Deliberazione n. 19 Adunanza del 9 maggio 2013

Fascicolo 1745/2011

Oggetto: indagine sulla gara aperta per il servizio energia e tecnologico per gli impianti del Comune di Pistoia e sugli affidamenti acquisiti dalla società Toscana Energia Green S.p.A. da pubbliche amministrazioni.

Stazione Appaltante: Diversi comuni toscani

Riferimenti normativi: artt. 2, 6, 116 e 118 D.Lgs. 163/2006; art. 23 bis D.L. 112/2008, convertito in L. 133/2008; art. 4 D.L. 138/2011, convertito in L. 148/2011; art. 34 D.L. 179/2012, convertito in L. 221/2012; art. 23 L. n. 62/2005

Il Consiglio

Vista la normativa sopra richiamata

Vista la relazione della Direzione Vigilanza lavori, servizi e forniture

Considerato in fatto

L'Autorità, nell'ambito delle competenze attribuite dall'art. 6 del D.Lgs. 163/2006, tenuto anche conto di una segnalazione, ha avviato l'istruttoria nei confronti del Comune di Pistoia per verificare l'esistenza delle criticità segnalate in seno alla gara indetta dal Comune di Pistoia, con bando di gara pubblicato il 30 aprile 2010, per l'affidamento del servizio energia e tecnologico per gli impianti (gestione calore) di pertinenza del Comune di Pistoia, per 5 anni ed un importo posto a base d'asta di € 9.646.000,00. In particolare, l'esponente chiedeva a questa Autorità di verificare la legittimità della partecipazione alla suddetta gara della società Toscana Energia Green S.p.A. (in seguito, TEG), risultata successivamente aggiudicataria. Al fine di verificare quanto segnalato dall'esponente sono state chieste le informazioni del caso al Comune di Pistoia con la nota prot. n. 78521 del 26/07/2011, quest'ultimo ha risposto con la nota prot. n. 83742 del 16/08/2011.

Inoltre, secondo l'esponente, TEG avrebbe goduto di affidamenti diretti ricevuti da altri comuni toscani, grazie ai quali avrebbe raggiunto una posizione dominante tale da consentirle un ribasso sul prezzo posto a base d'asta notevolmente più conveniente rispetto a qualsiasi altro operatore economico operante nel settore. Pertanto, sono state chieste informazioni anche a TEG, con la nota prot. n. 78577 del 26/07/2011, ed in particolare è stato chiesto di inviare copia del rispettivo statuto e atto costitutivo, eventuali successive modifiche e l'elenco di tutti contratti in essere dal 2009 con le diverse pubbliche amministrazioni, specificando l'oggetto, l'importo e la durata dei singoli contratti nonché l'identità dei contraenti e le modalità di affidamento dei singoli incarichi da parte di questi ultimi. E' stato chiesto, altresì, di fornire ogni informazione utile in merito all'assetto delle partecipazioni al capitale sociale della Società, notizie sulla composizione, la nomina e i poteri degli amministratori e del collegio sindacale nonché la data e le modalità con cui è stata operata, nel caso, la scelta dei soci privati. TEG ha risposto con la nota prot. n. 96740 del 28/09/2011.

In seguito alla risposta di TEG ed all'esame della documentazione trasmessa, in particolare degli elenchi degli affidamenti in essere, l'Autorità ha selezionato a campione due contraenti (in funzione della rilevanza e durata degli affidamenti) ed ha proceduto nei confronti dei due enti affidatari al fine di verificare la legittimità degli affidamenti diretti disposti in favore di TEG: il Comune di Pietrasanta (nota prot. n. 106359 del 24/10/2011) e l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Pisana - AOU Pisana (nota prot. n. 106358 del 24/10/2011). Sono stati, pertanto, chiesti chiarimenti circa le ragioni logico-giuridiche sottese alla scelta dell'affidamento diretto, nonché copia della determina dell'affidamento e del contratto stipulato con TEG. Il Comune di Pietrasanta ha risposto con la nota prot. n. 3196 del 12/01/2012 e l'AOU Pisana con la nota prot. n. 114874 del 17/11/2011.

Una prima comunicazione, approvata dal Consiglio, in cui venivano illustrate le criticità emerse fino a quel momento è stata inviata a TEG con la nota prot. n. 56659 del 07/06/2012. La società TEG ha controdedotto con la nota assunta al prot. n. 79173 del 13/08/2012.

All'esito dell'esame delle controdeduzioni di TEG, unitamente a tutta la documentazione in atti, il Consiglio dell'Autorità ha disposto l'invio di una seconda comunicazione, contenente le risultanze istruttorie, a TEG, effettuata con la nota prot. n. 12629 del 01/02/2013, e ai Comuni di Pistoia e Pietrasanta, all'Azienda Ospedaliera Universitaria Pisana nonché ai Comuni di Palaia e Castelfranco di Sotto, con la nota prot. n. 13544 del 05/02/2013. Questi ultimi due comuni, inizialmente facenti parte di un'altra istruttoria (avente ad oggetto anche i relativi contratti di pubblica illuminazione - fasc. 2203-A/11), sono stati destinatari di questa seconda comunicazione in quanto la Società TEG, dall'01/01/2012, ha acquisito la titolarità di questi contratti.

L'AOU Pisana e TEG hanno risposto alle predette risultanze istruttorie, rispettivamente con le note prot. n. 21678 del 26/02/2013 e prot. n. 27986 del 13/03/2013.

La prima ha comunicato che il contratto con TEG è cessato per intervenuta scadenza ed attualmente il servizio è svolto dal gestore selezionato da CONSIP, alla cui convenzione "Servizio Integrato

Energia 2" l'Azienda ha aderito. La seconda ha controdedotto, confermando quanto già rappresentato precedentemente, ed ha quindi ribadito la legittimità del proprio operato e della titolarità dei propri affidamenti, eccedendo errori procedurali.

