

Al Sindaco del Comune di Bitonto

AG 3/2011

19 maggio 2011

Oggetto: Quesito posto ai sensi del Regolamento interno sull'istruttoria dei quesiti giuridici dal Comune di Bitonto in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'affidamento diretto alla società mista Azienda Servizi Vari S.p.A. di una pluralità di servizi.

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al protocollo n. 97782 del 27 dicembre 2010, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 18-19 maggio 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

In via preliminare, conviene compiere una sommaria ricognizione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

L'istituto della società mista - cui è riconducibile ASV S.p.A. - già previsto a livello normativo dall'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000, tra le modalità di conferimento dell'erogazione di servizi pubblici locali, è stata recentemente oggetto di una intensa elaborazione giurisprudenziale che, a partire dal parere del Consiglio di Stato n. 456 del 18 aprile 2007, confermato dall'Adunanza Plenaria n.1/2008, fino a più recenti pronunce, è giunta a delinearne gli aspetti caratterizzanti.

Sulla base della premessa che solo in presenza dei presupposti che identificano l'istituto del " *in house providing* " in senso proprio è possibile l'affidamento diretto, i giudici amministrativi hanno cercato di indagare se, nel caso di società mista, la scelta del socio privato tramite procedura ad evidenza pubblica, ovvero il rispetto del principio di concorrenza nella fase costitutiva della società, possa considerarsi sufficiente garanzia di apertura del mercato, o se, invece, sia necessario l'espletamento di una ulteriore procedura per l'affidamento del servizio.

Secondo l'orientamento al momento consolidato, la gara effettuata per la scelta iniziale del socio privato può essere considerata sufficiente a condizione che le attività operative che si intendono affidare allo stesso siano oggetto della medesima gara.

Tale conclusione si muove lungo la stessa linea interpretativa seguita dalla Commissione europea nella Comunicazione del 5 febbraio 2008 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), secondo la quale "Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetti sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione di PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto". In particolare se, come nel caso di specie, il PPPI è costituito mediante la partecipazione di un socio privato ad un'impresa pubblica esistente "l'oggetto della selezione del partner privato può consistere nell'affidamento dell'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni che fino ad allora sono stati eseguiti internamente dall'impresa pubblica".

Secondo questo modello "la scelta del socio, quindi, non avviene al fine della costituzione di una società "generalista", alla quale affidare l'esecuzione di servizi non ancora identificati al momento della scelta stessa, ma per l'individuazione, mediante gara, del soggetto che dovrà svolgere una specifica e definita attività" (Consiglio di Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214).

In tal modo, l'affidatario del servizio non è un soggetto costituito unilateralmente dall'Amministrazione (come avviene nel caso del *in house providing*) ma è l'aggiudicatario di una procedura competitiva tra gli operatori del settore. Di conseguenza l'affidamento non può dirsi diretto perché la scelta del beneficiario è subordinata all'esito di una gara.

Una simile impostazione è stata recepita dal legislatore nazionale che con il d.l. 25 settembre 2009 n. 135, convertito con modifiche dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, ha sostituito il comma 2 dell'art. 23-bis del d.l. n. 122/2008 annoverando espressamente tra le modalità ordinarie di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali l'affidamento "a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento" e, quindi, qualificandola formalmente quale procedimento ad evidenza pubblica.

Alla luce di quanto sopra, come affermato dal Consiglio di Stato, "ne discende che la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario" (Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824).

Tuttavia, perché la selezione del socio privato possa fungere anche da procedura di affidamento di appalti o concessioni occorre che la gara rispetti alcune condizioni.

In primo luogo, come specifica la Commissione nella citata comunicazione interpretativa, la garanzia, in favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza, implica che l'amministrazione aggiudicatrice deve includere nel bando di gara o nel capitolato d'oneri "informazioni di base sull'appalto pubblico o sulla concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto" oltre che "qualche informazione sulla durata prevista dell'appalto pubblico che l'entità a capitale misto dovrà eseguire o della concessione che dovrà gestire".

