delle offerte affinché venga meno l'interesse della pubblica amministrazione di contrarre nel rispetto dei principi della libera concorrenza e del libero confronto attraverso cui giungere, poi, all'individuazione del miglior contraente possibile (C.d.S. IV Sez. n. 6212/2006). Nel caso di specie, secondo la società, al momento della presentazione dell'offerta (termine ultimo 27 giugno 2007) le concorrenti Manutencoop Facility Management S.p.a. e Teckal S.p.a. non si trovavano in alcuna situazione di controllo, così come previsto dall'art. 34, co. 2 del D. Lgs. n. 163/2006, essendo il contratto di compravendita stato sottoscritto in data 12 settembre 2007. Inoltre la società sostiene che non vi siano elementi univoci che conducano a ritenere le offerte provenienti da un unico centro decisionale come a titolo esemplificativo elementi indiziari quali la somiglianza dei plichi, la medesima compilazione delle offerte, la produzione di stessi documenti

In sede di istruttoria documentale la Società TEA SEI S.r.l. ha rilevato come il D.L. 223/2006 nella sua formulazione originaria, avesse una dizione tanto ampia da essere omnicomprensiva (si riferiva, cioè, a tutte le società pubbliche, a prescindere dalla loro attività). In sede di conversione, però, è stato introdotto il distinguo riguardante "l'esclusione dei servizi pubblici locali"; materia questa che è stata affidata ad un apposito progetto di legge (noto come disegno di legge Lanzillotta, dal nome del Ministro proponente).

Il campo di applicazione dell'art. 13, pertanto, continua la Società TEA SEI, è stato espressamente limitato alle Società investite di attività strumentali, rinviando ad altra sede la riforma dei modi di gestione dei servizi pubblici locali. Se dunque, conclude la Società TEA SEI, si è in presenza di una società pubblica investita statutariamente di una molteplicità di servizi pubblici locali, si fuoriesce, inevitabilmente, dallo schema delineato dalla norma di che trattasi. Questa, infatti, limita la sua attenzione alle società ad oggetto esclusivo, mostrando, con tutta evidenza, di non volersi riferire alle società pluriservizi. A definitiva conclusione, richiama la Sentenza del C.d.S. Sez. V, n. 2024 del 2003 dove si precisa: "per servizio pubblico locale si intende qualsiasi attività che si concretizza nella produzione di beni e servizi in funzione di una utilità per la comunità locale non solo in termini economici, ma anche ai fini di formazione sociale".

In data 1 luglio 2008 ha avuto luogo l'audizione presso l'ufficio del precontenzioso al quale hanno partecipato i rappresentanti legali dell'istante, della società Manutencoop Facility Management S.p.A., della società TEA SEI S.r.l., nonché della stazione appaltante che hanno ribadito quanto già affermato in sede documentale.

### **Ritenuto in diritto**

Secondo quanto descritto in narrativa il Comune di Castiglione delle Stiviere in data 3 maggio 2007 ha pubblicato un bando di gara per l'affidamento del servizio di gestione calore e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti comunali, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In data 27 giugno 2007, termine massimo fissato per la presentazione delle offerte, sono pervenute 6 offerte. All'esito della procedura di gara sono risultate aggiudicatarie provvisorie le offerte presentate dalla Manutencoop Facility Management S.p.A. partecipante da sola e dall'ATI costituito dalla TEA SEI S.r.l. con la Teckal S.p.A. La terza classificata Energy Service S.r.l. contesta che Manutencoop Facility Management S.p.A. e Teckal S.p.A. sono in rapporto di controllo l'una con l'altra e pertanto abbiano partecipato alla gara illegittimamente.

Ai fini della disamina della censura presentata da Energy Service S.r.l. deve anzitutto precisare come la situazione di collegamento sostanziale, per essere rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, deve sussistere alla data di presentazione delle offerte, posto che è in quel momento che si cristallizza la situazione dichiarata dall'azienda, compresa la dichiarazione

della stessa in merito ad eventuali rapporti di collegamento ad altre imprese partecipanti alla stessa gara. Pertanto l'eventuale falsità della dichiarazione fornita in quel momento, rileva ai fini dell'ammissibilità dell'offerta stessa, il che vuol dire che non rilevano circostanze antecedenti (e che siano venute definitivamente meno prima della data dianzi indicata) o sopravvenute. A quest'ultimo riguardo si può pure ritenere che in alcuni casi una circostanza sopravvenuta possa costituire un serio indizio circa la preesistente situazione di collegamento, ma ciò deve costituire oggetto di prova rigorosa, pena un'indebita restrizione dell'autonomia imprenditoriale degli operatori economici; in effetti, soprattutto nei casi in cui le operazioni di gara si protraggano per un periodo lungo, le vicende sopravvenute che coinvolgono in ipotesi due o più delle imprese partecipanti potrebbero danneggiare le imprese medesime, le quali, al momento della presentazione delle offerte, non avevano in ipotesi alcuna intenzione di violare il divieto di cui all'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 ed hanno invece dato vita a fusioni, incorporazioni e quant'altro solo in base a strategie aziendali o per altre ragioni comunque riconducibili alla ordinaria dinamica imprenditoriale. Occorre, pertanto, verificare se si sia concretamente integrata un'alterazione del gioco della concorrenza, la quale si ha quando due o più offerte provengono dallo stesso centro decisionale.

