

Deliberazione n.22 Adunanza del 6 giugno 2014

Fascicolo n. 3316/2012

Oggetto : Contratto d'appalto per il servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico
Contratto di appalto per la vendita e posa in opera di apparecchi di illuminazione pubblica a risparmio energetico

Stazione Appaltante : Città di Molinella e Molinella Futura s.r.l.

Riferimento normativo : art. 57, comma 2, lett. b, D.Lgs. 163/2006

Il Consiglio

Vista la normativa sopra richiamata

Vista la relazione della Direzione Vigilanza lavori, servizi e forniture

Considerato in fatto

Il consigliere comunale del Gruppo Consiliare "Molinella Civica", sig. Paolo Sgarbi, con esposti acquisiti al protocollo generale di questa Autorità ai nn. 115349 del 29/11/2012 e 18356 del 18/02/2013, ha segnalato all'Autorità l'illegittimità della condotta delle stazioni appaltanti, Comune di Molinella e società Molinella Futura s.r.l., per presunte anomalie e irregolarità nelle procedure di affidamento in favore della ditta Beghelli Servizi s.r.l., concludesi con la stipula di due contratti d'appalto e per presunte irregolarità nell'esecuzione di un terzo contratto stipulato tra la ditta Beghelli Servizi s.r.l. s.r.l. e la società Molinella Futura s.r.l.

I contratti interessati dagli esposti riguardano:

1. Contratto per il servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico, Rep. 8568 del 18/06/2008, per la durata di 13 anni, per l'importo annuo di € 312.090,00, oltre ad un ulteriore corrispettivo di cui al punto 3.3 del contratto (S.A. Comune di Molinella);
2. Contratto per la vendita e posa in opera di apparecchi di illuminazione pubblica a risparmio energetico, del 12/05/2009, per la durata di 20 anni (decorrenti dall'installazione e attivazione degli apparecchi stradali), per l'importo di € 1.197.800,00 (S.A. Molinella Futura srl);
3. Contratto per il servizio di fornitura, installazione e manutenzione di centrale fotovoltaica a moduli separati (mediante l'impiego di moduli fotovoltaici posizionati sui supporti degli apparecchi di illuminazione pubblica Beghelli - lampioni stradali), del 12/05/2009, per la durata di 20 anni (decorrenti dall'installazione e attivazione della centrale), per l'importo di € 2.706.000,00 (S.A. Molinella Futura s.r.l.), risolto in data 30/01/2012 (con DGC n. 4/2012).

A seguito di istruttoria effettuata dall'Ufficio Amministrativo VICO NA 4 (oggi VICO SF 2), operante presso questa Autorità, il Consiglio, nell'adunanza del 23/10/2013, ha disposto la comunicazione alle stazioni appaltanti delle risultanze istruttorie.

Con nota prot. n. 107578 del 05/11/2013, l'Ufficio ha inviato al Comune di Molinella ed alla società Molinella Futura s.r.l. la comunicazione di risultanze istruttorie in cui sono state illustrate le criticità inerenti il primo e il secondo contratto e sono state chieste controdeduzioni ed eventuale idonea documentazione. Relativamente al terzo contratto non è stata avanzata alcuna richiesta poiché, in considerazione dello stato della procedura, non sussistevano ulteriori margini di intervento dell'Autorità.

Le stazioni appaltanti hanno fornito controdeduzioni con le note acquisite al protocollo dell'Autorità n. 120748 del 04/12/2013 e n. 120774 del 04/12/2013, con cui hanno contestato le criticità rilevate dall'Autorità ed hanno sostenuto la legittimità del proprio operato, sia per ciò che attiene alle procedure di affidamento sia per la stipula dei contratti d'appalto e subappalto.

Ritenuto in diritto

A) contratto stipulato tra il Comune di Molinella e la società Beghelli Servizi s.r.l.

Il primo contratto ha ad oggetto il servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico negli edifici comunali, stipulato dal Comune di Molinella, per la durata di 13 anni, attualmente in fase di esecuzione (Rep. 8568 del 18/06/2008), affidato a Beghelli Servizi s.r.l. con procedura negoziata, senza pubblicazione di bando di gara, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. b, D.lgs. 163/2006¹. Per quanto in atti, si rileva che con esso il Comune di Molinella ha affidato alla ditta Beghelli Servizi s.r.l. il servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico relativo a n. 13 edifici di proprietà comunale per 13 anni. Il servizio appaltato riguarda, nello specifico, la sostituzione degli apparecchi di illuminazione degli edifici comunali, la manutenzione ordinaria programmata degli apparecchi sostituiti e la telediagnosi energetica e funzionale (misura e verifica del risparmio, consistente nel monitoraggio dei consumi tramite apparati collegati via modem con il centro di controllo della ditta)².

Per tale contratto il ricorso alla invocata procedura negoziata risulta priva di adeguata motivazione e dei presupposti di legge poiché non si è rilevato l'espletamento da parte del Comune di Molinella di una indagine di mercato preventiva che dimostrasse l'oggettiva esistenza di un unico operatore sul mercato, individuato sulla base di esigenze preventivamente determinate, in grado di offrire quanto richiesto dall'amministrazione.

Nel caso di specie non è dato rilevare che sia stata verificata la sussistenza di quelle ragioni

tecniche che avrebbero dovuto dimostrare che la soc. Beghelli Servizi s.r.l. fosse l'unico operatore sul mercato in grado di offrire il servizio di illuminazione di edifici pubblici a risparmio energetico finalizzato al soddisfacimento delle esigenze dell'Amministrazione. Solo in tal caso, difatti, la S.A. avrebbe potuto procedere, come ha fatto, ad affidare il servizio in esame alla società Beghelli Servizi s.r.l., ai sensi del richiamato art. 57, comma 2, lett. b) D.Lgs. 163/2006.

In questa sede non si può che ribadire quanto già affermato da questa Autorità con la Deliberazione n. 39 del 18/04/2012 e nelle ivi richiamate Determinazioni n. 2 e n. 8 del 2011. Nella deliberazione, infatti, l'Autorità si è espressa proprio sul contratto d'appalto per il servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico denominato "Un mondo di luce a costo zero", per edifici di proprietà pubblica, offerto dalla ditta Beghelli Servizi s.r.l. ad un ente locale e ad essa affidato con le stesse modalità e in presenza delle medesime caratteristiche del servizio in esame. Con tale delibera l'Autorità ebbe a rilevare la carenza di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio in esame, non ravvisando la sussistenza delle ipotesi previste dal Codice dei contratti per il ricorso alle procedure negoziate, limitato alle sole ipotesi tassativamente previste negli artt. 56 e 57 D.lgs. 163/2006 (che disciplinano, rispettivamente, le procedure con e senza previa pubblicazione del bando), rilevando, altresì, la carenza di un'apposita indagine di mercato precedente la delibera a contrarre, finalizzata alla verifica della sussistenza di quelle ragioni tecniche che sole avrebbero consentito di affidare il servizio unicamente alla società Beghelli Servizi s.r.l.

