



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 9 del 21 gennaio 2015

Oggetto: fascicolo 762/2012- Selezione per la scelta del partner della Società per azioni di trasformazione urbana per il recupero della zona Tirone. Convenzione stipulata tra il Comune di Messina e la Società di trasformazione urbana Tirone

Esponente: Sindacato nazionale ingegneri ed architetti liberi professionisti-Messina (INARSIND)

Stazione appaltante: Comune di Messina

Riferimenti normativi: d.lgs.163/2006, art.32; l.r. Sicilia 7/2002, art.2; d.lgs. 267/2000, art.120; l.109/94 e ss.mm.ii.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 gennaio 2015

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione; Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni; Vista la relazione dell'Ufficio istruttore;

Considerato in fatto

La questione trae origine dalla segnalazione del Sindacato Nazionale Ingegneri ed Architetti di Messina relativa all'affidamento senza gara dei servizi di ingegneria relativi a opere pubbliche da realizzare con finanziamenti pubblici ai soci privati della Società per azioni di trasformazione urbana "Il Tirone" (d'innanzi per brevità "Società") partecipata dal Comune di Messina, in violazione dell'art. 2, comma 2, della legge 2 agosto 2002, n. 7 (Norme in materia di opere pubbliche. Disciplina degli appalti di lavori pubblici, di fornitura, di servizi e nei settori esclusi) e dell'art. 2 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

Il caso è stato già esaminato dal Consiglio nell'adunanza del 9 aprile 2014 ove è stata approvata la comunicazione delle risultanze istruttorie ai soggetti interessati a seguito della quale la Società ha avanzato, in data 16.5.2014, istanza di audizione finale ai sensi dell'art. 7, comma 4, del Regolamento in materia di attività di vigilanza. In sede di audizione la Società ha confermato le controdeduzioni anticipate con nota del 9.6.2014, eccependo in primo luogo che *"stante la risalente origine del rapporto, la fattispecie non soggiace ratione temporis alla disciplina dettata dal d.lgs.163/2006, con particolare riferimento alla parte in cui (art.32, comma 3) individua le condizioni in base alle quali le società indicate nel comma 1, lett.c), possono ritenersi esonerate dall'applicazione delle disposizioni del Codice"*.

Inoltre, anche sotto il profilo soggettivo, il sopravvenuto art. 32 del d.lgs. 163/06 non troverebbe applicazione nei confronti delle società che *"hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera"*

concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267” e quindi tale disposizione non troverebbe applicazione nei confronti delle società di trasformazione urbana di cui all’art. 120 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) in quanto queste non sono espressamente menzionate dallo stesso art. 32.

La Società ha osservato poi che in ogni caso, ferma restando la non applicabilità della normativa richiamata, tutte le condizioni indicate nella comunicazione delle risultanze istruttorie sono state pienamente soddisfatte.

Infatti, riguardo al possesso dei requisiti previsti dal Codice dei contratti pubblici in relazione alle prestazioni per cui la Società è stata costituita, richiamando il punto 12 del bando di gara e l’art. 14 del disciplinare, ha precisato come il bando di gara contenesse specifiche prescrizioni in ossequio alla condizione di cui all’art. 32, comma 3, n.2 (qualificazione).

Infine, con riferimento alla condizione di cui all’art. 32, comma 3, punto 3 del d.lgs. 163/06 (ancorché ritenuto dalla Società inapplicabile alla fattispecie *ratione temporis*), ossia alla realizzazione dell’opera o del servizio da parte della Società in misura superiore al 70% del relativo importo, è stato richiamato e depositato agli atti il Regolamento adottato dalla STU Tirone ai sensi dell’art. 4 dello Statuto, in virtù del quale tutte le opere di riqualificazione urbana vengono eseguite direttamente dalla Società, mentre *“soltanto in caso di dimostrata impossibilità giuridica o materiale di provvedere in proprio, anche ricorrendo alle prestazioni dirette dei soci, la STU potrà attuare il programma di trasformazione urbana affidando, limitatamente al massimo del 30% del valore, lavori o servizi a soggetti terzi estranei alla compagine sociale, ed operando in tal caso quale “organismo di diritto pubblico” nel rispetto delle pertinenti disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali”*.

