

AG16-09

11 giugno 2009

Oggetto : Verifica amministrativo - contabile al Comune di Riccione

In esito a quanto richiesto con nota n. 38080 del 15 aprile 2009, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 9-11 giugno 2009 ha approvato le seguenti considerazioni.

Come si evince dai fatti esposti, la fattispecie attiene al servizio di distribuzione e vendita del gas, il quale trova la propria specifica disciplina di settore nel D.Lgs. n. 164/2000 di attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della L. 17 maggio 1999, n. 144.

Considerato che all'epoca dei fatti era ancora vigente in materia di affidamento dei servizi pubblici locali l'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000 che - a differenza dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, attualmente vigente - prevede esplicitamente che le disposizioni in esso contenute non si applicano al settore del gas naturale disciplinato dal D.Lgs. n. 164/2000 (oltre che ai settori dell'energia elettrica e del trasporto pubblico locale), non v'è dubbio che la disciplina di riferimento rispetto alla quale valutare la conformità del procedimento svolto dal Comune di Riccione sia il citato D.Lgs. n. 164/2000.

Ciò posto, occorre evidenziare che tale decreto rappresenta l'avvio, da parte dello Stato Italiano, del processo di liberalizzazione del mercato interno del gas e l'apertura del mercato concorrenziale che, alla stregua della disciplina comunitaria, deve essere instaurato gradualmente in modo da permettere all'industria di adeguarsi in modo flessibile e ordinato al suo nuovo ambiente.

L'art. 14 stabilisce che l'attività di distribuzione di gas naturale, definita come attività di servizio pubblico, "è affidata esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni". La norma "non si pone come disciplina di un assetto stabile del settore ma come norma transitoria, che, nella prospettiva di una futura piena realizzazione del mercato interno europeo, persegue l'obiettivo di superare il vecchio sistema, che includeva il servizio di distribuzione del gas per gli utenti finali tra i servizi pubblici locali riservati dalla legge ai comuni e lasciava a questi il potere di scelta sui modelli di gestione. I quali, secondo l'articolo 22 della L. 8-6-1990 n. 142 (poi confluito nell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267), andavano dal servizio in economia, per attività di modeste dimensioni, alla concessione a terzi, all'azienda speciale, alla costituzione di un'apposita istituzione, oppure alle società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio" (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2832).

Dunque, l'impostazione data al settore del gas è quella del superamento del modello che riconosce all'ente locale la facoltà di scegliere lo strumento di gestione ritenuto più idoneo per approdare ad un assetto che impone l'affidamento tramite procedura ad evidenza pubblica.

Lo stesso decreto prevede un articolato regime transitorio (art. 15), distinguendo l'ipotesi in cui il previo affidamento del servizio è avvenuto senza alcuna procedura ad evidenza pubblica (come nel caso che ci occupa) dall'ipotesi in cui l'affidamento è stato preceduto da una selezione concorsuale. Nel primo caso, il regime transitorio prevede che le concessioni in essere proseguano per la durata fissata dai commi 5 e 7 dell'art. 15, che stabiliscono:

comma 5 "Per l'attività di distribuzione del gas, gli affidamenti e le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché quelli alle società derivate dalla trasformazione delle attuali gestioni, proseguono fino alla scadenza stabilita, se compresa entro i termini previsti dal comma 7 per il periodo transitorio. Gli affidamenti e le concessioni in essere per i quali non è previsto un termine di scadenza o è previsto un termine che supera il periodo transitorio, proseguono fino al completamento del periodo transitorio stesso";

comma 7 "Il periodo transitorio di cui al comma 5 è fissato in cinque anni a decorrere dal 31 dicembre 2000. Tale periodo può essere incrementato, alle condizioni sotto indicate, in misura non superiore a:

- a) un anno nel caso in cui, almeno un anno prima dello scadere dei cinque anni, si realizzi una fusione societaria che consenta di servire un'utenza complessivamente non inferiore a due volte quella originariamente servita dalla maggiore delle società oggetto di fusione;
- b) due anni nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), l'utenza servita risulti superiore a centomila clienti finali, o il gas naturale distribuito superi i cento milioni di metri cubi all'anno, ovvero l'impresa operi in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale;
- c) due anni nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), il capitale privato costituisca almeno il 40% del capitale sociale".

Con l'abrogazione da parte dell'art.1, comma 69, della L. n. 239/2004, del comma 8 dell'art. 15, che prevedeva la possibilità di cumulare gli incrementi di cui al comma 7 nel caso ricorressero più di una delle condizioni in esso indicate, il termine massimo del periodo transitorio è fissato nel 31 dicembre 2007, nel caso in cui ricorra una delle ipotesi b) o c) indicate nel comma 7.

