

Parere n.42 del 27/03/2013

PREC 10/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società ECONORD S.p.A – “*Procedura aperta per l’affidamento dei servizi di nettezza urbana per il periodo da 01/07/2012 al 31/12/2019*” – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: € 134.397.022,85 – S.A.: Comune di Como .

Servizi pubblici locali e partecipazione di società miste alle relative procedure di affidamento.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 20 dicembre 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale la Società ECONORD S.p.A. chiede un parere in merito alla partecipazione alla gara in oggetto dell’Impresa Aprica S.p.A.. Espone l’istante che tale ditta ha conseguito rilevanti affidamenti *in house* da parte di importanti Comuni (ad es. Brescia e Bergamo), ragion per cui ha potuto partecipare alla gara soltanto in virtù della deroga introdotta dall’art. 4 D.L. n. 138/2011. La ditta istante, quindi, richiamando la sentenza 17-20 luglio 2012, n. 199, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della suddetta norma, contesta l’operato della stazione appaltante che non ha escluso la ditta in contestazione e che ha respinto, inoltre, istanza di autotutela presentata dalla stessa ECONORD S.p.A., in quanto non esisterebbe, nell’ordinamento comunitario, un divieto generalizzato di partecipazione alle gare a carico dei soggetti che hanno conseguito affidamenti diretti, e ciò varrebbe in particolare per il “mercato regolato”. Peraltro, la Aprica S.p.A. si è classificata al primo posto, così assumendo la veste di controinteressata nel presente procedimento di contenzioso.

All’istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 17 gennaio 2013, la S.A. ha difeso la legittimità del proprio operato osservando, oltre a quanto già rappresentato in sede di diniego della domanda di autotutela, che la Aprica S.p.A. non è qualificabile come società *in house*, essendo partecipata da Enti Locali per il solo 0,3 % del suo patrimonio e che alla stessa nemmeno è applicabile il divieto di cui all’art. 13 del DL 223/2006 (Decreto Bersani), essendo questo riferito alle sole società strumentali. Ha formulato le proprie controdeduzioni anche la controinteressata Aprica S.p.a. evidenziando che la propria natura non è assimilabile a quella propria delle società *in house*. Quest’ultima, secondo quanto si legge nelle osservazioni integrative della ECONORD S.p.a., per aver conseguito, come risulta *per tabulas*, affidamenti diretti da parte dei Comuni di Brescia e Bergamo, avrebbe ottenuto un vantaggio competitivo che inficia un regime di libera concorrenza.

Ritenuto in diritto

La questione sollevata dall’istante verte sulla legittimazione dell’Aprica S.p.A. a partecipare alla gara, avuto riguardo al fatto che la stessa ha goduto dell’affidamento diretto di appalti di servizi da parte di altre Amministrazioni comunali essendo a partecipazione pubblica. Tale circostanza, comprovata *per tabulas*, è valorizzata dal deducendo assumendo che la ditta, avendo conseguito un vantaggio competitivo per effetto della posizione di privilegio acquisita, non può essere ammessa alla procedura ad evidenza pubblica se non si vuole arrecare un inammissibile *vulnus* ad indeclinabili esigenze di parità di trattamento. La traiettoria argomentativa seguita dall’istante

passa per la disamina della disciplina di settore, caratterizzata dalla eliminazione dal firmamento giuridico dell'art. 4 D.L. n. 138/2011 per effetto della sentenza della Corte Costituzionale del 17-20 luglio 2012, n. 199, con la conseguente riemersione della piena vigenza dei principi conati dal Trattato comunitario che sancirebbero il divieto di partecipazione alle gare pubbliche delle imprese che hanno conseguito affidamenti diretti.