All’esito dell’audizione il Consiglio ha ritenuto dirimente, ai fini del decidere, stabilire la vigenza o non delle normativa in materia di appalti nella Regione Sicilia all’epoca di pubblicazione del bando e della relativa Convenzione, disponendo l’acquisizione del bando di gara in originale e dello schema di Convenzione ad esso allegato, nonché gli esiti dell’indagine penale avviata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Messina, destinataria del medesimo esposto. Hanno corrisposto alle suddette richieste sia il Comune di Messina, con la trasmissione degli atti, sia la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Messina, che ha comunicato di avere definito il procedimento con richiesta di archiviazione, atteso che le criticità segnalate erano prevalentemente relative ad alcuni profili di illegittimità amministrativa, al vaglio del competente giudice, e che non si era ancora pervenuti alla definitiva approvazione dei progetti.

Ritenuto in diritto

Il bando di gara per la scelta del socio privato della costituenda STU Tirone è stato emanato il 27.6.2002, in vigenza della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro in materia di lavori pubblici), come modificata dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 (Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici), recepita nell’ordinamento siciliano il 10 settembre 2002 con la legge regionale 7/2002 e successive modifiche e integrazioni, mentre la Convenzione fra la STU Tirone e il Comune di Messina è stata sottoscritta il 29.10.2004 in vigenza della stessa l.r. 7/2002, ovvero ben oltre l’esperimento della gara per la scelta del socio privato della costituenda STU, conclusasi nel febbraio 2003.

Al momento della pubblicazione del bando, dunque, era vigente la legge 109/94, come modificata dalla legge 18 novembre 1998, n. 415, che, all’art. 1, comma 2, recitava: *”Per la disciplina delle opere e dei lavori pubblici di competenza delle regioni anche a statuto speciale, delle province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti infra regionali da queste finanziati, i*

principi desumibili dalle disposizioni della presente legge costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato ai sensi degli statuti delle regioni a statuto speciale e dell'art.117 della Costituzione, anche per il rispetto degli obblighi internazionali dello Stato.”

Il testo così formulato era il frutto dell'adeguamento della precedente formulazione (“*le disposizioni della presente legge*”) al *decisum* della Corte Costituzionale contenuto nella sentenza 7 novembre 1995, n. 482 con cui la Consulta aveva accolto *in parte qua* i ricorsi promossi da sei Regioni e dalle Province autonome di Trento e Bolzano, che si dolevano del potenziale *vulnus* alle rispettive sfere di autonomia legislativa, innescato da una legislazione nazionale che assoggettava *in toto* alle regole nazionali materie sussumibili nella sfera di competenza dei soggetti remittenti. Dunque, anche se in astratto la volontà di dettare un nucleo di regole suscettibili di applicazione uniforme a tutto il territorio nazionale era espressione della tendenza all'unificazione della vita economica anche al di fuori dell'ambito nazionale, le modalità di attuazione di tale intento si erano tradotte, ad avviso della Consulta, nella fissazione di regole che, lungi dall'aver carattere programmatico, dettavano criteri di dettaglio mortificanti lo spazio di manovra delle amministrazioni regionali.

Da tale disposizione, coordinata con l'art. 2, comma 2, lett. a), si ricava che le Regioni erano tenute non all'applicazione diretta delle singole disposizioni specificamente considerate della legge, bensì ai principi generali evincibili dalla trama normativa; dunque alcune parti della disciplina, per il loro stesso contenuto di ordine generale, assurgevano alla dignità di principi fondamentali qualificabili come norme fondamentali di riforma economico-sociale. E, da questo punto di vista, non appare dunque dubbio che i principi generali dell'evidenza pubblica, che hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno e che si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici, e che costituiscono espressione ed estrinsecazione del più generale principio di libera concorrenza, dovessero ascrivere all'area ed al rango di norme fondamentali di riforma economico-sociale e che trovassero già immediata applicazione in ambito regionale anche in virtù delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea (cfr. Corte Cost. 7.4.2011, n.114).

Sul punto la giurisprudenza prevalente (cfr., *ex multis* Corte Cost. 8.5.1995 n.153; C.G.A., Sezioni Riunite, 11.6.1996 n.105; C.G.A., Sez. Consultiva, 24.2.1998 n.127; Cass. Civ. sez. I, 9.4.1997, n.3077), ha ritenuto che, fermo restando l'esercizio della successiva potestà legislativa “esclusiva”, occorre attribuire alla sopravvenuta normazione nazionale espressiva dei principi in esame, una provvisoria efficacia “abrogatrice rispetto all'incompatibile normativa regionale preesistente, mentre un diverso indirizzo assume che dalla cogenza dei principi di riforma economico-sociale derivi non già l'indiscriminata immediata applicabilità degli stessi nell'ambito regionale, ma la necessità di una normativa regionale di recepimento ossequiosa dei predetti principi (cfr. T.A.R. Palermo 12.5.1998, n. 881).