Il 10/04/2013, in esito alla richiesta formulata da TEG, si è tenuta l'audizione della società innanzi il Consiglio dell'Autorità, nel corso della quale TEG non ha aggiunto altro a quanto già comunicato con la nota prot. n. 27986 del 13/03/2013. In estrema sintesi, nel corso dell'audizione, i delegati della Società hanno rappresentato le criticità legate alla procedura istruttoria svolta dall'Autorità; hanno rappresentato, altresì, che TEG è nata da una precisa disposizione di legge che ha imposto a TE (società controllante di TEG) lo scorporo di alcune attività e le cessioni di ramo di azienda, intervenute nel tempo, sono, comunque, avvenute dietro pagamento di un corrispettivo a prezzi di mercato. Hanno, inoltre, confermato le controdeduzioni della Società alle questioni di merito espresse nella Comunicazione di risultanze istruttorie inviata dall'AVCP mentre sulla gara del Comune di Pistoia e l'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione da parte del Consiglio di Stato (cfr. sentenza 936/2013), gli Avvocati di TEG hanno chiarito che la Società è ancora l'attuale gestore del servizio sulla base del contratto stipulato a seguito della procedura di gara e di non conoscere le azioni che il comune vorrà intraprendere, essendo la citata sentenza stata emessa molto di recente.

Prima di procedere ad illustrare i fatti emersi dal procedimento istruttorio sopra descritto e le considerazioni di diritto, pare opportuno rappresentare che in materia di commesse pubbliche, per le stazioni appaltanti vige l'obbligo di affidare servizi, lavori e forniture, a seguito di procedure ad evidenza pubblica in virtù di quanto disposto dalla normativa comunitaria e nazionale (attualmente Dir.17/2004/CE, Dir. 18/2004/CE, D.Lgs. 163/2006, D.P.R. 207/2010 e normative settoriali succedutesi nel tempo, tra cui D.L. 112/2008, D.L. 138/2011, D.L. 179/2012). Si rappresenta, altresì, che per esigenze istruttorie (non da ultimo per l'elevato numero di contratti e di enti locali coinvolti) e necessità espositive, si è reso necessario trattare gli affidamenti in questione partendo dall'esame dei soggetti affidatari di detti servizi (oggi Toscana Energia Green S.p.A.). Corre l'obbligo, tuttavia, in questa sede ribadire che l'obbligo di indire le gare grava sulle stazioni appaltanti e la responsabilità per eventuali criticità connesse alla mancata ottemperanza a tale obbligo è ascrivibile agli enti affidanti (comuni, etc.), sui quali grava altresì, sotto altro profilo, l'obbligo di vigilare sull'operato delle società di cui gli stessi sono soci.

Dalle informazioni e dalla documentazione acquisite in corso di istruttoria è emerso quanto segue. TEG è una società per azioni di diritto italiano, costituita il 26/07/1991 come Toscana Calore S.p.A. dalla azienda consortile ACOGES e da privati. Successivamente sono avvenute diverse operazioni (cambio denominazione, modifiche statutarie, aumenti di capitale etc.), ultime delle quali, quella avvenuta il 28/01/2009 quando Toscana Energia S.p.A. (di seguito TE) diventa socio unico e quella avvenuta nel 29/04/2009 quando cambia denominazione adottando l'attuale TEG. A sua volta TE è società a capitale misto (48,13% Italgas, 51,28% capitale pubblico - oltre 90 Comuni toscani, Provincia di Pisa, Publiservizi srl - e 0,59% Monte di Paschi di Siena) a seguito dell'ingresso del socio privato Italgas nel 2001.

TEG è quindi una società che opera nel libero mercato e svolge servizi di diversa natura: gestione calore, conduzione e manutenzione di impianti termici, pubblica illuminazione, progettazione, realizzazione e manutenzione di impianti fotovoltaici. In particolare, al momento dell'avvio dell'istruttoria, nel 2011, risultava che TEG svolgesse le seguenti attività:

- il servizio di gestione calore in n. 12 comuni toscani, di cui n. 10 sulla base di affidamenti diretti e n. 2 sulla base di "affidamento tramite offerta", senza l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica. Tutti gli affidamenti in questione risalgono ai primi anni del 2000. Di questi, risultava la scadenza di n. 6 nel corso del 2012, di n. 2 nel 2013 e la gestione in regime di proroga di n. 4¹.
- il servizio di conduzione e manutenzione di impianti termici in 3 comuni toscani, di cui n. 2 per "acquisizione tramite offerta" e n. 1 per acquisizione diretta, su richiesta della P.A. (tramite uso di impianti di proprietà di TEG), poi gestito in proroga dal 31/10/2010.
- i servizi di global service in 2 enti pubblici, entrambi preceduti da gara.
- il servizio di pubblica illuminazione in n. 1 comune, acquisito tramite gara per il periodo 01/01/2010-01/01/2012, e n. 6 concessioni ventennali per la progettazione, realizzazione e manutenzioni di impianti fotovoltaici per 6 comuni toscani nel corso del 2011, ottenuti a seguito di procedura ad evidenza pubblica.

Nel 2012 TEG ha comunicato di avere acquisito, a decorrere dal 01/01/2012, dalla controllante TE il ramo d'azienda "pubblica illuminazione" e con esso 7 contratti per 7 comuni toscani². Questi contratti, già oggetto di altra istruttoria (Fasc. 2203-B/2011), sono pertanto stati fatti confluire nella presente indagine.

L'Autorità ha rilevato alcuni profili di criticità di cui meglio nel paragrafo in diritto che segue: cessione illegittima di contratti a TEG, affidamenti diretti a TEG, illegittima partecipazione della società a procedure ad evidenza pubblica e proroghe.