Inoltre l'Autorità rilevò ulteriori aspetti critici sulla determinazione dell'importo del contratto (in contrasto con l'art. 29 D.Lgs. 163/2006 - art. 3 del contratto) e sulla durata del contratto, per violazione del limite dei nove anni per le spese ordinarie previsto dall'art. 12, comma 2, R.D. 2440/1923 (art. 2 del contratto).

Nelle Determinazioni, contenenti indicazioni operative sulla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'Autorità ha evidenziato come la direttiva 2004/18/CE avesse introdotto, sotto il profilo procedimentale, alcune regole sui criteri di selezione delle offerte al fine di garantire la "*par condicio*" tra i concorrenti, contribuendo così ad una "procedimentalizzazione comunitaria" della procedura negoziata - accentuata dal legislatore nazionale che aveva esteso anche agli appalti sotto soglia le disposizioni applicate agli appalti sopra soglia - da cui ne era derivata l'applicazione anche nelle procedure negoziate dei principi generali di parità di trattamento, divieto di discriminazione e imparzialità, ex art. 97 della Costituzione, e dei principi generali di trasparenza, concorrenza e rotazione, oltre quelli istitutivi del Trattato. Dall'esame di tali principi, derivano "le regole generali imprescindibili che devono essere rispettate nel corso dell'affidamento" e "la corretta procedura che l'amministrazione deve seguire per selezionare il contraente", di cui all'art. 57, comma 6, D.lgs. 163/2006. L'Autorità ha, dunque, evidenziato che, nell'ambito della corretta procedura da seguire, anche la ricerca di mercato che deve precedere la selezione degli operatori economici (da invitare poi alla procedura negoziata con lettera d'invito, nel rispetto dei principi di par condicio e trasparenza, al fine di scegliere la migliore offerta sulla base dei criteri di valutazione nella stessa indicati), sia soggetta a modalità di esecuzione rispettose del principio di trasparenza; il che comporta, per la stazione appaltante, di non poter scegliere gli operatori con modalità "chiuse" rispetto al mercato e imporre, non sempre e non necessariamente ma in relazione all'importo e alla tipologia dell'appalto, forme di pubblicità preventiva della procedura; inoltre, l'Autorità ha rappresentato l'obbligo per la S.A. "di esplicitare nella determina a contrarre i criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare; in caso di avviso preventivo detti criteri devono essere specificati nello stesso" e di pubblicare il c.d. avviso di post-informazione contenente i dati dei soggetti aggiudicatari ³.

In relazione a ciò non rileva il fatto che l'affidatario avesse comunicato alla S.A. che la prestazione da esso offerta fosse coperta da brevetto. Infatti, come sostenuto al riguardo dall'Autorità (Deliberazione del 16.07.2008 n. 28), le ragioni di natura tecnica, artistica o attinenti alla tutela di diritti esclusivi devono reggersi sull'assoluta e inderogabile necessità di rivolgersi ad un determinato operatore economico e non su ragioni di mera opportunità o convenienza. La giurisprudenza ha, inoltre, chiarito che l'esistenza di una privativa industriale di per sé non esclude il fatto che altri servizi e/o progetti possano rispondere ugualmente alle esigenze dell'amministrazione e che la limitazione della concorrenza è legittima solo nel caso in cui i prodotti presentino caratteristiche tecniche infungibili e non surrogabili da tecnologie alternative in grado di assicurare le medesime funzioni ⁴ ovvero nel caso in cui vi sia un solo imprenditore in possesso delle conoscenze tecnico-professionali necessarie per eseguire le prestazioni richieste dall'amministrazione; di modo che "deve ritenersi che i presupposti ricorrano soltanto quando si tratti di qualità talmente particolari dell'impresa da farla apparire, sia sotto il profilo delle maestranze altamente specializzate, sia per gli strumenti tecnologici di cui dispone, sia per il prodotto o il servizio offerto, come l'unica in grado di eseguire un'opera o una prestazione dalle caratteristiche tecniche assolutamente particolari" (TAR Lazio, Sentenza n.286 del 2010).

Quanto sopra rappresentato trova ulteriore conferma nelle affermazioni della S.A. che nelle proprie controdeduzioni ha sostenuto che la determinazione dell'importo da porre a base di gara fosse irrilevante, avendo proceduto mediante "trattativa privata"; ciò porta a concludere che la S.A., non avendo esperito una procedura di gara, abbia ritenuto di non doverne determinare l'importo presunto (a base di gara), considerato per ciò stesso irrilevante.

In conclusione, si ritiene che la citata trattativa privata con l'affidatario del servizio non sia stata

condotta secondo regole procedurali dell'evidenza pubblica, nonostante il richiamo all'art. 57 D.Lgs. 163/2006.

Dagli elementi informativi e documentali acquisiti nell'ambito del procedimento di cui trattasi, sono emerse ulteriori criticità che di seguito si esplicitano.

Una prima criticità la si rileva sull'importo presunto del corrispettivo che non riguarda la mancata indicazione dell'importo contrattuale ovvero la sua inesatta quantificazione (come ritenuto dall'Amministrazione) bensì la mancata indicazione dell'importo stimato massimo pagabile ovvero l'importo complessivo presunto da porre a base della procedura, come prescritto dall'art. 29 D.Lgs.

163/2006; tale obbligo sussiste, infatti, a prescindere dalla procedura di gara scelta dalla S.A. Dal contratto è emerso che al momento della negoziazione (nonché della stipula) l'importo del corrispettivo riconosciuto all'appaltatore - a titolo di remunerazione degli investimenti per la sostituzione degli impianti nonché per l'esecuzione dei servizi di manutenzione e di misurazione dei consumi - non era indeterminato ma determinato solo in parte, nel suo ammontare minimo (indicato appunto come "corrispettivo totale/globale minimo"); mentre un'altra parte di importi aggiuntivi (indicati come "corrispettivo aggiuntivo" e "corrispettivo finale"), erano resi determinabili mediante i criteri indicati nel contratto⁵. Dal contratto è emerso pure che gli impianti sarebbero stati di proprietà dell'appaltatore per tutta la durata del contratto e che la proprietà sarebbe stata trasferita al Comune solo al termine del contratto e solo a condizione che fosse stato pagato integralmente il corrispettivo dovuto (sia quello minimo che quello finale, oltre quello aggiuntivo ove dovuto - art. 7.2 del contratto). Quanto sostenuto dall'Amministrazione in ordine alla irrilevanza della determinazione dell'importo a base d'asta poiché la stessa aveva proceduto ad una trattativa privata, non fa venir meno per la S.A. l'obbligo, stabilito dalla legge, di condurre una procedura negoziata in conformità al Codice dei Contratti e, conseguentemente, l'obbligo di stabilire un corrispettivo a base d'asta. Il contratto presenta, dunque, una criticità inerente la mancata determinazione dell'importo presunto massimo del contratto, in violazione dell'art. 29 D.Lgs. 163/2006.