Come detto, l'ingresso del nostro Paese nell'organismo internazionale europeo impone il rispetto di regole capaci di garantire, primariamente, la concorrenza e la salvaguardia dei meccanismi del libero mercato (così come confermato dalla Commissione Europea nella Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, pubblicata nella GUCE del 29.04.2000, richiamata dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, del 01.03.2002 n. 3944 rubricata “Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori” ove si è chiarito che le concessioni, nella misura in cui si configurano come atti dello Stato aventi per oggetto prestazioni di attività economiche o forniture di beni, sono soggette alle norme conferenti del Trattato e ai principi sanciti in materia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea).

Ora non vi è dubbio che tutti i principi fondamentali che presiedono alla contrattualistica pubblica sono espressione di principi di rango comunitario tali da imporsi *ex se*, alla luce del primato del diritto europeo, tra quelli che presiedono alle scelte basilari operate dal legislatore nazionale, assieme ai principi costituzionali di efficienza, imparzialità e trasparenza, che costituiscono tasselli fondamentali dell'abbattimento delle barriere limitative della libertà di concorrenza.

Ed è soprattutto l'aspetto della tutela della concorrenza che viene in rilievo nella citata sentenza 22 novembre 2007, n. 401, ove si chiarisce che la nozione di concorrenza di cui all'art.117, secondo comma, lett. e), della Costituzione, non può che riflettere quella operante in ambito comunitario; pertanto le disposizioni della legge 109/94 allora vigente, per come modificata, erano riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza, che il citato art. 117 attribuisce alla competenza esclusiva del legislatore statale.

Anche il Consiglio di Stato (Ad. pl. 3.3.2008, n.11), pronunciandosi su una fattispecie di affidamento avvenuto in via diretta senza previa gara, ha avuto modo di soffermarsi sulla natura e sugli effetti dei principi espressi dal Trattato dell'U.E., ossia dei principi di concorrenza e di quelli- che ne rappresentano attuazione e corollario- di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento.

Tali principi, che hanno trovato recepimento espresso nel diritto interno e che si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici, sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente, su eventuali disposizioni interne di segno contrario (Cons. St., Sez.VI, 30 gennaio 2007, n.362; Cons. St., Sez.VI, 30 dicembre 2005, n.7616; Cons. St., Sez.VI, 25 gennaio 2005, n.168), anzi, laddove dovesse risultare evidente un'incompatibilità, da parte della legge nazionale, con la disciplina comunitaria *self executing* nell'ordinamento, l'Amministrazione sarebbe tenuta a disapplicarla (Corte Cost. del 4.7.1989, n. 389).

Infine, a margine di tutte le precedenti considerazioni, si osserva che anche lo Statuto, allegato, in schema, al bando di gara, all'articolo 4 opera un indiretto richiamo alla legge 109/94 laddove fa riferimento all'art.6 della legge 17 maggio 1999, n.144, il quale ha disposto l'introduzione del comma 1-bis all'art.37-quinquies della legge. *(1-bis. I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi.)*, con ciò implicitamente riconoscendo il carattere di normativa di riferimento alla legge 109/94.

Alla luce della precedente ricognizione giurisprudenziale ed alle conseguenti considerazioni circa la vigenza nella Regione Sicilia delle norme *latu sensu* a tutela della concorrenza e della massima apertura al mercato, vi sono ulteriori e più pregnanti argomenti, sempre di estrazione giurisprudenziale, malgrado più recenti, che militano in favore della tesi secondo cui la scelta del socio privato con gara non esaurisce l'obbligo del rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, obbligo che può e deve estendersi, nel caso di specie, anche agli affidamenti dei vari servizi che la Società deve esplicare.

Proprio il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia, con decisione del 27 ottobre 2006, n. 589, si è espresso nel senso che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime necessariamente dall'esperimento di una seconda gara per l'effettuazione del servizio. Tale decisione è richiamata nel Parere del Consiglio di Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, ove, in particolare, vengono sollevate perplessità per il caso di società

miste “aperte”, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società “generalista”, alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico.