Nelle due citate note di controdeduzioni TEG ha sostenuto la legittimità di tutti i suoi contratti. Sinteticamente, in merito al primo elemento ha sostenuto che la cessione del ramo di azienda è fattispecie espressamente prevista dall'art. 116 del Codice. In relazione al contratto di gestione calore affidato direttamente a TEG dal comune di Pisa (cfr. paragrafo n. 2), ha ravvisato che, non essendo stato oggetto di specifica istruttoria, non può essere dichiarato non conforme alla normativa in tema di appalti. In merito alla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica sostiene che non esistono norme/principi che le vietino di partecipare a gare e, a proposito, della gara del comune di Pistoia (cfr. paragrafo n. 3) TEG ha dichiarato che tale procedura si è conclusa con la sottoscrizione del nuovo contratto attualmente in vigore. In merito alla gestione di contratti in proroga sostiene che le proroghe siano avvenute per ragioni di sicurezza, ordine e salute dei cittadini e rappresenta che ormai non ci sono gestioni in proroga, fatto salvo il servizio di pubblica illuminazione del Comune di Castelfranco di Sotto.

Sia in sede di controdeduzioni che in sede di audizione, la società ha segnalato vizi procedurali in seno all'istruttoria dell'Autorità. In particolare, TEG ha sostenuto che l'istruttoria sia avvenuta in pendenza di ricorso giurisdizionale e quindi in contrasto con l'art. 3 lett. b) del Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell' Art. 6, comma 7, lettera n) del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n. 163 (Prov. 10/01/2008) ed in contrasto con l'art. 2, comma 5, lett. d) del Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi di competenza dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 8, comma 3, del D.Lgs. 163/2006. Ha inoltre sostenuto l'inammissibilità ed improcedibilità dell'esposto, nonché le numerose proroghe del procedimento intervenute nel tempo.

Ritenuto in diritto

In merito alle contestazioni procedurali si rappresenta quanto segue:

1. l'attività istruttoria condotta nei confronti di TEG rientra nell'ambito delle attività di vigilanza svolte da questa Autorità ai sensi dell'art. 6, commi 5 e 7, del D.Lgs. n.163/2006; né si può convenire con l'interpretazione sostenuta dalla società secondo cui da questa normativa sarebbe desumibile un presunto divieto di attività di vigilanza dell'Autorità in fase anteriore all'aggiudicazione definitiva, eccezione fatta per la soluzione delle controversie di cui all'art. 6 comma 7 lett. n) del Codice dei Contratti (parere di precontenzioso).
2. l'attività di indagine di competenza dell'Autorità sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è disciplinata, ai sensi dell'art. 8, comma 3 del D.Lgs. 163/2006, dal Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi di competenza dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (pubblicato in G.U.R.I. n.189/2011), motivo per cui la presente istruttoria è stata condotta in virtù del citato Regolamento che, pertanto, è stato l'unico Regolamento dell'AVCP cui la Direzione competente doveva ed ha fatto riferimento.
3. oggetto dell'istruttoria era certamente la gara del comune di Pistoia ma lo erano anche gli altri contratti con pubbliche amministrazioni di cui TEG risultava, tempo per tempo, titolare, come del resto comunicato sin dall'avvio dell'istruttoria nei confronti di TEG. La valutazione circa la legittimità degli affidamenti oggetto d'indagine ha imposto, in corso d'istruttoria, anche l'esame delle molteplici vicende e operazioni societarie che hanno portato nel tempo TEG a divenire titolare di contratti pubblici di servizi e forniture, come del resto risulta evidente dalla copiosa documentazione agli atti cui TEG ha avuto accesso. Pertanto, come risulta anche dalla presente deliberazione, l'indagine, avviata su impulso di parte, non si è limitata alle problematiche segnalate dall'esponente ma è stata estesa d'ufficio anche alle altre problematiche rilevate dall'Autorità, per i profili di propria competenza, inerenti l'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente in materia e la regolarità delle procedure di affidamento.
4. sulla durata della presente istruttoria e connesse proroghe, hanno inciso l'elevata complessità dell'indagine, il cospicuo numero di soggetti coinvolti e dei servizi esaminati, le diverse tempistiche di risposta alle richieste di informazioni nonché le proroghe concesse su istanza delle parti, la copiosa documentazione esaminata (acquisita sia d'ufficio che prodotta dalle parti), le differenti criticità riscontrate, i diversi contesti normativi di settore nonché la necessità di esaminare le modifiche normative e societarie intervenute nel tempo. Non da ultimo, la già complessa e ampia attività istruttoria è stata ulteriormente gravata dagli adempimenti resi necessari dalle continue e numerose richieste di accesso presentate da TEG e soddisfatte da questa Autorità.
5. Infine, preme sottolineare che l'intera istruttoria è stata condotta costantemente in contraddittorio con la società che è stata destinataria, ancor prima delle risultanze istruttorie previste dal Regolamento di vigilanza, anche di una comunicazione in cui venivano rappresentate le criticità fino a quel momento riscontrate, con l'invito alla stessa a partecipare all'attività istruttoria con l'invio di ulteriori informazioni, documenti, apporti. In ultimo, la stessa è stata ascoltata in audizione dinanzi al Consiglio dell'Autorità, momento in cui ha potuto nuovamente illustrare le proprie ragioni.

Venendo al merito dell'istruttoria, tenuto conto di tutto quanto emerso, si rilevano i seguenti profili di illegittimità.

1) Cessione illegittima di contratti a TEG

I contratti di "gestione calore" e di "pubblica illuminazione" risultano acquisiti da TEG in seguito a cessioni di ramo d'azienda (fatta eccezione per un solo contratto di gestione calore, acquisito direttamente da TEG, di cui meglio nel prosieguo). Nel primo caso, TEG ha acquisito il ramo d'azienda "Gestione Clienti Pubblici" da Toscana Energia Clienti (di seguito TEC) ³, con decorrenza 01/07/2009; nel secondo caso, TEG ha acquisito, come già illustrato sopra, il ramo d'azienda "pubblica illuminazione" dalla controllante Toscana Energia (di seguito, TE) ⁴, con decorrenza 01/01/2012.