Un'ulteriore criticità rilevata è rappresentata dalla durata del contratto, di 13 anni, in contrasto anche con il divieto di durata ultranovenne dei contratti pubblici (art. 12, comma 2, R.D.

2440/1923). Tale criticità non è superata dalla considerazione della S.A., secondo la quale la durata del contratto non sarebbe di 13 anni poiché tale durata riguarderebbe solo le prestazioni accessorie (individuate nei servizi di manutenzione programmata e telediagnosi energetica e funzionale) e non quella principale (di fornitura di impianti) e sarebbe stata determinata dalla necessità della S.A. di rateizzare in 13 anni il corrispettivo dovuto, calcolato sulla base dei risparmi energetici presunti derivanti dal contratto. Invero, costituiscono oggetto del contratto sia la fornitura degli impianti e la loro installazione e/o sostituzione, sia i servizi di manutenzione programmata e di telediagnosi energetica e funzionale che devono essere erogati per 13 anni; dunque la durata del contratto è indiscutibilmente quella di 13 anni, come riportato nel contratto. Le motivazioni addotte dalla S.A. per stabilire la durata del contratto, fanno emergere, oltre all'interesse della S.A. a dilazionare il proprio debito, quello di Beghelli Servizi s.r.l. a vedersi remunerato integralmente il capitale investito, posto che quest'ultima si vede riconosciuta una percentuale del 90% sui risparmi energetici attesi (presunti) a fronte della percentuale del 10% riconosciuta all'ente locale. Peraltro, tali modalità di determinazione della durata del contratto, che paiono commisurate al periodo di ammortamento degli investimenti, rispondono ad una logica che sembra analoga a quella del finanziamento tramite terzi di cui al D.Lgs. 155/2008, cui tuttavia né il contratto d'appalto né la S.A. fanno riferimento. Merita rilevare, in proposito, che per l'affidamento della gestione di servizi energetici in cui sia prevista l'effettuazione di una diagnosi energetica, la realizzazione di interventi tramite lo strumento del finanziamento tramite terzi nonché la presentazione di un progetto (in conformità ai livelli di progettazione ex art. 93 D.lgs. 163/2006), la legge non consente il ricorso a procedure negoziate. In tal caso, difatti, la legge prevede che l'affidamento debba essere preceduto da procedura aperta o ristretta ex art. 55 D.Lgs. 163/2006 e che debba essere applicato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 15 D.Lgs. 115/2008)⁶.

In conclusione, la durata di 13 anni del contratto in esame non appare essere stata stabilita in conformità alle disposizioni di legge.

Il contratto presenta uno squilibrio nelle garanzie contrattuali delle parti. Difatti, diverse clausole tutelano l'appaltatore dall'inadempimento totale o parziale della S.A. (interessi di mora, clausola risolutiva espressa, penali pari anche all'intero corrispettivo minimo, disattivazione degli apparecchi, mancata cessione della proprietà degli apparecchi) e dal recesso della S.A. (elevato termine di preavviso collegato a penali elevate) mentre, di contro, non si rilevano clausole analoghe a tutela dell'Amministrazione pubblica per il caso d'inadempimento dell'appaltatore, ivi inclusa la segnalata carenza di cauzioni, fideiussioni, etc. Sul punto, il Comune di Molinella ha confermato la sussistenza di tale squilibrio, sebbene contesti la carenza di garanzie per la S.A. poiché trattandosi di contratto di forniture, l'unica parte da garantire era quella venditrice, cioè Beghelli Servizi s.r.l.; mentre le garanzie a tutela dell'Amministrazione consisterebbero nel potere di trattenere le apparecchiature e di sospendere i pagamenti. Tale assunto non si ritiene condivisibile perché la carenza di garanzie per la S.A. permane nonostante il fatto che la stessa possa ricorrere ai rimedi generali previsti dall'ordinamento a tutela dell'inadempimento contrattuale; mentre il paventato trattenimento delle apparecchiature non pare un rimedio pacificamente azionabile dalla S.A. perché, come già illustrato, le apparecchiature sono e restano di proprietà della Beghelli Servizi s.r.l. sino al termine del contratto e sino a quando l'Amministrazione non abbia pagato integralmente il corrispettivo pattuito (sia quello minimo che quello aggiuntivo). In particolare, si rileva, peraltro, la carenza quantomeno

della fideiussione definitiva ex art. 113 D.Lgs. 163/2006.

Altra criticità riguarda la formulazione della clausola inerente la disciplina del subappalto, in quanto ammette il subappalto per una parte rilevante delle prestazioni contrattuali, sia sotto un profilo qualitativo che quantitativo. Difatti, dal contratto emerge che il subappalto è ammesso per l'attività di sostituzione degli apparecchi esistenti, per l'installazione dei nuovi apparecchi, per la manutenzione programmata (l'unica attività non subappaltabile pare essere quella di telediagnosi energetica e funzionale), senza specificazione dell'entità dei servizi subappaltati e delle caratteristiche del subappaltatore (art. 4 del contratto). Dal contratto non si evince, dunque, il rispetto dei limiti previsti dall'art. 118 D.Lgs. 163/2006 per il subappalto, sebbene ad esso si faccia riferimento. La S.A., sul punto, oltre a ribadire che la disciplina del contratto è quella contenuta nell'art. 4 del citato contratto, ha sostenuto che il limite quantitativo del Codice dei contratti è stato rispettato, senza produrre alcuna documentazione a sostegno (contratto di subappalto, fatture, dati del subappaltatore, etc.). Permane, pertanto, la criticità sopra rilevata sul subappalto, quantomeno nella formulazione del contratto, che lo rende non conforme all'art. 118 del Codice dei Contratti. Infine, si evidenzia che non costituisce una criticità il non aver tenuto conto la S.A. dei precedenti dell'Autorità (peraltro effettivamente successivi agli affidamenti), posto che il richiamo agli stessi è stato effettuato al fine di fornire alla S.A. un ausilio nella corretta applicazione della legge già vigente all'epoca degli affidamenti.

