

Parere n. 128 del 05/11/2009

Protocollo PREC 58/09/S

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dal Comune Cavallino -Treporti (VE) e dalla Citelum s.a. - Affidamento del servizio di gestione, esercizio, manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di illuminazione pubblica e semaforica del Comune di Cavallino, compresa la fornitura di energia elettrica - Importo a base d'asta € 2.050.000,00 - S.A.: Comune Cavallino-Treporti (VE)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 17 giugno 2009 perveniva all'Autorità una prima istanza di parere presentata dal Comune di Cavallino-Treporti (VE), sull'applicabilità dell'art. 23 bis, comma 9, della legge n. 133 del 2008 alla Sinergie S.p.A., capogruppo del Raggruppamento temporaneo di imprese provvisoriamente aggiudicatario, in veste di società già titolare di affidamenti "diretti" di servizi pubblici locali, stante la sua particolare composizione societaria. Premesso che il divieto a partecipare alle gare, posto dal citato art. 23 bis, a carico delle società già affidatarie di servizi pubblici locali mediante il sistema dell' *in house providing* in deroga alle procedure a evidenza pubblica, non si applica alle "società quotate in mercati regolamentati", la stazione appaltante faceva presente che la Sinergie S.p.A. era stata ammessa alla gara in quanto soggetto partecipato e controllato da società quotate in borsa - la Acegas-Aps S.p.A., ritenendo che l'art. 23 bis non troverebbe applicazione non solo nei confronti delle società quotate in mercati regolamentati, ma anche nei confronti delle società da esse controllate o partecipate.

La Citelum s.a., seconda in graduatoria, presentava istanza di intervento e di partecipazione al procedimento e contestava l'affidamento in favore della Sinergie S.p.A. per violazione del richiamato art. 23 bis, osservando: che la Sinergie S.p.A. risultava affidataria "diretta" del servizio di gestione e manutenzione degli impianti del nuovo Palazzo di Giustizia del Comune di Padova; che il divieto di acquisire ulteriori servizi, oltre a quelli affidati attraverso il sistema del cosiddetto *in house providing* , non si applica soltanto alle società quotate in mercati regolamentati; che l'unica eccezione ammessa dal legislatore, riferita alle società quotate, non trova applicazione nei confronti delle società che siano da esse controllate o partecipate; che la Sinergie S.p.A., in quanto soggetto diverso e distinto dalla società controllante, non quotato in borsa, andava esclusa dalla gara.

La controinteressata Sinergie S.p.A. replicava di aver già provveduto - in sede di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara - a fornire all'amministrazione comunale, alla data del 3 giugno 2009: i dati relativi alla composizione della società - detenuta al 51% da Acegas-Aps S.p.A. e al 49% da Cofathec Servizi S.p.A. (allegava, al riguardo copia della visura societaria alla data del 10 aprile 2009); l'elenco e la documentazione relativa ai servizi pubblici locali ad essa affidati mediante regolari procedure ad evidenza pubblica; apposita dichiarazione di non essere affidataria "diretta" di servizi pubblici locali. Faceva, infine, presente che le preclusioni, di cui al citato art. 23 bis, comma 9, della legge n. 133 del 2008, non si applicano né alla Sinergie S.p.A., proprio in quanto soggetto non titolare di affidamenti *in house* , né alle due società detentrici del capitale azionario ad essa intestato (vale a dire, la Acegas-Aps S.p.A., società quidata in borsa; la Cofathec Servizi S.p.A., società a capitale interamente privato anch'essa non titolare di alcun affidamento *in house*).

Successivamente, in data 17 luglio 2009 la Citelum s.a. presentava sulla stessa procedura di gara una propria autonoma richiesta di parere, eccependo la violazione dell'art. 13 della legge n. 248 del 2006. Al riguardo, la predetta istante sosteneva che alla data di presentazione dell'offerta - 18 maggio 2009 - Acegas-Aps S.p.A. aveva già rilevato le quote azionarie di Cofathec Servizi S.p.A.; che a seguito di tale cessione, Sinergie S.p.A. è diventata società a capitale maggioritario pubblico; che essa, come tale, non poteva concorrere a gare bandite da amministrazioni diverse da quelle che ne possedevano il capitale; che la giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tar in materia è pacifica nell'escludere la possibilità che società interamente pubbliche possano partecipare ad appalti extraterritoriali o *extra moenia* ; che questa stessa Autorità con la Deliberazione n. 135 del 09.05.2007 ha stabilito che le società indirettamente partecipate non possono prendere parte a gare indette da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale; che Sinergie S.p.A. andava, pertanto, esclusa dalla gara. Presentava, infine, istanza di audizione e di riunione con l'altra richiesta di parere.