I contratti coinvolti nelle predette cessioni di rami di azienda derivavano da affidamenti diretti concessi da comuni toscani alle due società cedenti (TEC o TE) o, nella maggior parte dei casi, da altre società che a loro volta li avevano ceduti a TEC o TE. Indipendentemente dalla legittimità o meno degli affidamenti originari e dei contratti successivi gestiti da Toscana Energia Clienti o da Toscana Energia, gli affidamenti in capo a TEG non possono, tuttavia ritenersi conformi alla normativa vigente in materia perché transitati dalle predette società solamente attraverso atti di natura privatistica di cessione di ramo di azienda. Infatti, dal momento che TEG è una società che opera nel libero mercato non può avvantaggiarsi in alcun modo di affidamenti diretti, anche se ottenuti da altre società mediante cessione dei relativi contratti. I servizi in esame sono soggetti alla disciplina comunitaria e nazionale dettata per le procedure di rilievo comunitario e in quanto tali debbono essere affidati con procedure ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato UE nonché del D.lgs. 163/2006; mentre gli affidamenti diretti costituiscono un'eccezione a tale regola, ammissibili solo nei casi espressamente previsti dalla normativa comunitaria e nazionale vigente in materia.

Partendo dal presupposto che "Il principio di concorrenza è uno dei principi cardini del Trattato, soprattutto in relazione al mondo delle commesse pubbliche. Esso garantisce la completa parità di accesso di tutte le imprese europee al monte dei contratti pubblici", il giudice amministrativo ha anche affermato che "Da ciò consegue che il sistema dell'affidamento diretto, in primo luogo, costituisce eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario delle gare; e, in secondo luogo, deve rispondere a ben precisi presupposti, in assenza dei quali l'affidamento è idoneo a turbare la par condicio e quindi a violare il Trattato (e le direttive)" ⁵. Sul punto, la Corte costituzionale ha evidenziato che nell'ambito dei contratti pubblici viene in rilievo l'aspetto della concorrenza "che si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore; in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi" (sentenza n. 401 del 2007). Più in generale, si può concordare con quanto rappresentato dal Consiglio di Stato in merito alle operazioni societarie nella sentenza n. 8376/2009: "ogniquale volta - attraverso il ricorso ad operazioni di carattere straordinario destinate a mutare la compagine di una società che abbia ottenuto l'affidamento diretto o tramite gara di un servizio pubblico - si pervenga al risultato di dar vita a una società mista oppure, alternativamente, al risultato di modificare il profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato (mediante l'associazione al capitale e alla gestione di nuove figure imprenditoriali o la sostanziale sostituzione delle imprese originariamente affidatarie), allora si realizza in via derivata anche un diverso affidamento del servizio pubblico. L'affidamento di un servizio, quand'anche realizzato attraverso la costituzione, originaria o successiva, di una società mista con socio privato operativo, è un'attività sempre connotata da autoritatività a fronte della quale si stagliano interessi legittimi dei soggetti coinvolti e, come tale, esso soggiace anche all'osservanza delle regole pubblicistiche e si deve necessariamente svolgere attraverso procedure di evidenza pubblica, governate dai principi del diritto interno e sovranazionale".

Sotto altro profilo, in materia di contratti pubblici vige il divieto generale di cessione del contratto, principio questo dettato dall'art. 118, 1° comma, D.Lgs. 163/2006 che stabilisce che "i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice sono tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori, servizi e forniture compresi nel contratto". La violazione di tale divieto comporta la nullità del contratto.

In questa sede non si può che ribadire quanto già sostenuto dall'Autorità in merito: "l'art. 118, comma 1, del Codice (...) sancisce il divieto di cessione del contratto d'appalto, a pena di nullità, fatta salva la disciplina di cui all'art. 116 in materia di cessione d'azienda ed atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ad esecutori di contratti pubblici. Tali norme mirano a garantire l'amministrazione nei casi in cui il contraente originario muore, con previsione di apposite cautele, quali diretta conseguenza delle peculiarità del contratto posto in essere con la PA, a seguito di una procedura ad evidenza pubblica. Ed, infatti, il divieto posto dal citato art. 118, comma 1, nasce nell'ambito della legislazione antimafia, con finalità di ordine pubblico ritenute prevalenti, nell'ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione, rispetto alle norme che disciplinano la cessione del contratto nei rapporti privatistici" ⁶.

Le uniche eccezioni ammesse a tale divieto sono quelle, appunto, previste (oltre al caso di subappalto disciplinato dallo stesso art. 118, alle condizioni ivi previste) nell'art. 116 del Codice, riguardante le vicende soggettive dell'esecutore del contratto, che è da intendersi, dunque, quale norma di eccezione e conseguentemente di stretta interpretazione. Quindi, si può concludere che la modifica soggettiva del gestore del servizio, è ammissibile nel Codice dei contratti ma in quanto eccezione deve essere interpretata restrittivamente. Orbene, in proposito, pare di tutta evidenza che entrambe le norme citate presuppongono un fatto: l'avvenuto espletamento di una gara ad evidenza pubblica che abbia selezionato il gestore sulla base dell'accertato possesso di requisiti soggettivi, generali e

speciali (tecnici ed economici), indicati preventivamente dalle stazioni appaltanti. La successiva modifica soggettiva è subordinata, infatti, alla verifica - da parte dell'ente appaltante - del perdurare, in capo al nuovo soggetto, dei medesimi requisiti già accertati in sede di gara in capo all'aggiudicatario. Dunque, venendo meno il presupposto applicativo, non può che ritenersi inapplicabile la normativa invocata alla fattispecie de qua.

