

Parere n. 185 del 12/06/2008

PREC 211-08-S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'Impresa Carbotermo S.p.A. - affidamento del servizio energia degli impianti termici di proprietà comunale. S.A.: Città di Seregno.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

Con deliberazioni n. 5 del 15 gennaio 2008 e n. 203 del 4 dicembre 2007 il Comune di Seregno ha manifestato l'intendimento di revocare la procedura di gara precedentemente indetta per l'affidamento del servizio di energia agli impianti termici di proprietà comunale per un periodo di sette anni, demandando al Consiglio comunale ogni opportuna valutazione e determinazione perché il Comune si avvalga del servizio di teleriscaldamento attraverso alcune sue società partecipate. In data 18 marzo 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto, con la quale l'Impresa Carbotermo S.p.A. contesta detta deliberazione per i seguenti motivi. L'assegnazione della gestione del servizio alla società AMSP S.r.l. e la parte principale della fornitura alla società AEB Energia S.p.A./Gelsia Calore S.p.A., di cui il Comune detiene una partecipazione limitata al 72%, prefigurebbero un affidamento diretto - *in house* - della fornitura in questione, in assenza delle condizioni stabilite dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Lo statuto della società AMSP S.r.l. ammette all'art. 6 la partecipazione di soggetti privati. Lo statuto della società AEB S.p.A., attraverso la quale il Comune controlla la società Gelsia S.p.A., già AEB Energia S.p.A., ammette espressamente la possibilità di riduzione della partecipazione pubblica fino alla quota del 55% del capitale sociale. Lo statuto della Gelsia consente il trasferimento delle azioni a terzi e, pur prevedendo una clausola di gradimento, non subordina il gradimento stesso alla natura direttamente o indirettamente pubblica dell'acquirente. L'istante evidenzia come, ai sensi dell'art. 3, commi 27, 28 e 29 della L. n. 244/2007, il Comune sarà tenuto nel termine massimo di diciotto mesi a dimettere la propria partecipazione alla società detta o aprire a terzi la partecipazione al capitale sociale. La cessione delle quote a terzi anche a privati non solo è consentita dagli statuti sociali, ma è normativamente imposta. L'art. 21 dello statuto di AEB S.p.A. attribuisce ogni potere di gestione all'organo di amministrazione della società, senza riserve all'azionista pubblico; lo statuto di Gelsia S.p.A. assoggetta la società al potere di direzione e coordinamento di AEB S.p.A., ma non a quello dell'azionista pubblico, neppure AEB S.p.A. è assoggettata al potere di direzione dell'azionista pubblico; lo statuto della società AMSP all'art. 26 attribuisce all'amministratore unico ogni potere di amministrazione per la gestione ordinaria e straordinaria della società, senza previsione di poteri a favore del Comune azionista. Inoltre l'istante evidenzia come dai bilanci al 31.12.2006 delle società AEB Energia, oggi Gelsia S.p.A. e AMSP Gestioni S.r.l. emerge che i ricavi principali derivino da attività prestate a soggetti terzi rispetto al Comune di Seregno. Infine, l'istante rileva come l'affidamento non possa essere prospettato quale una procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione del bando di gara.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità ha presentato osservazioni la stazione appaltante, la quale ha esposto che la deliberazione con cui la Giunta propone al Consiglio comunale il ritiro della procedura di gara iniziata ben oltre due anni fa non ha ancora effetti diretti, in quanto è stata data comunicazione dell'avvio del procedimento a tutte le imprese partecipanti alla gara che stanno facendo pervenire osservazioni in merito. Dunque, allo stato attuale, nulla è stato disposto dal Consiglio Comunale ed il procedimento di ritiro degli atti di gara è ancora in corso.

In data 29 maggio 2008 ha avuto luogo l'audizione presso questa Autorità, alla quale hanno partecipato la stazione appaltante e l'istante. Quest'ultimo ha sollecitato l'attenzione sui tempi molto lunghi di sospensione della gara ed ha ribadito quanto già espresso in via documentale.

Ritenuto in diritto

Il caso in esame ha ad oggetto, come descritto in narrativa, il ritiro della procedura di gara - indetta con bando pubblicato in data 3.08.2005 - da parte dell'amministrazione comunale al fine valutare la possibilità di realizzare un affidamento diretto in capo a due società partecipate dal Comune del servizio di gestione calore. Le motivazioni di detto intendimento sono contenute nelle deliberazioni n. 5 del 15 gennaio 2008 e n. 203 del 4 dicembre 2007 nelle quali viene evidenziato che "appare confacente all'interesse pubblico avvalersi del servizio di teleriscaldamento fornito dalla società AMSP Gestioni S.r.l., ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c) D.Lgs. n. 267/2000, trattandosi di società a capitale interamente pubblico del Comune di Seregno, che realizza la parte più importante della propria attività con l'Ente, che esercita sulla medesima un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi".