Sulla base di quanto suesposto, valuti codesto Ministero se, nel caso di specie, possa risultare integrata l'ipotesi di differimento del periodo transitorio di cui alla lettera a) del comma 7 dell'art. 15 del D.Lgs. n. 164/2000 ("un anno nel caso in cui, almeno un anno prima dello scadere dei cinque anni, si realizzi una fusione societaria che consenta di servire un'utenza complessivamente non inferiore a due volte quella originariamente servita dalla maggiore delle società oggetto di fusione") ovvero se il periodo transitorio, nel caso in esame, resti fissato al 31 dicembre 2005.

In secondo luogo, occorrerà valutare se la fusione per incorporazione, nella società mista, della società interamente partecipata affidataria del servizio di distribuzione del gas possa soddisfare le condizioni di cui all'art. 14 (affidamento "esclusivamente mediante gara").

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha ritenuto che "con la fusione si realizza un modulo organizzativo che integra strutture societarie e non un ricorso al mercato per la scelta di un gestore di servizi pubblici locali" e che "l'affidamento dei servizi implicato dalla fusione assume carattere neutro rispetto al mercato, salve le successive gare per la scelta di altri soci" (ordinanza n. 1610 del 1 aprile 2005).

Da un'altra prospettiva occorre considerare che, come precisato nell'Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento di questa Autorità del 26 novembre 2008, il riferimento alla "gara" dovrebbe includere anche l'affidamento mediante creazione di società miste pubblico private in cui il socio è scelto con gara ad evidenza pubblica per l'esecuzione dello specifico servizio.

Tale modello di affidamento è stato recentemente oggetto di una Comunicazione interpretativa da parte della Commissione Europea (2008/C91/02, GUCE C91 del 12 aprile 2008) nella quale la Commissione ritiene ammissibile l'effettuazione di una unica gara per la scelta del partner "operativo" e contestualmente l'affidamento del servizio alla compagine societaria mista allo scopo costituita. Nella circostanza la Commissione ha ritenuto ammissibile sia la costituzione di una nuova società il cui capitale è detenuto congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice e dal socio privato, sia la partecipazione del socio privato ad una società già esistente. Come evidenziato nel citato Atto di segnalazione, a quest'ultima ipotesi pare riferirsi il comma 12 dell'articolo 113 del D.Lgs. n. 267/2000 che prevede, appunto, la possibilità per l'ente locale di cedere la propria partecipazione nelle società erogatrici dei servizi mediante procedure ad evidenza pubblica, e senza che tale cessione comporti effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere.

Tale facoltà deve essere controbilanciata da alcune condizioni, quali la disciplina della durata della società che deve coincidere con la durata dell'affidamento, che il soggetto privato selezionato per l'affidamento di un appalto o di una concessione può vedersi aggiudicato soltanto il contratto indicato nel bando di gara e che eventuali future modifiche degli elementi essenziali dello stesso contratto devono, comunque, essere già previste nel bando di gara.

In ogni caso, il ricorso alle società miste deve comunque avvenire a condizione che sussistano garanzie tali da fugare perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza.

Nel già menzionato atto di segnalazione sono state individuate le condizioni minime che, ad avviso dell'Autorità, debbono sussistere ai fini dell'ammissibilità del servizio ad una società mista:

- a) "gara unica per l'affidamento del servizio pubblico e per la scelta del socio, in cui questo ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico;
- b) la previsione nel bando di gara dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi che consentono di selezionare e qualificare un socio cd. "operativo";
- c) la previsione circostanziata nel bando delle attività oggetto di affidamento al fine di evitare che il privato possa godere di una ingiustificata posizione di vantaggio tramite ulteriori affidamenti diretti; l'indicazione della durata della partecipazione del socio che deve coincidere con quella dell'affidamento e deve essere proporzionata alle dimensioni dell'attività che è chiamato a svolgere;
- d) le modalità per l'uscita del socio con liquidazione della sua posizione per il caso all'esito della successiva gara egli non risulti più aggiudicatario;
- e) la disciplina dei rapporti interni tra società mista ed il socio privato, nonché dei rapporti tra socio pubblico e soci privati."

Si tratta di condizioni complessivamente tese a garantire l'apertura concorrenziale all'interno del mercato di riferimento del servizio oggetto dell'affidamento.

Sulla base delle considerazioni che precedono si rimette a codesto Ministero la valutazione in ordine alla sussistenza o meno delle predette condizioni minime.