A riscontro della seconda istruttoria procedimentale, la controinteressata Sinergie S.p.A. osservava che l'art. 13 della legge n. 248 del 2006 non si applica ai "servizi pubblici locali"; che il servizio di gestione, esercizio, manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di illuminazione pubblica,

oggetto della gara, rientra per costante orientamento giurisprudenziale tra i servizi pubblici locali di cui all'art. 112 del TUEL; che l'ambito oggettivo del citato art. 13 resta limitato alle attività strumentali dell'ente e riguarda - in altri termini - solo i servizi resi all'ente locale; che la Sinergie S.p.A. è partecipata solo indirettamente da enti locali; che Acegas-Aps S.p.A., proprietaria al 51% del capitale azionario di Sinergie S.p.A., è controllata con una quota del 62,691% del capitale da ACEGAS-APS Holding s.r.l., la quale è, a sua volta, partecipata dai Comuni di Padova e di Trieste; che, pur consapevole dell'atteggiamento restrittivo di questa Autorità (parere n. 61 del 2009), condiviso dal conforme orientamento del Giudice Amministrativo, occorre una rimeditazione dell'interpretazione fin qui seguita, secondo cui il divieto, posto dal più volte citato art. 13, si estenderebbe alle forme di partecipazione indiretta o mediata; che alcune più recenti decisioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato e del giudice di prime cure consentono una lettura evolutiva dell'art. 13 (CdS, IV, n. 215/2009 e Tar Liguria, II n. 39/2009); che il richiamato art. 13 non può, infine, trovare applicazione nel caso di specie anche perché a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 71, comma 1, lett. b) della legge 18 giugno 2009, n. 69, gli enti locali possono legittimamente assumere e mantenere partecipazioni "indirette" in società "aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali", di tal ché sarebbe del tutto illogica e irragionevole un'interpretazione che consentirebbe di estendere a tali società "indirettamente" partecipate dagli enti locali il divieto di partecipare alle gare di cui al richiamato art. 13.

Ritenuto in diritto

In via preliminare va disposta la riunione delle due istanze indicate in epigrafe per evidenti ragioni di connessione soggettiva e oggettiva, stante l'identità sostanziale delle richieste.

Le questioni all'esame attengono all'individuazione dei limiti di operatività del divieto a partecipare a gare pubbliche posto: - dall'art. 23 bis, comma 9, del decreto legge n. 112 del 2008, convertito dalla legge n. 133 del 2008, a carico dei soggetti, titolari di affidamenti "diretti", il cui capitale azionario sia detenuto da società quotate in mercati regolamentati; - dall'art. 13 del decreto legge n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006, a carico delle società a capitale interamente pubblico o misto, aventi ad oggetto lo svolgimento di servizi strumentali all'attività dell'ente locale di riferimento, in relazione a procedure di gara extraterritoriali indette da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale azionario.

Le fattispecie in esame sono, in parte, riconducibili ad altre questioni già esaminate da questa Autorità con i Pareri n. 61/2009, n. 92/2008 e n. 213/2008 in materia di applicabilità dell'art. 13 della legge n. 248 del 2006; con il Parere n. 201/2008 in tema di definizione di servizio pubblico locale; con la Deliberazione n. 135 del 2007 in materia di divieto posto alle società indirettamente partecipate di prendere parte a gare indette da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale.

Per quanto riguarda la prima delle due questioni, relativa all'applicabilità o meno dell'art. 23 bis, comma 9, del decreto legge n. 112 del 2008, convertito dalla legge n. 133 del 2008, alla Sinergie S.p.A., stante la sua composizione azionaria, preme innanzitutto evidenziare che il divieto, di cui al citato comma 9 (nel testo vigente *ratione temporis*), si applica esclusivamente alle società titolari di affidamenti "diretti" di servizi pubblici locali a rilevanza economica e non anche alle "società quotate in mercati regolamentati", come si evince dal tenore letterale della disposizione in questione che recita "I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati".

Premesso che il ricorso agli affidamenti "diretti", mediante il sistema del cosiddetto *in house providing* o in "autoproduzione" senza confronto concorrenziale, è consentito solo in presenza di talune specifiche condizioni (che l'ente affidante eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e che questa realizzi la parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente o degli enti che la controllano), va osservato che la finalità del divieto, di cui al citato art. 23 bis, è di evitare che soggetti particolarmente qualificati, già titolari di affidamenti "diretti" e di un rapporto privilegiato con l'ente di riferimento - proprio in relazione alla stretta contiguità dei rapporti in essere con il soggetto pubblico - possano lucrare, in questa loro veste di enti "strumentali", ulteriori rendite di posizione in altri mercati o servizi pubblici locali a danno del libero gioco della concorrenza.

Nel caso di specie, la Sinergie S.p.A., aggiudicataria del servizio, è partecipata solo indirettamente da enti locali, in quanto controllata da Acegas-Aps S.p.A., la quale, quotata in borsa, è a sua volta controllata con una quota del 62,691% del capitale dalla società Acegas-Aps Holding s.r.l., la quale è, a sua volta, partecipata dai Comuni di Padova e Trieste.

Ad essa la Citelum s.a. contesta di essere titolare di affidamento "diretto" del servizio di gestione e manutenzione degli impianti del nuovo Palazzo di Giustizia del Comune di Padova.