B) Sul 2° contratto stipulato tra la società Molinella Futura s.r.l. e Beghelli Servizi s.r.l. Il secondo contratto ha ad oggetto la vendita e posa in opera di apparecchi di illuminazione pubblica a risparmio energetico sul territorio comunale, stipulato dalla società Molinella Futura s.r.l. per la durata di 20 anni (decorrenti dall'installazione e attivazione degli apparecchi stradali), affidato a Beghelli Servizi s.r.l. con procedura negoziata, senza pubblicazione di bando di gara, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. b, D.lgs. 163/2006 (data stipula del 12/05/2009). Per quanto in atti, si rileva, che il contratto, nonostante rechi la dicitura: "Contratto di vendita e posa in opera di apparecchi di illuminazione pubblica a risparmio energetico", non ha ad oggetto solo la fornitura degli apparecchi stradali, comprensiva della posa in opera, bensì il servizio di pubblica illuminazione.

Infatti, nelle premesse del contratto d'appalto si legge che "Molinella Futura ha individuato il soggetto al quale affidare il servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico dell'illuminazione pubblica in ottemperanza a quanto previsto dal D.Lgs. 163/2006" (sub punto c) e ha individuato "nel progetto della Beghelli servizi denominato "Un mondo di luce a costo zero" l'interlocutore meglio rispondente" ai principi di economicità, etc. "per la gestione e manutenzione della illuminazione pubblica mediante ammodernamento dei corpi illuminanti e l'erogazione del servizio oggetto del contratto" (sub punto e); inoltre nell'art. 1 del contratto è indicato che l'oggetto del contratto consiste nella fornitura di apparecchi di illuminazione pubblica a risparmio energetico, nel servizio di installazione degli stessi e nel servizio di telediagnosi.

Le considerazioni svolte sull'indagine di mercato in relazione al primo contratto, valgono anche per il contratto stipulato dalla società Molinella Futura, che era tenuta per legge al rispetto del Codice dei contratti pubblici, tanto per l'acquisto di beni e servizi che per l'esecuzione di lavori, anche nel caso di ricorso a procedure negoziate senza bando di gara (ai sensi dell'art. 32, lett. c) del D.Lgs. 163/2006). In tal caso, peraltro, si ritiene che l'elevato importo del contratto imponesse l'adozione di una pubblicità preventiva della procedura, come già indicato dall'Autorità.

In riferimento alle affermazioni del Comune di Molinella sull'indagine di mercato, si rappresenta che corrisponde al vero che nel contratto stipulato dalla Società Molinella Futura è indicato che la scelta dell'affidatario è avvenuta in ottemperanza al D.Lgs. 163/2006 e che nella delibera con la quale il Comune ha approvato l'affidamento de qua (n. 73 del 11/05/2009), si fa riferimento a indagini di mercato svolte dalla società Molinella Futura, ma né nell'uno né nell'altro caso se ne descrivono le modalità e le caratteristiche (tipologia, tempistica, fasi, etc.); di contro, si evince che è stato l'affidatario del servizio a presentare alla S.A. la propria offerta - considerata idonea a "conseguire significativi risparmi energetici, perseguire il necessario adeguamento tecnologico" - unitamente al proprio progetto denominato "Un mondo di luce a costo zero", in base al quale è stato scelto quale miglior "interlocutore" cioè miglior offerente (sub punto d) delle premesse). Anche nella comunicazione della società Molinella Futura (allegata alla delibera di cui sopra - Prot. 373/2009 del 07.05.2009), si rileva che la società ha sì comunicato di avere "ricercato sul mercato possibili contraenti" ma ha omissso di descrivere la procedura seguita (né lo ha fatto in sede di controdeduzioni, omettendo di produrre documentazione che fornisse elementi utili in tal senso) e ha descritto, invece, l'obiettivo perseguito e il servizio da realizzare: "garantire un sostanzioso risparmio in termini di consumi energetici e, nel contempo, abbattere i disagi per la cittadinanza, garantendo un servizio assolutamente continuativo attraverso proprie tecnologie (nel caso di specie il servizio di telecontrollo monitorato da personale dedicato nell'intero arco delle 24 ore ed i corpi illuminanti dotati di doppia sorgente luminosa)". Dalla medesima nota si rileva, altresì, che "tali tecnologie sono risultate esclusive e/o tutelate da diritti esclusivi, così da consentire la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'art. 57, comma 2, lettera b) del vigente codice dei contratti (...) e che termini e condizioni contrattuali (di cui alla bozza di contratto approvata dal Comune) sono stati definiti a seguito di trattative condotte per alcuni mesi con la società Beghelli servizi srl, in assenza di un confronto competitivo con altri operatori economici del settore. Di modo che si evince che la società, ricevuta la proposta di Beghelli Servizi s.r.l. e preso atto che le tecnologie da essa offerte fossero coperte da brevetto, ha ritenuto che ciò

fosse di per sé sufficiente ad escludere l'esistenza di altri operatori sul mercato idonei ad offrirle i servizi di cui aveva bisogno ed ha negoziato unicamente con essa i termini dell'accordo negoziale. Si ritiene, invece, che ciò fosse idoneo solo ad escludere che altri operatori potessero offrire le identiche tecnologie offerte da Beghelli Servizi s.r.l. e non servizi e apparecchiature analoghi a quelli in esame.

Si osserva, quindi, che anche nell'ipotesi in cui la società Molinella Futura abbia effettuato una ricerca di mercato, la stessa abbia cercato operatori sul mercato che offrissero tecnologie identiche a quelle offerte da Beghelli Servizi s.r.l. e non un servizio e/o benefici analoghi a quelli da questa offerti con il progetto "Un mondo di luce a costo zero". Motivo per cui la società Molinella Futura - peraltro essa stessa affidataria diretta del servizio, in deroga alle procedure del D.Lgs. 163/2006 - ha a sua volta ritenuto di poter procedere ad un affidamento, senza pubblicazione del bando di gara né di avvisi, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. b), D.Lgs. 163/2006.

In conclusione, dagli atti si deduce che anche nel caso del contratto d'appalto stipulato da Molinella Futura, non sia stata realizzata un'indagine di mercato finalizzata all'individuazione di operatori economici idonei ad offrire il servizio di cui la stessa necessitava.

Il contratto presenta, altresì, le medesime ulteriori criticità del primo contratto (stipulato dal Comune) sopra descritte, che riguardano:

- il subappalto (disciplinato dall'art. 8 del contratto) poiché consente alla ditta Beghelli Servizi s.r.l. di subappaltare l'intero servizio senza limiti quantitativi e qualitativi tranne un generico richiamo alla disciplina di cui all'art. 118;
- lo squilibrio contrattuale a favore della ditta Beghelli Servizi s.r.l. in tema di clausole di garanzia per l'inadempimento della S.A., senza prevedere clausole analoghe a tutela della S.A. in caso di inadempimento dell'appaltatore, ivi inclusa la segnalata carenza di cauzioni e fidejussioni, di cui all'art. 113 D.Lgs. 163/2006;
- la mancata indicazione dell'importo presunto massimo del contratto, in violazione dell'art. 29 D.Lgs. 163/2006;
- l'elevata durata del contratto, pari a 20 anni, stabilita in difformità alle disposizioni normative.