Secondo la tesi del CGRS, pur “in un quadro giurisprudenziale in generale incline ad escludere la necessità della seconda gara (cfr. Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272), sembrano emergere opinioni dottrinali di segno contrario, secondo le quali la procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio non è sovrapponibile, quanto ai contenuti e alle finalità, a quella per l'affidamento del servizio: la prima è preordinata alla selezione del socio privato in possesso dei requisiti non solo tecnici ed organizzativi, ma anche e soprattutto finanziari, tali da assicurare l'apporto più vantaggioso nell'ingresso nella compagine sociale; la seconda è invece esclusivamente diretta alla scelta del soggetto che offra maggiori garanzie per la realizzazione;” in conclusione, secondo tale ipotesi estrema, la costituzione di una società mista (con partner scelto dopo una gara) non esimerebbe in nessun caso dall'evidenza pubblica le procedure di affidamento del servizio.

Con articolate argomentazioni la citata decisione richiama la necessità che il ricorso alla figura della società mista sia circondato da idonee garanzie per fugare ogni dubbio e perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza, e quindi la procedura di selezione del socio non deve mirare soltanto alla scelta di un socio privato, ma conferisce a quest'ultimo l'affidamento sostanziale, delineando anche in modo chiaro il ruolo operativo e non finanziario del socio privato, con garanzia di definitezza dell'oggetto e della durata dell'affidamento.

In quest'ottica va esaminata la questione in esame.

Con le premesse del caso non è sostenibile da parte della Società Tirone un collegamento rigidamente formalistico del bando al momento della sua pubblicazione e soprattutto alla vigenza di puntuali disposizioni di legge a quel momento, posto che nella Regione Sicilia erano comunque a quella data direttamente applicabili i principi desumibili dalle disposizioni nazionali vigenti nonché le disposizioni di origine comunitaria applicative dei principi generali di libera concorrenza che, anche all'epoca, imponevano la riconduzione alle norme dell'evidenza pubblica di interventi peraltro di notevole rilevanza, sia sotto il profilo dell'entità delle risorse finanziarie impegnate e del capitale pubblico investito, sia della finalità pubblica sottesa all'intervento, destinato ad avere una significativa ricaduta sulla collettività.

Né, per le ragioni sopra esposte in tema di società miste “generaliste”, può ritenersi che, espletata la gara per la scelta del socio privato, l'espletamento del servizio da parte della Società sia sicuramente esente da qualsiasi apertura al mercato.

Infatti, in primo luogo, emerge dall'esame degli atti di gara una modifica dell'oggetto dell'affidamento, ovvero: mentre nello schema di Convenzione allegato al bando del giugno 2002 (art.2), così come nel disciplinare di gara (art.5), l'oggetto dell'affidamento è genericamente costituito (richiamata la norma di cui all'art. 120 del TUEL), dall'acquisizione, urbanizzazione e commercializzazione delle aree oggetto di intervento, la Convenzione sottoscritta in data 2004, e approvata con delibera del Consiglio comunale n. 56 del 2004, invece, è costituita da un *corpus* di 19 articoli in cui l'oggetto della prestazione è decisamente molto più ampio ed articolato.

Assume rilievo, in primo luogo, il trasferimento di poteri (delegati) in materia di espropri delle aree private, conferiti in virtù dell'art. 10 della Convenzione sottoscritta, e comprensivi del potere di emanare i relativi decreti di esproprio; ma, in modo molto più incisivo, vengono previste attività di trasformazione dell'assetto urbano e del territorio non riconducibili agli strumenti urbanistici (attuativi) previsti dagli atti di gara e dallo Statuto della Società.

Le modifiche dell'oggetto contrattuale suddette sono pregnanti e sostanziali: infatti- in contrasto con quanto previsto dallo stesso art. 5 della Convenzione sottoscritta (*“la Società si impegna a presentare al Comune di Messina il Piano industriale della Società ed il relativo Piano urbanistico di attuazione, necessario per lo sviluppo delle attività di trasformazione della presente Convenzione”*), nonché con quanto stabilito dal disciplinare di gara e dallo Statuto (rispettivamente art. 5 e art. 4, lett. c): predisposizione di tutti gli strumenti urbanistici attuativi) oltre che dall'originario schema di Convenzione (art.2) allegato al bando di gara (ove è previsto l'obbligo della presentazione di un Piano particolareggiato dell'area)-si prevede, all'art.19 della Convenzione, la possibilità di redigere e presentare varianti allo strumento urbanistico vigente (varianti che sono state poi effettivamente approvate nell'accordo di programma sottoscritto tra Comune e Società in data 9 luglio 2009). Ciò vuol dire che l'oggetto della prestazione è mutato notevolmente nella forma e nella sostanza, con un' evidente dilatazione delle attività di trasformazione del contesto urbano; espansione che consente di esercitare non solo poteri urbanistici attuativi attraverso, appunto, la predisposizione di un piano urbanistico di attuazione, che per sua natura costituisce un approfondimento tecnico delle più generali previsioni del Piano regolatore generale, bensì anche di vera e propria modifica, attraverso le varianti, allo strumento urbanistico deputato al governo, alla conservazione e disciplina dell'intero assetto urbano (art. 13 legge 17 agosto 1942, n. 1150 -legge urbanistica).