Secondo il Consiglio di Stato "l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere (delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto)" (Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214).

Per quanto riguarda la determinazione, in sede di gara, dell'oggetto del servizio da affidare alla società mista, la giurisprudenza ha ritenuto, in un bando relativo alla selezione del socio operativo per la costituzione di società mista per la gestione del servizio rifiuti, che l'indicazione dell'oggetto dell'attività posta in affidamento come "attività di raccolta dei rifiuti di tutti i comuni ricompresi nell'ambito territoriale ottimale (...) e di quegli altri che ne avessero fatta richiesta" fosse generica (Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824); del pari generica è stata valutata, in un bando per la selezione di socio operativo cui affidare lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria del sistema infrastrutturale per lo svolgimento del servizio idrico integrato, l'indicazione dell'attività come "realizzazione di tutti quei lavori ... che l'ATO della provincia di Milano deciderà di finanziare con i suoi piani annuali" (Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603).

Al riguardo la Corte di Giustizia ha puntualizzato che, ai fini della compatibilità con la normativa comunitaria in materia di appalti, occorre che il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica "nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato" (Corte di Giustizia, causa C-196/08, sentenza 15 ottobre 2009).

Per ciò che concerne la determinazione temporale del servizio, il Consiglio di Stato, sulla scorta di quanto già puntualizzato in sede di Adunanza Plenaria, ha precisato che "le amministrazioni dovranno, fin dalla predisposizione degli atti della gara per la scelta del socio privato, porsi il problema di come consentire alla scadenza del contratto l'eventuale svolgimento di una nuova gara per la scelta di un nuovo socio. Non è sufficiente delimitare temporalmente l'affidamento ma è necessario prevedere un obbligo di cessione della quota del socio privato a condizioni predeterminate all'eventuale nuovo socio, individuato sempre con gara" (Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214).

Lo scopo è quello di evitare che l'assenza della previsione del rinnovo delle procedure di selezione del socio privato alla scadenza del periodo di affidamento renda di fatto tale socio un socio stabile, sottraendo il servizio alla concorrenza ben oltre i limiti temporali e di legittimità cui è condizionato l'affidamento diretto alla società mista.

Infine, per ciò che concerne l'affidamento di servizi ulteriori e il rinnovo degli appalti già affidati, la giurisprudenza amministrativa sottolinea l'illegittimità dell'affidamento di servizi non identificati al momento della selezione del socio privato. L'illegittimità degli ulteriori affidamenti non sarebbe dovuta ad un mero motivo formale ma alla distorsione della concorrenza che ne deriva giacché "è infatti evidente che la scelta di assumere l'incarico operativo per l'esecuzione di servizi indeterminati (...) e per una durata esorbitante (...) è di per sé discriminante in danno delle imprese di settore che ben potrebbero, invece, concorrere per singoli lotti, di portata più limitata e ben precisata" (Consiglio di Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214; in termini anche Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603).

La Comunicazione Interpretativa della Comunicazione ammette tuttavia la possibilità di rinnovo o modifica dell'appalto o della concessione aggiudicati alla società mista e anche dell'assegnazione di nuovi compiti, a condizione che, nel rispetto del principio di trasparenza, tale possibilità sia indicata chiaramente nella documentazione di gara che "dovrebbe precisare quantomeno il numero di opzioni e le loro condizioni di applicazione. Le informazioni così fornite devono essere sufficientemente dettagliate da garantire una procedura di gara equa ed efficace".

Sulla stessa linea il Consiglio di Stato ha evidenziato la necessità che la possibilità di affidare nuove incombenze rispetto a quelle originariamente affidate debba essere espressamente prevista nel bando di gara o nel capitolato d'oneri cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino in una posizione di parità al momento della formulazione dell'offerta (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 16 marzo 2009, n. 1555).

