

## **Parere n. 212 del 31/07/2008**

### **PREC 293-08-S**

**Oggetto:** istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Città di Portogruaro - servizio di gestione integrata - calore pulizie - degli edifici scolastici e pubblici di proprietà o in uso del Comune di Portogruaro. S.A.: Comune di Portogruaro.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 20 maggio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere con cui il Comune di Portogruaro richiede di verificare la conformità alla normativa vigente della partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio di gestione integrata calore pulizie della ditta Sinergie S.p.A. di Padova, capogruppo del costituendo raggruppamento con la ditta Mestieri & Mestieri di Gorizia. Secondo quanto esposto dall'amministrazione comunale, in fase di gara all'atto dell'apertura delle buste contenenti la documentazione di ammissione alla gara, la Manutencoop Facility Management S.p.A. ha consegnato alla Commissione una nota, con la quale è stato richiesto di ammettere con riserva l'ATI con Sinergie S.p.A. capogruppo, al fine di effettuare verifiche in capo a quest'ultima in quanto la partecipazione della stessa sarebbe in contrasto con l'art. 13, comma 1, della L. n. 248/2006.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la Manutencoop Facility Management S.p.A. ha rilevato come anche le società indirettamente partecipate da Enti locali non possano concorrere, ai sensi dell'art. 13, comma 1, della L. n. 248/2006, secondo gli indirizzi espressi da questa Autorità, con deliberazione 9 maggio 2007, n. 135, e con il parere n. 92 del 20 marzo 2008. Di conseguenza, per quanto esposto dalla società, a nulla rileva che nello statuto della Sinergie S.p.A. si faccia espresso riferimento ad attività strumentali all'attività di tali enti, in quanto gli stessi non partecipano direttamente alla compagine di Sinergie S.p.A., e dunque la società sarebbe stata costituita proprio per eludere il divieto di cui

all'art. 13 dcl D.L. n. 223/2006. Inoltre la società fa presente che il servizio di gestione integrata — calore e pulizie — degli edifici scolastici e pubblici di proprietà o in uso del Comune di Portogruaro è strumentale all'attività dell'ente in quanto non viene reso direttamente alla collettività bensì fornito a strutture gestite da tale ente (scuole ed edifici pubblici), si tratta in sostanza di un servizio reso a supporto di una diversa attività principale. A supporto di quanto sostenuto, la Manutencoop Facility Management S.p.A. richiama l'esclusione disposta a danno della Sinergie S.p.A. da parte della Regione Friuli Venezia Giulia nell'ambito di una gara per il servizio di conduzione e manutenzione impianti termici e di condizionamento. La società rileva, in aggiunta, che la lista degli affidamenti inviati da Sinergie S.p.A. al Comune si riferiscono a procedure bandite prima dell'entrata in vigore del D.L. 223/2006. Infine, la società osserva che una società a capitale misto pubblico privato, indipendentemente dall'applicazione o meno dell'art. 13 del D.L. 223/2006, sulla base del principio della extraterritorialità, può agire in ambiti territoriali differenti da quelli degli enti locali partecipanti, purché non pregiudichi la collettività territoriale di riferimento a salvaguardia di una consolidata giurisprudenza che impone lo svolgimento di attività istruttoria tesa a verificare che la partecipazione all'appalto non pregiudichi tale collettività.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la Sinergie S.p.A. ha replicato quanto segue.

La proprietà di Sinergie S.p.A. (già APS Sinergia S.p.A.) è così ripartita:

- ACEGAS/APS S.p.A., (51%) a sua volta controllata da ACEGAS-APS Holding S.r.l. per il 62,848% con capitale sociale sottoscritto per il 50,1% dal Comune di Trieste e per il 49,9 dal Comune di Padova
- COFATHEC Servizi S.p.A. (49%), la cui proprietà è interamente detenuta per il 100% da COFATHEC s.a.s (Francia)

Né Sinergie S.p.A., né la sua controllante Acegas-APS S.p.A., né la controllante di quest'ultima ACEGAS-APS Holding S.r.l. (partecipata essa dagli enti locali) sono soggetti che operano per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli enti partecipanti in funzione delle loro attività. Dunque manca il requisito oggettivo di applicazione dell'art. 13 del D.L. n. 223/06. Sinergie S.p.A. L'attività principale espletata da Acegas/Aps s.p.a. si svolge 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 e come tale fuoriesce dall'ambito di applicazione dell'an. 13 del D.L. n. 223/06.