Con riferimento, infine, alla società Molinella Futura s.r.l., il contratto fa sorgere dubbi sulla legittimità del (sub) affidamento del servizio in esame da parte di questa a Beghelli Servizi s.r.l., derivanti dall'essere Molinella Futura essa stessa affidataria diretta del servizio in esame in virtù dell'art. 113, comma 5, lett. c), D.Lgs. 267/2000 (a norma del quale la società è stata costituita). Dalla delibera n. 73 del 11/05/2009 del Comune di Molinella - con cui il Comune ha approvato l'affidamento della (unitamente alla bozza di contratto) - si evince che la società Molinella Futura s.r.l. è una società a totale partecipazione comunale ed è qualificata società patrimoniale del Comune di Molinella, che l'ha costituita nel 2007, con deliberazione del Consiglio Comunale del 17/12/2007 n. 85, "per l'affidamento di servizi pubblici locali ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c), D.Lgs. 267/00"⁷. Nel 2008, con il piano industriale della società (punto 4)⁸ sono stati individuati i "servizi che la società svolgerà per conto del Comune di Molinella", nei quali è compreso il servizio di illuminazione pubblica⁹.

Di conseguenza, il Comune di Molinella ha stipulato con la società Molinella Futura il contratto di servizio che disciplina le modalità di svolgimento del servizio di pubblica illuminazione (contratto Rep. n. 852 del 31/07/2008) e indica come obiettivo da perseguire "il risparmio energetico, l'ottimizzazione della gestione e la standardizzazione dei materiali" (in premesse), comprende nell'oggetto "la realizzazione di interventi di adeguamento, di riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione" (art. 2) e include negli obblighi dell'affidatario quello "di perseguire l'erogazione di detto servizio in maniera continuativa, cioè in maniera tale da non poter essere interrotta né sospesa dalla società per alcun motivo" (art. 8).

La società Molinella Futura, pur essendo affidataria del servizio, invece che eseguirlo in proprio lo ha (sub) affidato, a sua volta, alla società Beghelli Servizi s.r.l. con atto dell'11.05.2009 e ha sottoscritto con la stessa il contratto d'appalto oggi in esame (datato 12.05.2009)¹⁰, avente ad oggetto il servizio di pubblica illuminazione cioè la fornitura degli apparecchi stradali, il servizio di installazione e il servizio di telediagnosi, al fine di conseguire quegli stessi obiettivi di risparmio energetico e di erogazione del servizio di pubblica illuminazione in maniera continuativa, previsti nel già citato contratto di servizio.

Molinella Futura s.r.l., gestore del servizio di pubblica illuminazione individuato dal Comune di Molinella - cui è vincolata in virtù di un contratto di servizio - non poteva, dunque, essa stessa cedere integralmente a terzi il medesimo servizio senza incorrere, da un lato, nell'inadempimento dei propri obblighi contrattuali, dall'altro, nella violazione del generale divieto di cessione dei contratti pubblici di cui all'art. 118 D.Lgs. 163/2006 (fatta salva l'ipotesi di subappalto alle condizioni ivi previste).

L'art. 113, comma 5, D.Lgs. 267/2000 (TUEL), norma istitutiva della società Molinella Servizi srl, prevedeva - "secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea" - tre forme alternative di affidamento dei SS.PP.LL.; quello scelto dal Comune di Molinella per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali (individuati nel progetto industriale) è stato

l'affidamento ad una società interamente pubblica, a condizione che fosse soggetta ad un controllo da parte dell'ente/i locale/i socio/i analogo a quello esercitato sui propri servizi e che realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente/i pubblico/i socio/i (comma 5, lett. c)¹¹. Tale

norma, in seguito a una complessa evoluzione normativa, è stata espunta dall'ordinamento e oggi le modalità di affidamento dei SS.PP.LL. sono disciplinate dalla normativa dell'unione europea e dai principi comunitari di par condicio, economicità, trasparenza e pubblicità, ai sensi dell'art. 34, commi 20-27, D.L. 179/2012, conv. in L. 221/2012 (fatte salve le normative di settore attuative di e/o conformi a specifiche direttive europee).

Di conseguenza, da un lato, le modalità legittime di affidamento dei SS.PP.LL. sono le procedure di gara come disciplinate dalle direttive europee appalti e dal Codice dei Contratti e le ipotesi di legittima esclusione dall'applicazione della suddetta normativa (fatte salve le eccezioni ivi espressamente previste) sono gli affidamenti diretti a società c.d. in house; dall'altro, gli affidamenti non conformi a tale normativa, in essere alla data del 20/10/2012, avrebbero dovuto essere adeguati alla citata normativa (cioè essere affidati con procedure di gara) ovvero cessare, entro la data del 31/12/2013¹².

Ciò detto, alla luce della normativa comunitaria e nazionale vigente in materia, gli affidamenti diretti dei servizi pubblici locali del Comune di Molinella alla società pubblica Molinella Futura s.r.l., possono essere considerati legittimi - non essendoci stato affidamento con gara - solo ove si configuri la fattispecie - invero neppure non invocata dall'ente locale - dell'in house providing. Orbene, l'affidamento del servizio pubblico locale in favore di Molinella Futura è stato un affidamento diretto in virtù delle modalità richiamate e delle caratteristiche invocate per la sua costituzione (società interamente pubblica, con prevalenza dell'attività svolta in favore dell'ente socio e assoggettata al controllo analogo di questi, cioè dotata dei requisiti dell'in house). Il Comune di Molinella nelle proprie controdeduzioni ha rappresentato che la società "**Molinella Futura**" è infatti essenzialmente una Società patrimoniale (...) la quale non eroga direttamente, ma bensì gestisce i servizi pubblici locali affidatili, ponendo le dotazioni e infrastrutture a disposizione dei gestori incaricati della gestione dei servizi e coadiuvando e supportando tecnicamente l'Ente locale nelle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento a terzi dei servizi pubblici locali (si veda art. 4 dello statuto, "oggetto sociale" commi 3 e 4)".

Lo statuto di Molinella Futura stabilisce che: la società ha per oggetto la gestione del patrimonio e dei servizi pubblici del Comune di Molinella (art. 4, comma 1); il patrimonio oggetto di gestione è comprensivo delle reti, partecipazioni e quant'altro conferito con atti del Consiglio comunale e successive acquisizioni anche mediante mezzi propri (art. 4, comma 2); la società mette a disposizione le infrastrutture e le dotazioni sia dei gestori dei SPL sia, in caso di gestione separata della stessa, dei gestori della rete (art. 4, comma 3); la società - ove delegata espressamente dall'ente locale a ricevere a titolo di conferimento o assegnazione, reti, impianti o altre dotazioni patrimoniali per l'effettuazione di SPL - svolgerà attività inerenti la gestione della rete, impianti, dotazioni patrimoniali e potrà coadiuvare e supportare tecnicamente l'ente locale proprietario nelle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento a terzi dei servizi pubblici locali (art. 4, comma 4); la società ha per oggetto lo svolgimento delle attività relative al patrimonio comunale e alla gestione di servizi pubblici locali e di tutte le operazioni a ciò connesse e/o strumentali (art. 4, comma 5, statuto).