Infine, giova per completezza rappresentare che l'art. 116 stabilisce che tali vicende non hanno effetto nei confronti della stazione appaltante, né automaticamente, né per effetto della sola comunicazione ai sensi dell'art. 1 DPCM 187/1991 ma che la cessione ha effetto solo dopo che la stazione appaltante abbia preventivamente verificato la sussistenza in capo al nuovo soggetto degli stessi requisiti soggettivi richiesti in sede di gara per l'affidamento del servizio. Come rappresentato in proposito dall'Autorità: "La cessione di ramo di azienda non comporta automatico trasferimento della titolarità dei requisiti per l'esecuzione del contratto di appalto che, per effetto della cessione del ramo d'azienda, rientra nell'operazione di cessione"⁷. Inoltre, sul possesso dei requisiti di qualificazione, è stato precisato che esso deve intendersi riferito "a tutti i requisiti richiesti ai fini dell'ammissione alla gara per l'aggiudicazione dell'appalto, sia di ordine generale (art. 38) sia di ordine speciale, quali quelli relativi all'idoneità professionale (art. 39), alla capacità economico-finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 41) ed alla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 42)"⁸. Infatti, il sistema delineato dall'art. 116 del Codice, prevede il potere della stazione appaltante di opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, sia in mancanza dei requisiti previsti dalla legislazione antimafia sia in caso di mancata verifica dei suddetti requisiti di partecipazione⁹. I tutti i casi in cui manchi la comunicazione dell'avvenuta cessione ovvero quando, pur in presenza della stessa, manchino le verifiche di cui sopra, non può dirsi neppure rispettato il disposto cogente della normativa in commento. Nel caso di specie, dunque, pur risultando che cedente e cessionario abbiano inviato alle stazioni appaltanti interessate una nota informativa dell'avvenuta cessione, non risulta che le suddette verifiche siano state effettuate.

Del resto, trattandosi di affidamenti diretti, come già illustrato sopra, manca proprio il presupposto per le predette verifiche, cioè la gara indetta dall'ente locale interessato (e, ovviamente, i requisiti di partecipazione, la cui sussistenza andrebbe verificata in capo al cessionario). Le medesime considerazioni valgono anche nel caso di acquisizioni intervenute a seguito di altre operazioni societarie.

Quanto agli obblighi di cessioni imposte da norme di settore agli operatori privati, queste non sono state esaminate in questa sede per carenza di competenza dell'Autorità; inoltre, l'AGCM, si è espressa su tali operazioni, per quanto in atti, sugli aspetti di propria competenza. Ciò che rileva, in questa sede, non sono le citate operazioni in se considerate, quanto le relative conseguenze sotto un profilo pubblicistico e quindi le possibili criticità rappresentate dall'operato di quegli enti pubblici, a qualsiasi titolo in esse coinvolti (sia direttamente che indirettamente). Emerge, infatti, che tali enti non abbiano adottato le azioni ad essi spettanti, la cui necessità e/o opportunità nasceva proprio da talune conseguenze, aventi rilievo pubblicistico, connesse a tali operazioni.

Il fatto, cioè, che dette operazioni, seppur regolari sotto il profilo strettamente societario, facessero venir meno l'eventuale legittimità dell'affidamento originario in assenza di un'evidenza pubblica, avrebbe dovuto portare all'indizione di gare pubbliche per l'affidamento in regime di concorrenza dei servizi interessati. E' evidente, difatti, che se la società in se considerata non poteva esimersi dall'applicare la legge, tantomeno poteva esimersi il socio pubblico, nella sua qualità di ente pubblico affidante, tanto che si trattasse di normativa generale (D.Lgs. 163/2006) quanto si trattasse di normativa settoriale (D.L. 112/2008, D.L. 138/2011, D.L. 179/2012, etc.), ove questa imponesse di espletare procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di pubblici servizi.

Di contro, omettendo i singoli enti di intraprendere siffatte iniziative nei casi sopra esaminati, essi hanno mostrato di non rilevare la differenza sostanziale esistente tra gestione dei servizi pubblici tramite ricorso al mercato cioè a terzi, e la gestione diretta dei servizi senza ricorso al mercato, in cui rientra l'autoproduzione cioè la fattispecie della gestione c.d. in house (di matrice comunitaria e di stretta applicazione). Ogniqualevolta ci sia affidamento, anche mediato, di servizi pubblici, vi è il concreto esercizio di poteri autoritativi da parte degli enti pubblici affidanti, anche quando ricorrano alla veste societaria piuttosto che all'esercizio diretto di tali poteri; né l'agire tramite detti schemi societari può avere come conseguenza la sottrazione dell'attività dell'ente pubblico alla disciplina pubblicistica per esso dettata e agli obblighi da essa nascenti in tema di attività amministrativa e contrattuale¹⁰.

Per i servizi di illuminazione pubblica, qualificabili quali servizi pubblici locali, valgono le considerazioni sin qui svolte e le ulteriori che seguono, dettate dalla normativa di settore per essi vigente.

In particolare, in virtù della pronuncia della Consulta n. 199/2012 (dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 4 D.L. 138/2011, convertito in L. 148/2011, e ss.mm.ii.), è decaduta la disciplina nazionale regolante la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ed è divenuta immediatamente applicabile nell'ordinamento italiano la normativa comunitaria, ergo l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica per gli affidamenti in questione¹¹. E la recente normativa nazionale dettata dall'art. 34 D.L. 179/2012 (convertito in Legge n. 221 del 17/12/2012) ha ribadito l'obbligo del rispetto della disciplina europea e dei principi comunitari di parità di

trattamento, economicità trasparenza e pubblicità negli affidamenti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. È, infatti, previsto espressamente che debba essere assicurato il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e che si debba garantire un'adeguata informazione alla "collettività di riferimento". A tal fine, la norma stabilisce che tali servizi debbano essere affidati sulla base di una "apposita relazione", da pubblicarsi sul sito internet dell'ente affidante entro il 31/12/2013, in cui la S.A. deve indicare la forma di affidamento scelta, la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per tale forma di affidamento e le ragioni poste alla base di tale scelta, oltre a dover definire i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e di servizio universale e indicare eventuali compensazioni.