In effetti, dalla documentazione versata in atti risulta che tale servizio viene svolto in base a contratto, che nel corso degli anni ha formato oggetto di rinnovi (dal 01.01.2001 al 31.12.2004 e dal 01.01.2005 al 31.12.2008) e di successive proroghe (sino al 30.04.2009 e al 31.12.2009).

Tuttavia, sotto il profilo oggettivo, il servizio in questione non sembra potersi annoverare nella nozione di servizio pubblico locale, trattandosi del servizio di gestione e manutenzione degli impianti del nuovo Palazzo di Giustizia, per cui le prestazioni previste sono dirette unicamente al Comune, che ne fruisce alla stregua di qualsiasi altro soggetto, e non alla collettività (cfr., in tal senso, Parere dell'Autorità n. 201 del 17 luglio 2008 e Cons. Stato, Sez. V, sentenza 10 marzo 2003, n. 1289).

Inoltre, nella Determinazione del Comune di Padova n. 2009/48/0027 del 28.04.2009 di proroga del servizio al 31.12.2009, è evidenziato che: "Non è possibile nella fattispecie l'affidamento diretto *in house* non avendo Sinergie S.p.A. i requisiti per tale tipo di affidamento".

Anche dall'elenco dei servizi espletati negli ultimi anni da parte di Sinergie S.p.A., non si ricava alcun elemento caratterizzante eventuali affidamenti *in house* con le amministrazioni comunali che la controllano indirettamente (Comune di Padova e di Trieste). Su di essa nessuno dei due enti comunali sembra, infatti, esercitare alcun potere di influenza determinante con riferimento tanto agli obiettivi strategici, quanto alle decisioni societarie. Essa, inoltre, sembra operare con spirito imprenditoriale di fuori dei rapporti di "strumentalità necessaria" con le amministrazioni comunali che indirettamente la controllano. Ad essa, in quanto società non affidataria "diretta" di alcun servizio pubblico locale, non si applica, pertanto, il citato art. 23 bis.

Impregiudicata ogni questione relativa all'estensione dell'eccezione - valevole per le società quotate - alle società da queste partecipate o controllate, che, incidentalmente, questa Autorità ritiene comunque non operante, stante la natura eccezionale della previsione derogatoria, l'operato dell'amministrazione è - nei limiti indicati - conforme alla normativa di settore.

Per quanto riguarda la seconda delle due questioni, relativa all'applicabilità, ai sensi dell'art. 13 del decreto legge n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006 (cosiddetto decreto Bersani vigente all'epoca dei fatti) alla Sinergie S.p.A., in veste di società a capitale maggioritario pubblico, del divieto a partecipare a procedure di gara extraterritoriali, indette da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale azionario, va, in via preliminare, chiarito che detto art. 13 non si applica alle procedure di affidamento di servizi pubblici locali.

Nel caso di specie, il servizio di gestione, esercizio, manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di illuminazione pubblica e semaforica del Comune di Cavallino è, per sua stessa natura, rivolto a fini sociali e destinato a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività. Come tale, ha, quindi, natura, ai sensi dell'art. 112 del TUEL, di servizio pubblico locale.

Trattandosi di servizio pubblico locale, l'art. 13 della legge n. 248 del 2006, non trova, quindi, nel caso di specie, applicazione.

Tanto premesso, resta assorbita ogni altra questione, siccome evidenziata nelle istanze di parere e nelle controdeduzioni di parte, fermo restando la validità dell'orientamento già assunto da questa Autorità in materia, secondo cui anche per le società partecipate in via indiretta da altre società a capitale interamente pubblico o misto sussiste il divieto di partecipare a gare extraterritoriali al di fuori del territorio dell'ente locale di riferimento o aventi ad oggetto finalità ad esso estranee - cosiddette *extra moenia*.

Conclusivamente, ritiene questa Autorità che nel caso di specie la società aggiudicataria non riveste alcuno dei requisiti o delle condizioni preclusive poste dalle citate disposizioni di legge, atteso che dalla documentazione e dalle dichiarazioni in essere, risulta che la stessa non è titolare di affidamenti "diretti" di servizi pubblici locali e che il servizio oggetto di gara ha natura di "servizio pubblico locale".

In ultima analisi, preme, comunque, evidenziare che il divieto a partecipare alle gare posto dall'art. 23 bis, comma 9, del decreto legge n. 112 del 2008, convertito dalla legge n. 133 del 2008, opera nei confronti dei soggetti, titolari di affidamenti "diretti" di servizi pubblici locali e delle società possedute o controllate da società quotate nei mercati regolamentati, mentre il divieto di partecipazione posto dall'art. 13 del decreto legge n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006 (a carico delle società a capitale interamente pubblico o misto, aventi ad oggetto lo svolgimento di servizi strumentali all'attività dell'ente locale di riferimento, in relazione a procedure di gara extraterritoriali, indette da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale azionario) non opera nel mercato dei servizi pubblici locali e il divieto a partecipare a gare extraterritoriali o *extra moenia* si applica, invece, anche alle società - indirettamente o mediamente - possedute o controllate da società a capitale interamente pubblico o misto.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2009