In applicazione del criterio metodologico sopra citato, a seguito di riscontro cronologico, è emerso che l'offerta vincolante di Manutencoop Facility Management S.p.a. è stata presentata in data 13 agosto 2007, l'attività di *due diligence* presso la Teckal S.p.A. è stata compiuta nel periodo della seconda metà di agosto, e il contratto di compravendita è stato stipulato in data 12 settembre 2007 e divenuto efficace in data 4 ottobre 2007 con l'ottenimento dell'autorizzazione Antitrust. Le descritte operazioni sono, pertanto, tutte avvenute successivamente al termine ultimo di presentazione dell'offerta del 27 giugno 2007. Non sussistono, dunque, elementi idonei a dimostrare che le offerte presentate dalla Manutencoop Facility Management S.p.A. e dalla Teckal S.p.A. siano imputabili ad un unico centro decisionale, in quanto il fatto che il socio di maggioranza avesse intrapreso una trattativa volta alla cessione del 100% del capitale sociale di quest'ultima, in un periodo successivo al termine per la presentazione delle offerte, non costituisce elemento sufficiente ed idoneo a far presupporre la sussistenza di un unico centro decisionale per tale intendendosi quello che si realizza concretamente nelle ipotesi di controllo o collegamento societario ex art. 2359 c.c.

Altra censura presentata dall'istante attiene alla partecipazione della TEA SE S.r.l. ritenuta non conforme in quanto si pone in violazione dell'art. 13 del D.L. 223/2006.

La questione deve essere vagliata alla luce delle limitazioni alla partecipazione imposte dall'art. 13 comma 1, del D.L. 4 luglio 2006 n. 223, convertito in L. 4 agosto 2006 n. 248 il quale dispone che: "Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate da enti locali per la produzione di beni e servizi strumentali alla attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, (...) non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati nè in affidamento diretto né in gara".

L'affidamento, da parte della Città di Castiglione delle Stiviere, di un servizio di gestione calore e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti comunali di riscaldamento, denominato "servizio energia (e più comunemente "gestione calore") non sembra possa qualificarsi come "servizio pubblico", e quindi essere ricompreso nella esclusione espressamente prevista dall'art. 13 al comma 1, in quanto le prestazioni della erogazione del calore, previste dalla gara d'appalto, sono dirette unicamente al Comune, che ne usufruisce alla stregua di qualsiasi altro soggetto, e non alla collettività.

La natura stessa del "servizio calore", infatti, non costituisce una produzione di beni o attività rivolti a fini sociali e di promozione economica, non potendo rinvenirsi, nella pura e semplice gestione del calore per gli edifici comunali, alcuna finalità sociale e promozionale.

Inoltre desta notevole perplessità il fatto che l'erogazione verrebbe erogata non dal Comune a favore della collettività, ma dalla Società aggiudicataria a favore del Comune. Pertanto la qualificazione "pubblica" risulterebbe svuotata, lasciando spazio alla classificazione di "semplice prestazione economica", sia pure rivolta nei confronti di un soggetto pubblico (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 10 marzo 2003, n. 1289). I servizi di gestione del calore, erogati dalla Società aggiudicataria, verrebbero considerati a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare il Comune che provvederebbe poi al perseguimento dei suoi fini istituzionali.

L'attività della Società aggiudicataria sarebbe pertanto rivolta alla pubblica amministrazione e non al pubblico, e pertanto non mirerebbe certo a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

Ritiene che:

- la partecipazione delle Società Manutencoop Facility Management S.p.A. e la Teckal S.p.A. è conforme alla normativa vigente in quanto, al momento di presentazione delle offerte, non era integrata una delle fattispecie di cui all'art. 34, comma 2 del D.Lgs 163/2006;
- che la Società TEA SEI S.r.l. non può concorrere, ai sensi dell'art. 13, comma 1 della L. 248/2006, agli appalti banditi da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale non essendo il servizio in oggetto un servizio pubblico locale.

Il Consigliere Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente Relatore: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 24/07/2008