Inoltre, la stessa norma prevede che: "Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione" di cui sopra (art. 34, comma 21). Dunque per tutti quegli affidamenti non conformi al diritto comunitario, per gli enti locali sussiste obbligo di affidarli in conformità al diritto comunitario entro il termine del 31/12/2013, così come nel caso dei contratti dei comuni di Calcinaiia (in scadenza al 31/08/2013), Santa Luce (in scadenza il 07/07/2013) e Palaia (in scadenza nel 01/07/2015).

Tutto quanto sopra premesso, i contratti in capo a TEG, originariamente ottenuti tramite affidamento diretto da società diversa da TEG ed a diverso titolo a questa transitati, si ritengono in contrasto con i principi generali comunitari di cui all'art. 2 del Codice dei contratti pubblici.

2) Affidamento diretto del contratto di gestione calore con il comune di Pisa

Dalla documentazione agli atti risulta che il 01/01/2010 il Comune di Pisa ha sottoscritto con TEG un contratto per il servizio gestione calore, sulla base di un affidamento diretto. Per tale contratto va fatta una ulteriore considerazione rispetto a quelle di cui al precedente paragrafo. E' infatti pacifico che un ente pubblico non possa affidare direttamente un servizio ad un operatore del libero mercato, quale risulta essere TEG. Un siffatto affidamento diretto sarebbe legittimo solo ove si trattasse di un affidamento ad una società in house providing del comune, istituto di diretta elaborazione giurisprudenziale comunitaria; oppure un affidamento a seguito di una gara ad evidenza pubblica, indetta per la scelta del socio operativo e per il contestuale affidamento ad esso di specifici compiti operativi e per un determinato periodo di tempo. Di conseguenza, il contratto stipulato tra il Comune di Pisa e TEG per il periodo 01/01/2010 - 31/08/2011, per il "servizio di climatizzazione estiva/invernale e gestione impianti per l'anno 2010" per l'importo annuo di € 991.192,33 è da ritenersi non conforme ai principi comunitari in materia di appalti pubblici richiamati nel citato art. 2 del codice dei contratti.

3) Illegittima partecipazione di TEG a procedure ad evidenza pubblica

Stante quanto sopra, TEG beneficia di una posizione privilegiata nel rapporto con alcuni enti locali, dovuta al mantenimento di un regime di esclusiva dei servizi di pubblica illuminazione e di gestione calore. Contemporaneamente la società in esame, procede a vendere i propri servizi a terzi, anche mediante la partecipazione a gare pubbliche. Tale comportamento potrebbe generare effetti distorsivi a carico del mercato di riferimento. Infatti, in forza di contratti ottenuti senza una regolare procedura ad evidenza pubblica, TEG otterrebbe un indebito vantaggio rispetto a tutti gli altri operatori economici operanti sul mercato e privi di affidamenti diretti. L'aver nel proprio portafoglio "affidamenti diretti", rende concreto il rischio che si creino situazioni di particolare privilegio per quelle imprese (TEG, nel caso in esame) che non solo potrebbero usufruire di "aiuti di Stato" (quali, a titolo esemplificativo, contributi, sussidi ed agevolazioni), ma anche della certezza dell'acquisizione di taluni contratti, fattori che possono consentire una partecipazione nel libero mercato con offerte innaturalmente basse e quindi alterare la par condicio tra gli operatori economici. A tal proposito, la sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 6527 del 2010, sviluppa importanti argomentazioni sulla turbativa della concorrenza, elaborando il concetto di "minimo garantito" che, ove sussistente, è ritenuto di per sé idoneo a turbare il regolare funzionamento della concorrenza; e ciò a prescindere dalla possibilità di ascrivere la società in esame alle c.d. società strumentali degli enti locali. Il Supremo Collegio sostiene che "Il privilegio economico non necessariamente si concretizza nel contributo o sussidio o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese" che si può realizzare anche "garantendo ad un'impresa una partecipazione certa al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali; in sintesi: un minimo garantito"; aggiunge poi che non è necessario che tale privilegio si sostanzi in un profitto ma è sufficiente che dai contratti garantiti l'impresa ottenga quanto sufficiente a coprire i costi generali di mantenimento dell'apparato aziendale. In tali condizioni, infatti, l'impresa al fine di acquisire nuove commesse potrà offrire condizioni concorrenziali perché sugli stipulandi contratti graveranno solo i costi diretti di produzione (dato che l'ammortamento delle spese generali risulta già coperto, come sopra); ciò consentirà all'impresa stessa di realizzare un maggiore profitto in riferimento alla normale economia aziendale del settore ovvero di offrire prezzi innaturalmente più bassi. "Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la par condicio delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai

committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorto di una semplice elusione del sistema delle gare”.¹²

Si ritiene, pertanto, che non è possibile per un soggetto titolare di affidamenti diretti partecipare contemporaneamente a gare, in virtù di un privilegio che nel mercato falsa la concorrenza, che è principio comunitario ben definito. Peraltro, “la mera partecipazione (...) è considerata idonea ad alterare in radice la procedura di gara, indipendentemente dalla circostanza che essi ottengano l’aggiudicazione del contratto o della concessione”¹³. Tra l’altro, secondo un orientamento della giurisprudenza, il divieto di partecipare a gare non verrebbe meno neppure nella circostanza che gli affidamenti diretti fossero stati preceduti da una gara per la scelta del socio ovvero fossero legittimi poiché affidati in regime transitorio, poiché il divieto di partecipazione a gare, da un lato “ha portata generalmente riferita a tutti i soggetti che siano titolari di un affidamento diretto”; dall’altro “è correlato al fatto obiettivo della titolarità di affidamenti diretti, indipendentemente da ogni considerazione sulla loro legittimità”¹⁴.

Quindi, si ravvisa un contrasto con i principi del Trattato e con i principi di cui all’art. 2 del D.lgs. n. 163/2006, nella partecipazione di TEG a procedure ad evidenza pubblica, fintanto che la stessa gestisce contratti pubblici sul presupposto dell’affidamento diretto.