Le lamentele dell'istante non convincono, dovendosi in primo luogo escludere che si attagli alla vicenda il concetto di affidamento cosiddetto *in house*. Di tale ultima fattispecie quest'Autorità, con la Deliberazione n. 2 Adunanza del 13 gennaio 2010, ne ha operato una esatta identificazione secondo la normativa di settore che si è succeduta nel corso degli anni, osservando che *“la modalità di affidamento cosiddetta in house providing è rinvenibile nel comma 5 lett. c) dell'art. 113 del d.lgs n. 267/2000 (così come modificato dalla legge n. 326/2003), che testualmente recita: “5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; 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.” La terza modalità (lett. c) è quella comunemente definita in house providing; trattasi di una espressione usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998 che identifica il fenomeno di “autoproduzione” di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione, che si verifica quando quest'ultima acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a terzi tramite gara e dunque al mercato. E' un modello che si contrappone a quello dell'outsourcing o contracting out (la c.d. esternalizzazione), in cui la sfera pubblica si rivolge al privato, demandandogli il compito di produrre e/o fornire i beni e servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa”*. In materia è intervenuto a più riprese il giudice comunitario al fine di individuare le condizioni in base alle quali è possibile derogare al principio della pubblica gara accedendo ad un affidamento diretto, che, sul piano concettuale, è ammissibile nei limiti in cui, in luogo dell'esistenza di almeno due soggetti che siano sostanzialmente distinti e tra i quali vi sia una relazione intersoggettiva, si configuri un rapporto organico o di delegazione interorganica, con conseguente rapporto di strumentalità dell'ente affidatario rispetto all'amministrazione aggiudicatrice che rende lo svolgimento della prestazione una vicenda tutta interna alla pubblica amministrazione. La Corte comunitaria ha valorizzato quindi, da un lato, il concetto di *“controllo analogo”*, dall'altro, il requisito dell'attività prevalentemente svolta a favore dell'ente affidante, condizione quest'ultima soddisfatta quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori dalla competenza territoriale dell'ente controllante. L'inquadramento di tali principi nell'ordinamento nazionale comporta che una società *in house* sia configurabile nei limiti in cui l'Ente pubblico eserciti su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, nonché vi siano un rapporto di stretta strumentalità tra le attività dell'impresa *in house* e le esigenze pubbliche che l'Ente controllante è chiamato ad esercitare e la totale partecipazione pubblica del capitale sociale (Consiglio di Stato, sez. V, 06 luglio 2012, n. 3954). Ebbene, la Società Aprica non rispecchia tali caratteristiche in quanto il suo capitale è per la quasi totalità intestato ad una società privata quotata in Borsa, A2A, e solo per lo 0,3 % è in mano pubblica. Essa svolge attualmente il servizio di nettezza urbana presso i Comuni di Bergamo e Brescia - essendo subentrata, in quanto conferitaria di ramo di azienda, alle società ASM di Brescia e BAS (Bergamo, Ambiente e Servizi), a loro volta

nascenti dalle ceneri di aziende municipalizzate, affidatarie dirette del servizio - ma non è tecnicamente qualificabile, secondo la piattaforma di criteri sopra enucleati, come società *in house*. Ne consegue che alla Aprica S.p.A. non si applicano i limiti di carattere operativo intimamente connessi alla natura di una società *in house* e che non consentono di assumere una vocazione propriamente commerciale.

Ma, sotto altro profilo, la infondatezza dei rilievi sollevati con l'istanza in esame si deve alla mancanza di un preciso referente normativo in grado di fondare il preteso divieto di partecipazione alle pubbliche gare a carico delle imprese che abbiano goduto di affidamenti diretti, sia in ambito nazionale che comunitario. Invero, dalla declaratoria di illegittimità costituzionale del più volte richiamato art. 4 D.L. n. 138/2011 discende la scomparsa dal mondo giuridico non solo della deroga al divieto di partecipazione delle imprese direttamente affidatarie per le società quotate in borsa, ma dello stesso divieto siccome contestualmente introdotto dalla norma. Alla presente fattispecie non si attaglia, inoltre, l'art. 13 del D.L. n. 223/2006 (*"Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale"*), secondo cui *"Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale"*. Tale norma è stata infatti sottoposta ad una interpretazione restrittiva da parte della giurisprudenza, nel senso che *"Poiché l'art. 13, comma 1 del D.L. n. 223/2006 ha carattere eccezionale, dovendo essere interpretato in stretta aderenza al suo dato letterale e senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi in esso previsti, si deve ritenere che la detta disposizione vada applicata esclusivamente alle società costituite o partecipate dalle amministrazioni locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, non implicando anche la sua applicazione al settore dei servizi pubblici locali"* (cfr. C. Stato, Sez. V, n. 4346 del 07-07-2009). Più di recente in sede pretoria si è altresì precisato che *"Il divieto di cui all'art. 13 d.l. n. 223/2006 non si applica alle società a capitale misto, pubblico-privato, che svolgano sia servizi pubblici locali sia altri servizi e forniture di beni a favore degli enti pubblici e privati partecipanti nonché a favore di altri enti o loro società o aziende pubbliche o private"* (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77). Trascorrendo sul versante della disciplina comunitaria, la cui portata applicativa si è riespansa per effetto del referendum abrogativo dell'art. 23 bis citato, come evidenziato dalla stessa Corte Costituzionale (sentenza n. 24/2011), nemmeno si rinviene un espresso e generalizzato divieto di partecipazione per le imprese che hanno conseguito affidamenti diretti, non potendosi riscontrarlo, come si assume dall'istante, negli artt. 14 e 106 del TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea), avuto riguardo al loro esatto tenore. Tale secondo articolo, in particolare, testualmente prevede che: *"1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati delle imprese pubbliche. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata"*. Ebbene, la norma, nel delineare una linea di compromesso tra i privilegi propri di un mercato regolato e la tendenziale soggezione di tutte le