In tema di varianti la Circolare del Ministero lavori pubblici del 11.12.2000, n. 622/SEGR, esplicativa dell'art. 120 del d.lgs. 267/2000, dà conto della diversità tra varianti essenziali al piano regolatore e varianti che non incidono in modo significativo sull'assetto stabilito dal piano, nel senso che queste ultime costituiscono *“adeguamenti in fase attuativa di scelte puntuali operate talvolta in modo inutilmente rigido a livello di strumento urbanistico generale”*, e dunque possono rientrare anche nell'ambito di piani di attuazione. Quindi, nel caso che le varianti contrastino *“significativamente con le previsioni del PRG (riguardo le principali infrastrutture, le quantità edilizie e le funzioni prevalenti messe in gioco, ovvero non ne rispetti talune specifiche prescrizioni)”*, il Comune deve procedere all'approvazione della variante al piano regolatore generale, antecedentemente alla costituzione della STU (nel caso di specie le varianti sono intervenute in sede di accordo di programma, dopo la costituzione della STU).

Ciò premesso, va rilevato che l'accordo di programma del 2008, nelle premesse, dà atto che il Consiglio comunale, preso atto dello studio di fattibilità della STU Tirone, ha dato mandato all'Amministrazione comunale di *“promuovere ogni eventuale procedura semplificativa per la definizione e l'attuazione delle opere anche in deroga o in variante allo strumento urbanistico”*; deve desumersi, quindi, che una deroga allo strumento urbanistico vigente non possa essere altrimenti configurata che come variante essenziale.

Quanto sopra non trova riscontro, come si è visto in precedenza, negli atti di gara predisposti a suo tempo dall'Amministrazione comunale, poiché questi non identificano con sufficiente precisione il contenuto del contratto e delle prestazioni.

Dunque si può ben affermare che la Convenzione stipulata nel 2004, in vigenza della l.r. 2/2007, costituisce accordo diverso rispetto alle generiche statuizioni della Convenzione originaria. Ciò detto, vengono meno le condizioni delineate dalla giurisprudenza (vedi il citato parere 456/2007) che consentono, nelle fattispecie come quella in esame di procedure di gara a doppio oggetto, di evitare la seconda gara per l'affidamento del servizio, in quanto nel caso di specie il contenuto della prestazione è stato definito solo a valle della scelta del socio.

In particolare, con il citato parere n. 456/2007, si è affermato che: *a) non è condivisibile la posizione (giurisprudenziale) “estrema” secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto;*

b) tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste “aperte”, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società “generalista”, alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività extra moenia, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico;

c) è ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un “affidamento diretto”, ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al “socio operativo” della società;

d) il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano – oltre alla specifica previsione legislativa che ne fonda la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 – garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza;

e) laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie:

1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un “socio industriale od operativo”, il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo;

2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione “alla scadenza del periodo di affidamento”, evitando così che il socio divenga “socio stabile” della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

In conclusione, invocare nel caso di specie l'applicazione di norme ormai vetuste che non garantiscono (per loro intrinseca natura) la benché minima possibilità di aderire all'attuale contesto ordinamentale comunitario, appare per lo meno anacronistico, se si considera che l'intervento è nato, e si è svolto, sorretto da un substrato normativo che è quello nel tempo maturato fino all'attuale formulazione dell'art. 32 del Codice e che a soli due mesi dalla pubblicazione del bando consacrava e trasfondeva dettami puntuali anche nella legislazione regionale siciliana con il recepimento della legge 109/94 e sue modifiche. Non a caso, prendendo atto di realtà come le STU, da ricondurre nell'alveo della normativa sui pubblici affidamenti, la l.r. 7/2002, all'art. 2, prevedeva che: ” 2. Qualunque sia la fonte di finanziamento le norme della presente legge e del regolamento di cui all'articolo 3, comma 2, si applicano:

a) all'amministrazione regionale, alle aziende ed agli enti pubblici da essa dipendenti e/o comunque sottoposti a vigilanza, agli enti locali territoriali e/o istituzionali e loro associazioni e consorzi, agli enti ed aziende da questi dipendenti e comunque sottoposti a vigilanza, nonché agli altri organismi di diritto pubblico e soggetti di diritto privato a prevalente o intera partecipazione pubblica;