Ciò vale anche nel caso della gara indetta il 26/04/2010 dal Comune di Pistoia per l’affidamento del servizio energia e tecnologico per gli impianti di pertinenza del comune, a cui TEG, gestore uscente in virtù della citata acquisizione del ramo di azienda “gestione calore”, ha partecipato aggiudicandosi il servizio.

Sulla gara in questione, ed in particolare, sulla possibilità per TEG di partecipare alla detta procedura, si è definitivamente pronunciato il Consiglio di Stato con la sentenza n. 936 del 15/02/2013, con cui ha accolto l’appello dell’esponente, con conseguente annullamento dell’aggiudicazione della gara in esame in favore di TEG.

Di seguito, si riassumono i principi ivi affermati sul divieto contenuto nell’art. 23-bis, comma 9, D.L. 112/2008:

- “prescinde dal rispetto del principio della separazione societaria, essendo incentrato sulla sola circostanza dell’esistenza di un affidamento diretto, laddove tale separazione si attegga a mera precondizione per partecipare ad ulteriori gare per l’affidamento di servizi strumentali [quale il servizio di gestione calore del caso in esame], fermo rimanendo che la società operante nel mercato dei servizi pubblici locali [TE controllante di TEG] che scorpora le attività in quest’ultimo settore, in conformità ai principi stabiliti dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 326/2008, non deve avere beneficiato a monte di affidamenti diretti di detti servizi pubblici. L’aver cioè Toscana Energia conseguito tali servizi senza gara è, nell’intenzione del legislatore del 2008, comunque ostativo all’acquisizione di ulteriori [servizi], ancorché attraverso società proprie controllate appositamente costituite per diversificare le proprie attività, segnando (...) un ulteriore passo nel senso di rafforzare la coerenza dei principi di concorrenzialità di matrice comunitaria (...) Con funzione chiaramente complementare [al divieto di cui all’art. 13 D.L. 223/2006 per le società strumentali], invece, il divieto di cui all’art. 23-bis, comma 9, d.l. n. 112/2008, agisce sul titolo giuridico, sull’incontestabile premessa, che vale ad accomunare le due norme proibitive nell’ambito di una ratio unitaria, che anche l’affidamento diretto è fonte di vantaggi concorrenziali da fare valere per l’acquisizione di altre commesse, in danno tanto degli altri operatori economici, che di tale vantaggio non hanno potuto fruire, quanto degli enti pubblici, per il rischio di affidare commesse a fronte di offerte non economicamente vantaggiose”.
- “(...) anche con riguardo ai predetti servizi strumentali si pone l’esigenza di impedire a soggetti beneficiari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali di espandere e consolidare la loro posizione di mercato attraverso l’acquisizione di altri servizi, ancorché non qualificabili come pubblici, perché è notorio che anche per i primi vi è un mercato nel quale questi sono contesi dagli operatori economici in esso operanti. Attraverso l’applicazione del divieto in esame anche per tali servizi, si realizza infatti l’obiettivo di impedire che società beneficiarie di affidamenti diretti, e dunque incaricate della gestione di attività idonee a far conseguire maggiori profitti rispetto a quelli ritraibili attraverso un confronto competitivo con altri operatori, possano offrire prezzi maggiormente competitivi nelle procedure di affidamento di ulteriori commesse pubbliche, qualunque attività esse riguardino. Il tutto anche attraverso società da loro controllate, grazie alla possibilità di compensazioni finanziarie infragruppo, che consentano quindi di assicurare un equilibrio economico complessivo di un soggetto nella sostanza unitario”.
- “E’ poi il caso di sottolineare che, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la fattispecie oggetto di questo giudizio presenta aspetti fattuali che consentono di ritenerla diversa da quella esaminata dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio nella sentenza n. 17/2011 (...) In questa pronuncia, resa con riguardo allo stesso servizio della gara qui impugnata (...) si è ritenuto non operante nemmeno il divieto contenuto nell’art. 23-bis, comma 9, ma ciò (...) non perché ritenuto operante solo per i servizi pubblici, ma perché tale controllante, ancorché affidataria diretta, era comunque una società mista il cui socio operativo privato era stato selezionato “con gara pubblica a duplice oggetto”(...). Sul punto, va rilevato come la Toscana Energia Green abbia obiettato (...) che Italgas è stata scelta con gara pubblica. Di ciò tuttavia non vi è prova (...). In conclusione, l’assenza nel caso di specie di un momento di confronto concorrenziale, o

attraverso l'affidamento del servizio mediante gara, o comunque con la selezione del socio industriale sempre secondo i moduli propri dell'evidenza pubblica, è il profilo che vale a differenziare il caso oggetto del presente giudizio da quello deciso (...) nella citata sentenza n. 17/2011 dell'Adunanza plenaria”.

4) Proroghe

Dalle date di scadenza dei singoli contratti è altresì emersa la gestione in regime di proroga di alcuni servizi. Si rappresenta che, attualmente TEG ha dichiarato di gestire ormai solo un contratto in gestione di proroga, ovvero quello di pubblica illuminazione con il Comune di Castelfranco di Sotto. A tal riguardo, si rappresenta che il reiterato ricorso a tale istituto, utilizzabile solo in via eccezionale, oltre a violare il disposto dell'art. 23 della L. n. 62/2005, costituisce una violazione dei principi di cui all'art. 2 del codice dei contratti pubblici ed in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Invero, è pacifico che in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara (Cons. di Stato n.3391 dell'8.07.2008). La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro (Consiglio di Stato, Parere 12 ottobre 2005, n. 3260/2005 - Sezione I). Si richiama da ultimo la Delibera n. 34 del 2011 con cui l'Autorità si è ampiamente espressa, tra le altre, proprio sull'illegittimo uso sistematico delle proroghe contrattuali. Le proroghe in questione, quindi, contraddicono al generale principio dell'evidenza pubblica, il cui rispetto è imposto anche dal dovere di preservare il diritto alla libera concorrenza, garantito a livello comunitario in materia di appalti pubblici ¹⁵.