Da ciò emerge che la società non aveva il potere di esperire procedure di gara, ivi incluse le procedure negoziate senza bando (né risulta da altri atti che il Comune le abbia conferito tali poteri); bensì solo quello di supportare tecnicamente l'ente locale nell'espletamento delle gare; motivo per cui, nel caso di specie, sia a norma di statuto che in base a quanto riferito dal Comune stesso, la società Molinella Futura non aveva il potere di affidare a Beghelli Servizi il servizio pubblico locale di illuminazione pubblica, come ha fatto.

La formulazione dello statuto, peraltro, non consente di definire la società in maniera univoca come società in house per la gestione di servizi pubblici locali (ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c), TUEL) poiché oltre ad essere definita tale, essa è definita contemporaneamente come società patrimoniale dell'ente locale (ai sensi dell'art. 113, comma 13, TUEL), cioè società a capitale interamente pubblico locale, incedibile, proprietaria di reti, impianti e dotazioni patrimoniali dell'ente locale, che mette a disposizione dei gestori dei servizi, e come società in house gestore della rete (ai sensi dell'art. 113, comma 4, lett. a) TUEL). Quindi essa pare rivestire in sé, contemporaneamente, la qualità di ente proprietario e di gestore della rete nonché quella di gestore dei servizi pubblici locali e strumentali del Comune.

Ciò appare confermato nell'atto costitutivo della società stessa e nella deliberazione del Consiglio Comunale n. 85 del 17/12/2007, in cui era prevista la costituzione di una società ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c), TUEL, affidataria in house di SPL che contestualmente fosse anche una società patrimoniale e di proprietà interamente del Comune (nelle premesse si fa riferimento alle società costituite ai sensi dell'art. 113, comma 13, TUEL). In tale delibera, risulta, altresì, che la rete della pubblica illuminazione era di proprietà dell'ente locale (non risulta, di contro, una separazione tra rete e servizio); motivo per cui non essendoci separazione, vi era un unico gestore della rete e del servizio¹³.

Da quanto sopra, emerge dunque (conformemente alla citata delibera n. 73 dell'11/05/2009) che Molinella Futura srl sia una società che, benché costituita ai sensi dell'art. 113, comma 5, TUEL per essere affidataria in house di servizi pubblici locali e utilizzatrice delle reti ad essi funzionali, sia stata costituita contestualmente anche come società patrimoniale, disciplinata dall'art. 113, comma 13, TUEL. In sostanza, essa è un soggetto che contestualmente è proprietario della rete di pubblica illuminazione e gestore del relativo servizio. Ciò conferma la carenza, in capo alla società Molinella Futura, del potere di espletare procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di

pubblica illuminazione ¹⁴ .

In conclusione - senza entrare nel merito dell'abrogazione implicita o meno dell'art. 113, comma 13, TUEL ¹⁵ e nonostante l'abrogazione dell'art. 113, comma 5, TUEL ¹⁶ - si rileva che Molinella Futura per gestire i SPL del Comune dovesse essere una società in house, ai sensi dell'art. 113, comma 5, TUEL) ¹⁷ ; cosa che, tuttavia, da quanto sopra rappresentato non si evince in maniera chiara poiché le caratteristiche dalla stessa possedute non consentono di definirla in maniera univoca come società in house osocietàad intero capitale pubblico, operante sul mercato, che svolge contestualmente servizi strumentali (ivi inclusa la gestione delle reti e dotazioni patrimoniali) e servizi pubblici locali; da ciò ne deriva che è dubbio che la stessa potesse gestire il SPL ad essa affidato.

In ogni caso, senza entrare nel merito dell'effettiva sussistenza, nel caso di specie, dei requisiti dell'in house providing sopra richiamati (elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale), si ritiene che la società Molinella Futura, operando come sopra, abbia disatteso a una ben precisa scelta dell'ente locale inerente le modalità di gestione del servizio in esame, che è era quella di gestire direttamente il servizio pubblico locale senza ricorrere al mercato. Nel caso di specie, il Comune di Molinella ha effettuato, a monte dell'affidamento, una scelta sulle modalità di gestione del servizio di pubblica illuminazione sul proprio territorio e ha scelto l'autoproduzione, ovvero di non ricorrere al mercato ma di gestire autonomamente, da sé, il servizio e ha utilizzato a tal fine, invece che propri uffici, una società di diritto privato, all'uopo costituita e astrattamente dotata dei sopra indicati requisiti per le società in house, Molinella futura srl, appunto. Posto che è ammissibile che un ente nell'esercizio dei propri poteri decida di modificare le scelte effettuate, ivi incluse le modalità di esecuzione di un servizio, decidendo di ricorrere al mercato, ciò comporta che l'adozione di tale scelta spetti all'amministrazione stessa e non alla società affidataria diretta del servizio, come nel caso di specie è avvenuto. In sostanza, si ritiene che il Comune di Molinella e solo esso poteva decidere di mettere a gara anche il servizio di illuminazione pubblica stradale (oltre che quello di illuminazione degli edifici comunali) ricorrendo al mercato e che ciò non potesse essere deciso dalla società affidataria del servizio che, di contro, era obbligata ad espletare il servizio sino alla scadenza del contratto (o all'eventuale revoca dell'affidamento o risoluzione dello stesso). Ciò, in considerazione del fatto che l'esecuzione del servizio le era imposto, oltre che dal contratto di servizio da essa sottoscritto, anche dal proprio oggetto sociale che prevede la gestione di servizi pubblici locali. Si ritiene, pertanto, che essa non avrebbe potuto affidare il servizio a terzi poiché carente del potere di indire procedure di gara nonché di sub affidare direttamente a terzi i servizi ad essa stessa affidati.

Non vale a contrastare tale conclusione, il fatto che la società avesse informato il Comune dell'affidamento in esame e che il Comune avesse approvato tale affidamento con deliberazione. Il potere di affidare il servizio in esame è stato attribuito dalla legge all'ente locale, mentre, di contro, non è dato rinvenire, nel caso di specie, un analogo potere attribuito dalla legge alle società c.d. in house, patrimoniali o ad intero capitale pubblico (cioè il potere di affidare a terzi i servizi pubblici di rilevanza economica ad esse stesse affidati) ¹⁸ ; inoltre, il potere attribuito agli enti locali, è esso stesso vincolato, come sopra illustrato, al rispetto delle normative dell'unione europea, dei principi comunitari e del codice appalti (quindi all'espletamento delle procedure di gara, fatte salve le sole eccezioni tassativamente previste dalla normativa stessa nonché nel caso di affidamenti in house) ¹⁹ .