Venendo ai quesiti in esame, si rileva che il bando predisposto dal Comune di Bitonto - che, peraltro

ha inteso seguire una procedura di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni (l.n. 474/1994) e non una procedura di selezione nel rispetto dei principi del trattato CE, come richiesto dalla più volte citata Comunicazione interpretativa - ha come unico oggetto la cessione del 40 % del capitale sociale. I servizi affidati all'epoca alla società ASV S.p.A., che il Comune aveva intenzione di confermare in capo al nuovo soggetto giuridico "misto" risultante dalla privatizzazione, non sono espressamente indicati (anche se i contratti di servizio sono tra la documentazione ritirabile da parte degli interessati) ma soprattutto non fanno parte dell'oggetto della gara, ovvero non sono messi a gara.

Il progetto industriale di medio termine richiesto agli offerenti costituisce, come risulta dalla deliberazione n. 344 del 7 novembre 2003 e da tutta la documentazione allegata alla richiesta di parere, un indirizzo di politica generale per lo sviluppo dell'ASV e contiene proposte di sviluppo della società verso un modello di multiutility, con l'attivazione di nuovi servizi, ma non sembra contenere un'offerta tecnica relativa alle modalità di svolgimento dei servizi di cui la società mista sarebbe stata affidataria, non pare riferito al servizio da svolgere e alle prestazioni da fornire. L'elenco dei servizi (igiene urbana, gestione impianti smaltimento rifiuti, distribuzione vendita gas, produzione e distribuzione energia elettrica, telecomunicazione, trasporto pubblico locale, accertamento e riscossione tributi locali, servizio di gestione e manutenzione del patrimonio immobiliare pubblico) tra cui gli operatori economici devono indicare almeno due tipologie nell'ambito delle quali abbiano realizzato un fatturato specifico di un certo importo, non corrisponde ai servizi all'epoca affidati all'ASV (igiene urbana, trasporto pubblico urbano, manutenzione ordinaria e straordinaria del verde e della segnaletica stradale, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione).

Il bando non prevede inoltre alcuna determinazione temporale dei servizi né tantomeno le modalità di svolgimento di una gara per la scelta del nuovo socio da svolgersi alla scadenza degli stessi

L'impressione che si trae è che la procedura posta in essere dal Comune di Bitonto fosse finalizzata alla selezione di un socio privato stabile e quindi alla creazione di una società mista cui affidare un numero di servizi indeterminati, parte dei quali sono stati, nel caso in esame, addirittura proposti dall'offerente nel piano industriale.

L'affidamento al nuovo soggetto giuridico dei servizi già attivi, nelle intenzioni del Comune, doveva avvenire in modo automatico e senza soluzione di continuità (Il Comune "s'impegna a mantenere in essere l'affidamento ad ASV S.p.A. la gestione dei servizi pubblici di cui è attualmente affidataria", art. 6 del contratto di cessione delle azioni) e non già quale oggetto di specifico nuovo affidamento, come previsto nella Comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008

Alla luce dei suindicati elementi sembra di potere affermare che il bando del Comune di Bitonto non fosse finalizzato all'individuazione, mediante gara, del soggetto che avrebbe dovuto svolgere una specifica e definita attività e che quindi non risponda ai parametri delineati dalla giurisprudenza per il soddisfacimento dei requisiti di trasparenza e concorrenza.

Del pari, il bando non prevede il rinnovo dell'affidamento dei servizi - di cui viene fatta menzione solo nel contratto di cessione delle azioni, la cui bozza è stata inviata solo agli operatori economici ammessi alla seconda fase della procedura - né l'affidamento di servizi c.d. complementari.

Alla luce dei suesposti principi, la mancata menzione nel bando di tali facoltà ha impedito che tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne fossero a conoscenza fin dall'inizio e che si trovassero in una posizione di parità al momento della formulazione dell'offerta e ha di fatto sottratto tali servizi al gioco della concorrenza.

Si ritiene pertanto che il Comune di Bitonto debba procedere a nuove procedure di gara ad evidenza pubblica sia per l'affidamento del rinnovo dei servizi attualmente gestiti da ASV sia per l'affidamento dei servizi complementari.

Avv. Giuseppe Busia