In base a quanto sopra considerato:

Il Consiglio

- ritiene che i contratti di cui ai punti 1 e 2 che siano stati affidati da pubbliche amministrazioni a Toscana Energia Green S.p.A., in assenza di procedure ad evidenza pubblica, non siano conformi ai principi del diritto comunitario, nonché, nel caso di cessioni di contratti, anche agli artt. 116 e 118 del Codice dei Contratti pubblici;
- attesa la pronuncia del Consiglio di Stato n. 936 del 15/02/2013, che ha confermato che TEG dovesse essere esclusa dalla gara indetta dal Comune di Pistoia per i servizi di gestione calore, invita quest'ultimo a rendere note, entro 30 gg. dalla ricezione della presente deliberazione e ai sensi dell'art. 6, commi 9 e 11, D.Lgs. 63/2006, le iniziative assunte in merito;
- ritiene che i contratti gestiti in regime di proroga, in assenza del carattere di temporaneità, siano in contrasto con il disposto dell'art. 23 della L. n. 62/2005 ed i principi di cui all'art. 2 del codice dei contratti pubblici. Conseguentemente, ogni contratto attualmente gestito in regime di proroga, deve essere tempestivamente affidato in conformità alle procedure previste dal codice dei contratti, così come nel caso del Comune di Castelfranco di Sotto;
- atteso l'obbligo previsto dalle recenti disposizioni normative (art. 34, comma 21 del D.L. 179/2012, come modificato dalla legge di conversione n. 221/2012), richiama gli enti destinatari ad adeguare i contratti di pubblica illuminazione non conformi alla disciplina europea (così come nel caso del servizio svolto presso il comune di Palaia), ai requisiti da essa previsti entro il termine di legge del 31/12/2013;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza affinché, in esecuzione di quanto sopra, comunichi la presente deliberazione, oltre al Comune di Pistoia, anche al Comune di Castelfranco di Sotto e al Comune di Palaia nonché, per quanto di rispettiva competenza, agli enti pubblici presso i quali TEG risulta attualmente gestore dei servizi in esame, cioè ai Comuni di Santa Luce, di Calcinaia e di Capraia e Limite. Invita, per l'effetto, ai sensi dell'art. 6, commi 9 e 11, D.Lgs. 63/2006, tutti detti enti a rendere note entro 30 gg. dalla ricezione della stessa, le iniziative che intendono assumere in esito alla presente deliberazione;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Contratti affinché comunichi la presente deliberazione alla Società Toscana Energia Green S.p.A., alla società controllante Toscana Energia S.p.A., all'esponente e, per quanto di loro competenza, al Comune di Pietrasanta e all'Azienda Ospedaliero Universitaria Pisana, in quanto coinvolti nella presente istruttoria;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza affinché trasmetta la presente deliberazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e all'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, per gli eventuali profili di competenza.

Il Consigliere Relatore Andrea Camanzi

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito

1 Ad oggi TEG risulta ancora gestire il servizio di gestione calore solamente nei comuni di Capraia e Limite e Palaia.

2 Ad oggi TEG risulta gestire il servizio di pubblica illuminazione solamente nei comuni di Calcinaia, Palaia e Santa Luce.

3 TEC era così composta: 61,45% ENI, 17,77% Italgas, 20,78% TE.

4 TE era così composta: 48,13% Italgas, 51,28% capitale pubblico (oltre 90 Comuni toscani, Provincia di Pisa, Publiservizi srl). 0,59% Monte di Paschi di Siena

5 TAR Puglia, Lecce sez. II, Sentenza del 07/03/2012 n. 418.

6 AVCP, Parere sulla normativa **AG4/09 del** 26 febbraio 2009.

7 AVCP, Deliberazione n. 103 del 12/12/2006. Cfr., altresì, AVCP, Parere sulla normativa AG35/08 del 06/11/2008 in cui, nel caso di cessione del ramo d'azienda l'Autorità ha specificato che: *"pur in assenza di un'indicazione specifica nell'art. 116, la stazione appaltante deve richiedere anche l'atto di cessione di ramo d'azienda (...), trattandosi di documentazione necessaria per accertare se si sia in presenza di un'effettiva cessione del complesso aziendale (secondo le indicazioni della determinazione dell'Autorità n. 11/2002)"*.

8 AVCP, Parere sulla normativa AG35/08 del 06/11/2008.

9 Così l'Autorità: *" La possibilità per la stazione appaltante, prevista dall'art. 116, comma 2, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, di opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto in mancanza dei requisiti previsti dalla legislazione antimafia, va estesa anche alla mancanza, in capo al medesimo, delle qualificazioni previste dall'art. 116, comma 1, nonché degli ulteriori elementi che consentono di soddisfare i requisiti e le condizioni legittimanti il subentro nell'esecuzione del contratto previsti dalla norma "* in AVCP, Deliberazione n. 103 del 12/12/2006.

10 Cfr., in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 8376 del 18/12/2009, cit.

11 Così, l'interpretazione della Corte Costituzionale nella sentenza n.24/2011, con cui, analogamente alla sentenza in commento, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 23-bis D.L. 112/2008, convertito in L. 133/2008.

12 In tal senso, con analoghe argomentazioni, si era già pronunciato il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza del 04/09/2007 n. 719. Cfr., altresì, AVCP, Deliberazione n. 77 del 2011, ove è riportata la citata sentenza; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza del 03/06/2011 n. 10; Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza del 20/03/2012 n. 1574. Cfr., per ciò che attiene alle società strumentali, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza del 4 agosto 2011 n. 17.

13 Sentenza Consiglio di Stato n. 417 del 2010.

14 Sentenza Consiglio di Stato, n. 417 del 2010.

15 Sui principi in esame, tra le altre, cfr. Comunicazione della Commissione Europea del 12 Aprile 2000 (pubblicata in Gazzetta ufficiale n. C 121 del 29 Aprile 2000); Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le Politiche Comunitarie n. 945 del 01/03/2002; Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza del 15 Febbraio 2002 n. 934.