



DELIBERA N. 582

8 luglio 2020

Oggetto

Affidamento del servizio di Teleriscaldamento del Comune di Asti

Riferimenti normativi

art. 22 l. n. 142/1990, art. 113 T.U. enti locali, d.lgs. n. 267/2000, art. 35 l. n. 448/2001, che ha introdotto ne d.lgs. n. 267/00 l'art. 113-bis, art. 14 d. l. 269 del 2003, art. 23-bis d. l. n. 112/2008, art. 4 d. l. n. 138/2011 (dichiarato illegittimo con sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012), art. 17 del d.lgs. n. 175/2016

Parole chiave

“società mista”; gara a doppio oggetto”

Massima

In base alla linea interpretativa seguita dalla Commissione Europea nella Comunicazione del 5 febbraio 2008 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) – e dei consolidati orientamenti della giurisprudenza amministrativa, la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori affidamenti che non siano già previste nel bando originario. Infatti, la scelta del socio privato non deve mai comportare la costituzione di una società 'generalista', alla quale affidare l'esecuzione di servizi non ancora identificati al momento della scelta della stessa, ma l'incarico operativo assunto deve sempre riguardare l'esecuzione di servizi determinati e per una durata definita.

La durata della società mista potrebbe anche non corrispondere a quella dei servizi per la cui gestione è stata costituita solo ove i servizi ulteriori, la cui scadenza può non coincidere con quella dei servizi originariamente assegnati, siano affidati a seguito di una procedura di gara (Deliberazione ANAC n. 9 Adunanza del 26 gennaio 2011).

Visto

l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114/2014, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visto

il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;

Visto

Il d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175;

Visto

il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Visto

il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici (pubblicato nella G. Un. 49 del 28 febbraio 2017);

Vista

La relazione dell'Ufficio UVS;

Premessa in fatto

In data 10 novembre 2015, è pervenuto un esposto nel quale si prospettava l'illegittimità delle modalità di affidamento del servizio di teleriscaldamento seguite dal Comune di Asti e nell'adunanza del 29 marzo 2017 è stato disposto l'avvio di un procedimento di vigilanza.

L'attivazione del procedimento dell'Autorità è stato comunicato, con nota prot. n. 53376 del 12 aprile 2017 al Sindaco del Comune di Asti ed ai segnalanti.

La stazione appaltante ha riscontrato la comunicazione dell'Autorità con una relazione corredata della documentazione richiesta, acquisita dal protocollo dell'ANAC al n. 67417 in data 15 maggio 2017.

Con nota acquisita dal protocollo generale dell'Autorità al n. 668856 del 17 maggio 2017, la società ASP spa, quale concessionaria del servizio in questione, ha formulato richiesta di partecipazione al procedimento, con contestuale istanza di accesso agli atti in possesso dell'Autorità.

Successivamente, la medesima società interessata ha presentato una memoria acquisita da protocollo generale al n. 98359 in data 8 agosto 2017, a sostegno della legittimità dei provvedimenti adottati dal Comune di Asti.

La vicenda sottoposta all'attenzione dell'Autorità concerne, come anticipato, l'affidamento in concessione del servizio di teleriscaldamento nella città di Asti alla società mista ASP spa che, a propria volta, lo ha affidato in sub-concessione ad una propria partecipata Asti Energia e Calore spa, all'uopo costituita.

Al riguardo, occorre premettere che nel 2001, con bando pubblicato sulla G.U.C.E. in data 26 luglio, l'amministrazione aveva avviato una procedura per la "ricerca di un socio privato e cessione a costui di un pacchetto azionario costituito da n. 65.700 azioni del valore nominale di lire italiane 100.000 ciascuna (pari a euro 51,65), pari al 45% del capitale sociale di Asti Servizi Pubblici S.p.A., di seguito denominata "A.S.P.", con sede in Asti, Piazza Saragat 2/3, iscritta al Registro delle Imprese di Asti al n. 01142420056, in esecuzione delle deliberazioni 1 dicembre 1999 n. 81 e 24 febbraio 2000 n. 17 del Consiglio Comunale di Asti".

Infatti, in precedenza, il Comune di Asti deteneva l'intero capitale sociale di A.S.P., che, pertanto, operava nell'ambito dei servizi pubblici indicati nel proprio statuto, secondo lo schema dell'affidamento *in house*.