Infine, per ambedue i contratti di cui trattasi, si rileva che la S.A. non abbia proceduto alla richiesta dei Codice Identificativo Gara - CIG da attribuire alle relative procedure di affidamento né abbia adempiuto all'obbligo del pagamento del contributo all'Autorità, non rilevandosi ciò neanche per l'operatore economico affidatario del servizio. L'obbligo di pagamento di tale contributo da parte di soggetti pubblici e privati sottoposti alla vigilanza dell'Autorità (ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta) è stato introdotto dall'art. 1, comma 67, L. 266/2005 ²⁰ , che ha attribuito all'Autorità il potere di stabilirne l'ammontare e le modalità di riscossione. In attuazione di ciò, l'Autorità con Deliberazione del 10 gennaio 2007 (entrata in vigore il 1° febbraio 2007) ha introdotto il CIG-Codice Identificativo Gara ed ha previsto l'obbligo del pagamento del contributo all'Autorità per gare di importi superiori ad euro 150.000,00 (sino al 2011) ²¹ benché l'obbligo di richiedere il CIG valesse anche per le gare esenti ²² . Di conseguenza, i contratti del Comune di Molinella e della società Molinella Futura in esame, nel 2008 erano assoggettati all'obbligo di richiesta/attribuzione del CIG e all'obbligo del pagamento del contributo dovuto all'Autorità.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

- ritiene, nei sensi e limiti di cui in motivazione, che il Comune di Molinella nell'affidamento del servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico negli edifici comunali e la società Molinella Futura s.r.l. nell'affidamento del servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico dell'illuminazione pubblica, abbiano operato in difformità con l'art. 57, comma 2, lett. b) D.Lgs. 163/2006 nonché con gli artt. 29, 113 e 118 D.Lgs. 163/2006, con l'art. 12 RD 2440/1923, con l'art. 1, comma 67, L. 266/2005 e Deliberazione AVCP del 10 gennaio 2007, e che la società Molinella Futura s.r.l. abbia operato, altresì, in difformità con i principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di in house providing.

- ritiene, in particolare, che in entrambi i contratti d'appalto in esame, il ricorso alla invocata procedura negoziata appare privo di adeguata motivazione e dei presupposti di legge poiché non si è rilevato l'espletamento da parte di entrambe le stazioni appaltanti, Comune di Molinella e Soc. Molinella Futura, di una indagine di mercato preventiva che abbia dimostrato l'oggettiva esistenza di un unico operatore sul mercato in grado di offrire quanto richiesto dalla S.A., individuato sulla base di esigenze preventivamente determinate dalla stessa. Si ritiene, pertanto, che l'affidamento dei servizi in esame alla società Beghelli Servizi s.r.l., sia stato non conforme al richiamato art. 57, comma 2, lett. b) D.Lgs. 163/2006;
- ritiene che in entrambi i contratti sussistano le seguenti ulteriori criticità:
la mancata determinazione dell'importo presunto massimo del contratto, in violazione dell'art. 29 D.Lgs. 163/2006;
l'elevata durata del contratto - 13 anni nel primo contratto e 20 anni nel secondo - in contrasto anche con il divieto di durata ultranovennale dei contratti pubblici (art. 12, comma 2, R.D. 2440/1923);
lo squilibrio nelle garanzie contrattuali delle parti, ivi inclusa la segnalata carenza di cauzioni e fidejussioni di cui all'art. 113 D.Lgs. 163/2006;
la disciplina del subappalto in difformità all'art. 118 Codice Contratti poiché il primo contratto - quantomeno per la sua formulazione - ammette il subappalto per una parte rilevante delle prestazioni contrattuali, sia sotto un profilo qualitativo che quantitativo, e il secondo contratto consente all'appaltatore di subappaltare l'intero servizio, senza limiti quantitativi e qualitativi;
la mancata richiesta e attribuzione del CIG per le procedure in esame e il mancato pagamento del contributo dovuto all'Autorità, in difformità con l'art. 1, comma 67, L. 266/2005 e Deliberazione AVCP del 10 gennaio 2007;
- ritiene che sul secondo contratto, un'ulteriore criticità sia rappresentata dal (sub) affidamento del servizio in esame da parte della S.A. - essa stessa affidataria diretta del servizio in conseguenza della sua costituzione ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c), D.Lgs. 267/2000 - in violazione oltre che dei propri obblighi contrattuali nascenti dal contratto di servizio e del generale divieto di cessione dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 118 D.Lgs. 163/2006, anche in assenza del potere di espletare gare e di (sub) affidare il servizio de qua in capo alla società (sub) appaltante, Molinella Futura s.r.l.;
- invita le stazioni appaltanti a rendere note, entro trenta giorni dal ricevimento della presente deliberazione, le eventuali iniziative assunte in autotutela;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Contratti affinché comunichi la presente delibera al Comune di Molinella, alla società Molinella Futura s.r.l., nonché all'esponente;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture affinché trasmetta la presente delibera alla Procura Regionale della Corte dei Conti.

Il Consigliere Relatore: Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 giugno 2014

Il Segretario: Maria Esposito

1 La norma richiamata dalla S.A. prevede lo svolgimento di una procedura negoziata con un solo operatore, ove questi per motivi di natura tecnica o artistica, sia l'unico operatore sul mercato in grado di fornire i beni richiesti dalla S.A.

2 Contratto Rep. 8568 del 18/06/2008; Deliberazione di Giunta Comunale n. 70 del 03/06/2008.

3 AVCP, Deliberazione n. 39 del 18/04/2012; Determinazione n. 2 del 2011; Determinazione n. 8 del 2011.

4 Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n.642 del 2011; TAR Bologna, sentenza n. 1107 del 2009.

5 Il corrispettivo totale/globale minimo è pari a € 312.090,00 (art. 3.1 del contratto) e ne è prevista la corresponsione in rate bimestrali, commisurate alla percentuale del 9% del risparmio misurato (art. 3.2 del contratto). Il corrispettivo aggiuntivo e il corrispettivo finale non sono determinati; quello aggiuntivo dovrà essere corrisposto dopo il settimo anno di contratto, solo se a tale data fosse stato pagato tutto il corrispettivo minimo di cui sopra e in tal caso sarà pagato in rate bimestrali, commisurate alla percentuale del 7% del risparmio misurato (art. 3.3 del contratto); il corrispettivo finale, dovrà essere corrisposto scadenza del contratto e sarà pari alla somma di € 0,50 per ogni apparecchio sostituito.