imprese al regime concorrenziale, non formula un vero e proprio divieto di partecipazione alle pubbliche gare a carico delle imprese che abbiano affidamenti in corso assegnati senza gara. Di tale divieto nemmeno vi è traccia negli artt. 26 e ss. del Trattato, nell'ambito cioè del Titolo I, dedicato al Mercato Interno. Va da sé che la lettura della norme di diritto comunitario che approdasse ad un risultato ermeneutico dagli effetti ostativi alla partecipazione delle imprese affidatarie dirette risulterebbe in contrasto con l'esigenza di assicurare la massima concorrenzialità, esigenza alla quale nemmeno è indifferente la norma comunitaria. Di ciò ha mostrato consapevolezza la Suprema Corte, che, allargando lo sguardo all'intero orizzonte ordinamentale, sia interno che comunitario, ha di recente osservato che: *"la partecipazione dell'Amministrazione aggiudicatrice al capitale della società concorrente non determina, di per sé, alcuna violazione di norme o di principi giuridici né dell'ordinamento nazionale né dell'ordinamento comunitario ed anzi, in contrasto con i principi di detti ordinamenti, si porrebbe una discriminazione di dette società nell'accesso al concorso. Quanto all'ordinamento nazionale rilevano in tal senso, in particolare, il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost. ed il principio di libertà d'impresa, indifferenziatamente riconosciuto, ex art. 41 Cost., comma 3, sia con riguardo all'attività economica pubblica sia a riguardo di attività economica privata. Quanto all'ordinamento comunitario, rilevano la previsione dell'art. 86 del Trattato CE, ora art. 106 T.F.U.E., (che, vietando il mantenimento nei confronti delle imprese pubbliche di misure contrarie alle norme del Trattato, salvo quelle strettamente necessarie all'adempimento delle specifiche funzioni di interesse generale di cui siano investite, presuppone, per ogni altro aspetto, una piena parificazione tra imprese pubbliche e private) nonché il principio di neutralità rispetto alla partecipazione dei pubblici poteri all'esercizio di imprese, sancito dall'art. 295 Trattato CE (ora art. 345 T.F.D.E.), in forza del quale "i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri" e non stabiliscono, quindi, alcuna forma di penalizzazione della proprietà pubblica rispetto a quella privata. In conformità con tale impostazione, la direttiva 2004/18/CE (sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi) qualifica come "imprenditore", "fornitore" "prestatore di servizi" (cfr. l'art. 1, par. 8) qualsiasi "persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi", senza, dunque, operare discriminazione alcuna tra la posizione degli operatori pubblici e quella degli operatori privati. La giurisprudenza comunitaria ha, peraltro, precisato che "il principio di parità di trattamento degli offerenti ... non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione . . . organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura" e che "se il legislatore comunitario avesse avuto l'intenzione di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici ad escludere tali offerenti, l'avrebbe espressamente indicato" (cfr. C.G. 7.12.2000, in causa C-94/99, Arge Gewasserschutz, e 23.12.2009, in causa C-305/08, Conisma) e che è, inoltre, contraria al diritto comunitario, perché viola il principio di proporzionalità, una normativa nazionale che escluda dalle gare pubbliche intere categorie di operatori in virtù di una presunzione assoluta di violazione del principio di parità di trattamento, senza permettere valutazioni caso per caso (v. C.G., grande sezione, 16.12.2008, in causa C-213-07, Michaniki). D'altro canto, la stessa problematica comunitaria relativa ai limiti della prassi della "in house providing" (pure evocata dalla sentenza impugnata) rivela, specularmente, la legittimità dell'ammissione a procedimento di evidenza pubblica di società partecipata dall'ente aggiudicatario (cfr. C.G. 11.1.2005, in causa C-26/03, Stadt Halle, 13.10.2005 in causa C-458/03, Parking Brixen s.p.a. e 18.11.1999, in C-197/98). Non diversamente, deve condividersi la giurisprudenza amministrativa nazionale (cfr. Cons. Stato, sez. 6^a, 3499/08, sez. 5^a 6325/04), laddove ha affermato che, in merito all'ammissione a gare d'appalto, la circostanza che una delle imprese concorrenti è partecipata dalla stessa amministrazione appaltante è, di per sé, irrilevante, giacché non è contemplata da alcuna norma come elemento ostativo alla partecipazione ad una pubblica gara d'appalto indetta dall'ente titolare della partecipazione; e che a diversa conclusione*

non può pervenirsi in applicazione dei principi costituzionali d'imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa nonché dei principi generali di concorrenzialità, poiché le garanzie offerte dalla procedura dell'evidenza pubblica sono idonee ad escludere che la partecipazione alla società da parte dell'ente pubblico che bandisce la gara configuri, di per se stessa, fattore distorsivo della concorrenza ed offrire alla società partecipata un illegittimo vantaggio a scapito delle altre imprese”.

Mette conto evidenziare, infine, che è comunque rimasta indimostrata l'incidenza che in concreto avrebbe avuto sulle sorti della gara il vantaggio competitivo che si attribuisce alla Società Aprica, consolidatosi, secondo le articolazioni di parte istante, nell'implementazione del patrimonio curricolare conseguente all'espletamento dei servizi oggetto di affidamento diretto.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che non sussistano i presupposti per l'esclusione di Aprica S.p.A. dalla gara indetta dal Comune di Como.

Il Consigliere Relatore : Giuseppe Borgia

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 aprile 2013

Il Segretario Maria Esposito