Infine Sinergie S.p.A. ritiene non applicabile il decreto Bersani sulla base di quanto espresso dal T.A.R. Lazio Roma, sez. III 2 1/3/2008 n. 2514, che ha evidenziato come le società che operano in mercati completamente liberalizzati in concorrenza con molteplici imprese non possano essere ricomprese nella tipologia di società cui si riferisce il divieto del decreto Bersani.

Ha presentato osservazioni l'Energy Service S.r.l., partecipante alla gara in raggruppamento temporaneo con Ierclimes S.r.l., evidenziando come la Sinergie S.p.A. abbia illegittimamente preso parte alla gara indetta dal Comune di Portogruaro, in violazione dell'an. 13 D.L. 223/2006 la cui ratio risiede nel perseguimento della corretta e capace gestione dell'interesse pubblico locale, nell'efficiente impiego delle risorse dell'ente stesso nonché nella garanzia di una più ampia finalità di tutela del mercato.

In data 1 luglio 2008 si è tenuta l'audizione presso questa Autorità alla quale hanno partecipato le società Sinergie S.p.A., la Manutencoop Facility Management S.p.A., la ACEGAS — APS S.p.A. e la Energy Service S.r.l. che si sono riportate agli atti documentali depositati nel corso dell'istruttoria.

### **Ritenuto in diritto**

Come anche rilevato dai soggetti coinvolti nell'istruttoria, in passato era già stato sottoposto all'attenzione di questa Autorità la possibilità per la Sinergie S.p.A. di prendere parte ad una gara bandita da un'amministrazione diversa da quelle che ne detengono il capitale. In particolare, il caso riguardava l'affidamento del servizio di manutenzione degli impianti tecnologici delle sedi dell'Agenzia Veneta per i Pagamenti in Agricoltura (AVEPA). In quella occasione con la deliberazione n. 135 del 9 maggio 2007 l'Autorità aveva esteso il divieto previsto dall'articolo 13, comma 1, del D.L. n. 223/2006 (cosiddetto Decreto Bersani), come convertito dalla legge 4 agosto 2006 n. 248, di svolgere attività *extra moenia* anche alle ipotesi in cui la partecipazione dell'ente locale alla società sia meramente indiretta, come nel caso di Sinergie S.p.A., al fine di evitare che l'applicazione del divieto alle sole partecipazioni dirette, rappresenti un facile strumento di elusione della norma mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate. Le società miste/pubbliche che svolgono in *outsourcing* attività di pertinenza delle amministrazioni locali, secondo quanto evidenziato dall'Autorità, minano la libera concorrenza, godendo 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.

Tale orientamento dell'Autorità, successivamente confermato dal giudice amministrativo (si vedano T.A.R. Veneto, sez. I, ordinanza n. 451 del 4 luglio 2007; T.A.R. Veneto, sez. I, 31 marzo 2008 n. 788) trova il proprio fondamento nell'intento di tutelare l'interesse pubblico e, allo stesso tempo, rafforzare e garantire il libero gioco della concorrenza, assicurando, così, una effettiva parità tra tutti gli operatori economici.

Per quanto attiene al servizio oggetto dell'affidamento del Comune di Portogruaro, si rileva come esso, riguardando la gestione integrata — calore pulizie degli edifici scolastici e pubblici di proprietà o in uso del Comune stesso, non sembra possa qualificarsi come "servizio pubblico", in quanto le prestazioni previste dal Capitolato di gara, sono dirette unicamente al Comune, che ne usufruisce alla stregua di qualsiasi altro soggetto, e non alla collettività. Inoltre la natura stessa del "servizio calore", 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. L'attività, pertanto, essendo rivolta alla pubblica amministrazione e non al pubblico, non viene a costituire un servizio pubblico locale, oggetto di esclusione dall'applicazione del dell'articolo 13, comma 1, del D.L. n. 223/2006, il quale 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 ditali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti. non possono svolgere prestazioni a favore di soggetti pubblici o privati. né in affidamento diretto con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti".

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene che la partecipazione della società Sinergie S.p.A. nella procedura di gara in esame non è conforme a quanto disposto dall'articolo 13, comma 1, del D.L. n. 223/2006, come convertito dalla legge 4 agosto 2006 n. 248.

Il Presidente Relatore: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 08/08/2008