6 D.Lgs. 30 maggio 2008, n. 115, Attuazione della direttiva 2006/32/CE relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia.

7 L'art. 113, comma 5, lett. c) D.Lgs. 267/2000, recitava: "L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio (...) c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano". Le caratteristiche indicate dalla norma coincidono con quelle dell'in house providing, anche noto come auto-produzione, elaborate sin dal 1999 dalla giurisprudenza comunitaria (a partire da Corte di giustizia CE del 18 novembre 1999, causa C-107/98-Teckal; cfr. anche Libro Bianco sugli appalti del 1998). La citata norma è stata abrogata ma l'istituto trova applicazione nel nostro ordinamento in virtù della sua origine giurisprudenziale comunitaria.

8 Il piano industriale è stato approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 12 del 19/03/2008.

9 Le informazioni sopra riportate sono state desunte dalla delibera comunale di approvazione del contratto in esame, DGC 73/2009, allegata alle controdeduzioni inviate dal Comune di Molinella, unitamente alla DGC 70/2008 (relativa al primo contratto in esame), nonché dall'atto costitutivo, dallo statuto e dalla visura camerale della società Molinella Futura s.r.l., acquisiti d'ufficio dalla CCIAA di Bologna, poiché il Comune non ha prodotto gli atti societari della suddetta società (atto costitutivo, statuto, piano industriale) né il contratto di servizio con la stessa stipulato né altra documentazione relativa all'indagine di mercato. La Società Molinella Futura s.r.l. non ha inviato alcuna documentazione a corredo delle contro-deduzioni, avendo inviato una comunicazione con cui si rimetteva integralmente alle controdeduzioni del Comune di Molinella.

10 Il Comune di Molinella ha approvato tale affidamento, unitamente alla bozza di contratto, con Delibera del n. 73 dell'11.05.2009.

11 Il comma 5 dell'art. 113 TUEL è stato espressamente abrogato dall'art. 12, comma 1, lett. a), DPR 168/2010 benché già implicitamente abrogato, per incompatibilità, dall'art. 23bis, comma 11, D.L. 112/2008 (conv. in L. 133/2008). Esso è stato sostituito dal comma 2 dell'art. 23bis del D.L. 112/2008 (come modificato dall'art. 15, comma 1, lett. b) D.L. 135/2009, conv. in L. 166/2009) che prevedeva che: "Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) 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". Prevedeva espressamente, quindi, la gara c.d. a doppio oggetto, in cui il socio privato (il c.d. socio operativo), oltre ad acquisire una partecipazione azionaria, espletava uno specifico servizio.

12 E' fatto salvo il caso in cui alla data del 31/12/2013, le procedure di gara per l'affidamento dei suddetti servizi risultino già avviate da parte degli enti di governo degli ambiti territoriali; in tal caso, infatti, i gestori continuano a gestire i suddetti servizi sino al subentro del nuovo affidatario e comunque non oltre il termine del 31/12/2014 (ai sensi del combinato disposto degli artt. 34, comma 21, D.L. 179/2012 e 13, comma 1, D.L. 150/2013).

13 Tale scelta di un'unica società, contestualmente patrimoniale e affidataria di SPL, derivava dalla volontà dichiarata del Comune di ottenere contestualmente i vantaggi di tipo economico, finanziario, fiscale, derivanti dall'utilizzo di una società patrimoniale, consistenti in vantaggi tecnici (competenze specializzate), economico-gestionali (recupero IVA, economie di scala, specializzazione, maggiore potere contrattuale), funzionali (struttura contabile diversa rispetto al Comune), finanziari (maggiore e migliore accesso ai finanziamenti ed investimenti) nonché di maggiore efficienza nella gestione dei servizi erogati, derivanti dall'utilizzo di una società di capitali per la gestione di singoli rami di attività del Comune.

14 Solo nel caso in cui vi sia una separazione tra attività di erogazione dei servizi e attività di gestione della rete e delle infrastrutture, l'art. 113, comma 13, ultimo periodo, TUEL, attribuisce agli enti locali il potere di assegnare alle società patrimoniali (ex art. 113, comma 4, lett. a), TUEL) dotate dei requisiti dell'in house, il compito di indire gare per l'affidamento del SPL, accanto alla gestione della rete.

15 In senso favorevole all'intervenuta abrogazione dell'art. 113, comma 13, TUEL, cfr. Corte Costituzionale, 25 novembre 2011 n. 320. In tal senso, anche Corte dei Conti, Sez. Emilia Romagna, 13 febbraio 2012 n.9, che in tal caso si ritiene che le società patrimoniali "siano una modalità organizzativa superata e non più consentita" e che quelle operanti debbano essere dismesse "non essendo più consentito che la proprietà delle reti, impianti ed altre dotazioni destinate all'esercizio

di servizi pubblici locali a rilevanza economica sia detenuta da società”.

16 Il comma 5 dell’art. 113 TUEL è stato espressamente abrogato dall’art. 12, comma 1, lett. a), DPR 168/2010 ma era già stato implicitamente abrogato, per incompatibilità, dall’art. 23bis, comma 11, D.L. 112/2008.

17 Molinella Futura avrebbe dovuto essere una società in house del comune anche per essere gestore della rete (ai sensi art. 113, comma 4, TUEL) - nel caso di separazione tra gestione della rete e attività di erogazione dei servizi pubblici locali - e anche nel caso di contestuale assegnazione della proprietà delle rete e affidamento della gestione della rete stessa (ai sensi art. 113, comma 4 e comma 13, TUEL).

18 Le società in house sono tenute al rispetto del codice dei contratti per l’acquisizione di beni e servizi e all’espletamento di procedure concorsuali per il reperimento del personale.

19 Dagli atti acquisiti in corso d’istruttoria non è emerso che il comune abbia proceduto ad assegnare alla società Molinella Futura il compito di indire gare per l’affidamento di servizi pubblici locali. Cfr., nota 14.

20 La legge è stata pubblicata in GURI del 29/12/2005 ed è entrata in vigore il 1° gennaio 2006.

21 Nella delibera è previsto che il pagamento del contributo in favore dell’Autorità dovesse avvenire al momento dell’attivazione delle procedure di gara e che l’Autorità rilasciasse il CIG su richiesta della S.A. La S.A. aveva poi l’obbligo di indicarlo sugli avvisi, bandi ovvero richieste di offerte comunque denominate.

22 Dopo l’entrata in vigore della legge sulla tracciabilità dei flussi finanziari (L. 136/2010 e s.m.i.), l’AVCP ha adottato la Delibera del 3 novembre 2010, con cui ha ampliato i contratti soggetti a contribuzione ed ha previsto che l’obbligo di richiedere il CIG valesse per tutti i contratti pubblici, indipendentemente dalla procedura di selezione e dall’importo del contratto.