Orbene, la problematica posta all'attenzione attiene alla possibilità per il Comune di Seregno di procedere ad un affidamento diretto, cd. affidamento in house, del servizio di gestione calore sulla base dell'art. 113, comma 5, lett. c) D.Lgs. n. 267/2000, il cui attuale testo, come sostituito dall'articolo 14, comma 1, lettera d), legge n. 326 del 2003, prevede che "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".

In ordine all'affidamento di un servizio *in house* è noto come la giurisprudenza, sia comunitaria, sia nazionale, abbia più volte sottolineato il carattere derogatorio, eccezionale e transitorio rispetto all'affidamento a soggetto esterno all'amministrazione con procedura di evidenza pubblica e che possa ritenersi consentito solo in presenza di talune specifiche condizioni.

Il Consiglio di Stato, recentemente, in Adunanza Plenaria (C. di Stato, Ad. Plen. del 3 marzo 2008, n. 1) ha sottolineato, alla stregua della giurisprudenza comunitaria, che un legittimo affidamento "*in house*" possa aver luogo solo qualora l'ente affidante eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività verso l'ente o gli enti che la controllano (C. Giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). Unicamente in presenza degli elementi costituiti dal "controllo analogo" e dalla "destinazione prevalente dell'attività", infatti, la società affidataria può essere qualificata come una *longa manus* dell'ente affidante, talché la gestione dell'appalto o del servizio pubblico ad essa affidato appare, in qualche misura, riconducibile allo stesso ente affidante ovvero ad una sua articolazione. In questo quadro, il Consiglio di Stato ha evidenziato anzitutto che la sussistenza del "controllo analogo" è da ritenersi esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, dal momento che la partecipazione, sia pure minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo assimilabile a quello che essa svolge sui propri servizi (cfr anche C. Giust. CE: sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, Asociacion de Empresas Forestales c. Transformacion Agraria SA (TRASGA); 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Corame; 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440).

Nella sentenza viene, altresì, evidenziato come la partecipazione pubblica totalitaria, se necessaria, non è tuttavia sufficiente, essendo altresì indispensabile la presenza di taluni penetranti strumenti di controllo da parte dell'ente, ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto civile, così sintetizzabili:

- a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati;
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale;
- c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero;

d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante.

Dai documenti forniti dalla società istante, nel corso dell'istruttoria, emerge che la società AMSP Gestioni S.r.l., cui il Comune di Seregno affiderebbe il servizio di teleriscaldamento, ha previsto nel proprio statuto all'art. 6 che possono partecipare alla società in qualità di soci "altri soggetti pubblici e privati individuati dall'Assemblea dei soci con delibera adottata con il voto favorevole dei due terzi del capitale sociale". Tale previsione sembra confliggere con quanto evidenziato dai sopra enunciati principi del Consiglio di Stato, nonché quanto espresso in sede comunitaria con la pronuncia "*Parking Brixen*" del 13 ottobre 2005, nel procedimento C-458/03, che, per ciò che attiene al "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" da parte degli enti pubblici titolari del capitale sociale - ha osservato che il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi.

Ad ogni buon conto, spetta al Comune che è in possesso di tutti gli elementi cognitivi della fattispecie valutare se sia possibile utilizzare lo strumento dell'affidamento diretto, ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c) D.Lgs. n. 267/2000 che, come esposto, può essere ammesso solo a condizione che i sopra menzionati elementi siano tutti presenti. Tali valutazioni spettano propriamente alla sola stazione appaltante, la quale è l'unica ad essere in possesso di tutti gli elementi necessari per poter effettuare le proprie valutazioni, sulla base degli indirizzi dettati da questa Autorità e dai recenti indirizzi giurisprudenziali.

Per quanto poi concerne la possibilità per il Comune di affidare il servizio sulla base dell'art. 57, comma 2, lett. b) del D.Lgs. 163/2006, così come viene espresso nella integrazione e conferma della deliberazione n. 203 del 4 dicembre 2007, si rileva come tale possibilità sia strettamente prevista solo "qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato". Pertanto l'amministrazione comunale potrà ricorrere a tale procedura solo condizionatamente alla sussistenza dei presupposti, dettagliatamente indicati nella norma.

Infine non può non rilevarsi quanto sollevato in corso di audizione circa l'eccessiva dilatazione dei tempi della stazione appaltante nell'adottare determinazioni in merito alla procedura di gara, che si pone in violazione con il principio del giusto procedimento amministrativo di cui alla L. n. 241/1990. Detto comportamento dilatorio, induce l'Autorità a ritenere opportuna l'esecuzione di un'attività di monitoraggio sulle decisioni che saranno adottate dalla Città di Seregno per l'affidamento *de quo*.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, che:

- il Comune di Seregno potrà utilizzare l'istituto previsto dall'art. 113, comma 5, lett. c) D.Lgs. n. 267/2000 esclusivamente a condizione che gli elementi sopra citati ed indicati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale ricorrano perfettamente;
- potrà essere adottata dal Comune la procedura prevista dall'art. 57, comma 2, lett. b) del D.Lgs. 163/2006, solo condizionatamente alla sussistenza dei presupposti, dettagliatamente indicati nella norma medesima.

Il Consigliere Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente Relatore: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 23/06/2008