b) ai concessionari di lavori pubblici, di cui all'articolo 19, comma 2, ai concessionari di esercizio di infrastrutture destinate al pubblico servizio, alle aziende speciali ed ai consorzi di cui agli articoli 23 e 25 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni, alle società di cui all'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni, ed all'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, e successive modificazioni, alle società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza nonché ai concessionari di servizi pubblici e ai soggetti di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, qualora operino in virtù di diritti speciali o esclusivi, per lo svolgimento di attività che riguardino i lavori, di qualsiasi importo, individuati con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 8, comma 6, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, e comunque i lavori riguardanti i rilevati aeroportuali e ferroviari, sempre che

non si tratti di lavorazioni che non possono essere progettate separatamente e appaltate separatamente in quanto strettamente connesse e funzionali alla esecuzione di opere comprese nella disciplina del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158 ed alle società di trasformazione urbana di cui all'articolo 120 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267: “.

Oltretutto si tratta, nel caso di specie, di un intervento destinato a proiettarsi, come in effetti è stato dimostrato, nell'ambito di un arco temporale molto ampio, tanto che, a ridosso della scadenza della Convenzione (31.12.2015), l'intervento verosimilmente non sarà stato completato e, nell'ambito di un processo temporale così vasto, non appare possibile concepire né l'elusione dei dettami comunitari a presidio della concorrenza, né la sopravvivenza di aree di privilegio in un contesto normativo che non tollera più aggiramenti.

In conclusione, riepilogando la problematica, il Codice dei contratti pubblici, all'art. 32, comma 1, lett. c), richiamato anche dalla l.r. 12/2011, contempla le società pubbliche quali soggetti destinatari della normativa sugli appalti; tali società, ai sensi del comma 3 del citato articolo 32, sono esonerate dall'applicazione delle disposizioni del Codice, in presenza delle seguenti condizioni:

- 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;
- 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal Codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
- 3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Riguardo alla scelta del socio privato, avvenuta con procedure ad evidenza pubblica, vale quanto già detto in precedenza. Per quanto concerne la percentuale di attività svolta in via diretta dalla STU, l'elencazione delle prestazioni da svolgere secondo quanto previsto dal disciplinare e le prescrizioni derivanti da Statuto e Regolamento, vale, secondo quanto riferito dalla Società, a ritenere soddisfatta e a comprovare la condizione della realizzazione in via diretta dell'opera e del servizio nella quota percentuale del 70% ai sensi dell'art.32 del Codice, mentre non vengono adottati dalla Società dati contabili probanti di tale affermazione.

Al momento non è chiarito lo stato di attuazione dell'intervento, atteso che, da quanto emerge in atti, la fase più recente ha visto la pubblicazione dell'accordo di programma solo nel 2009, mentre la scadenza prevista per la Convenzione è quella del 31.12.2015.

Quanto alla funzione precipua della STU Tirone, e cioè se la stessa possa considerarsi società ad esclusiva vocazione commerciale, risulta che essa realizzi opere pubbliche con fondi pubblici (parcheggi, edilizia residenziale pubblica) per 50 milioni di euro, dunque una consistente quota-parte delle opere realizzate è costituita da beni non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, alla stregua di qualsiasi società mista rispondente alla fattispecie di cui all' art. 32, comma 1, lett. c) del Codice.

Pertanto, anche sotto tale ultimo profilo, la società in argomento rientra nell'ambito di applicazione della normativa in materia di appalti pubblici.

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- L'affidamento dei servizi di ingegneria e della realizzazione di lavori pubblici alla STU Tirone senza la garanzia dell'osservanza degli artt. 32 e 90 del d.lgs.163/2006, costituisce una modalità di affidamento anomala rispetto alle regole concorrenziali del mercato degli appalti pubblici ed integra la violazione della normativa in tema di pubblici affidamenti in relazione al mancato ricorso al mercato.

-Il Comune di Messina e la STU Tirone S.p.A. sono chiamati a valutare la possibilità di una revisione in senso pro-concorrenziale delle clausole della Convenzione e dello Statuto, e a rendere noti gli intendimenti in ordine al prosieguo dell'intervento di riqualificazione nonché le eventuali iniziative assunte a seguito del deliberato entro trenta giorni dal suo ricevimento.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 gennaio 2015

Il Segretario, Maria Esposito