Nel bando si dava atto espressamente che, al momento della cessione delle quote al nuovo socio operativo privato, A.S.P. era attiva, a livello prevalentemente locale e regionale, nei seguenti settori:

- igiene urbana (comprendente principalmente le attività di raccolta e trasporto di rifiuti solidi urbani, di spazzamento e pulizia strade e servizi cimiteriali);



- mobilità (comprendente principalmente le attività di trasporto pubblico urbano ed extraurbano, i servizi di noleggio, il servizio parcheggio a pagamento e il servizio di rimozione forzata dei veicoli);

- ciclo idrico integrato (comprendente i servizi di acquedotto, fognatura e depurazione).

All'esito della procedura, la gara è stata aggiudicata all'ATI composta dalle imprese SMAT spa, AMIAT spa, SATTI spa, A.T.M. spa AMGA spa e ASTA spa, poi costituitesi in un'unica società denominata Nord Ovest Servizi - NOS spa.

Sul presupposto che l'offerta tecnica presentata dalla predetta ATI aggiudicataria, comprendesse anche l'esecuzione del servizio di teleriscaldamento, mediante una società operativa all'uopo costituita anche da soci privati dotati di competenza specifica, con deliberazione n. 71 del 2010, il Consiglio Comunale ha approvato un accordo tra il Comune di Asti e NOS spa per procedere all'assegnazione di detto servizio.

Nel menzionato accordo è stata puntualmente definita la scadenza della partecipazione di NOS spa ad ASP (non prevista negli atti di gara), sulla base del criterio al tempo definito dall'art. 23-bis del d. l. n. 112/2008, cioè quello della durata media calcolata sulla base degli affidamenti e indicata dalle singole discipline di settore, tenuto conto del periodo di affidamento già decorrente dal 2002. Sulla base di questo criterio, l'art. 1 della convenzione ha fissato al 31 dicembre 2019 il termine di durata della partecipazione di NOS alla società, con la precisazione che, per eventuali successivi ampliamenti, si sarebbe tenuto conto anche della durata degli altri servizi affidati sulla base del Business Plan.

In ragione del successivo affidamento delle attività finalizzate alla realizzazione e gestione del servizio di teleriscaldamento, su richiesta della NOS spa, nella deliberazione di Giunta Comunale n. 17 del 2015, si è, dunque, stabilito di modificare l'accordo con quest'ultima società, indicando quale limite temporale per il mantenimento in capo alla stessa della qualità di socio di minoranza, il 31 luglio 2028, tenuto conto della prevista durata trentennale della nuova gestione.

Con deliberazione n. 141 del 2015, la Giunta Comunale ha disposto l'affidamento ad ASP spa della concessione dell'uso del suolo e del sottosuolo comunale per la posa in opera delle reti, in vista dell'affidamento della gestione operativa del servizio; nella medesima delibera è stato previsto di procedere mediante sub-concessione a una nuova società costituita, oltre che da ASP e da alcuni dei soci privati di quest'ultima, anche da un altro socio privato reperito sul mercato mediante procedura di evidenza pubblica (Asti Energia e Calore spa).

In merito a quest'ultima procedura, il Comune - che tuttavia non ha trasmesso alcuna documentazione a corredo - ha riferito che la stessa è andata deserta e che, pertanto, non è subentrato nessun altro operatore privato nella compagine della partecipata Asti Energia e Calore spa. Infatti, le azioni di quest'ultima società sono detenute dalla stessa Concessionaria ASP, nonché da ASTA s.p.a. e IREN s.p.a., società facenti parte della compagine societaria di NOS s.p.a.. Nello specifico la ripartizione delle quote societarie è la seguente: - 55% ASP s.p.a.; - 40% ASTA s.p.a.; - 5% IREN s.p.a.. Ove fosse stato reperito un nuovo socio operativo la compagine proprietaria sarebbe, invece, risultata la seguente: - 15% ASP s.p.a.; - 40% ASTA s.p.a.; - 5% IREN S.p.A.; - 40% socio privato operativo.

Nella stessa relazione, il Comune ha riferito che, tuttavia, dopo la costituzione della società, il progetto non è stato realizzato, in quanto la Provincia di Asti ha concluso con esito negativo il procedimento finalizzato al rilascio dell'autorizzazione alla costruzione ed all'esercizio dell'impianto.

Il Comune ha rappresentato anche che tutte le determinazioni assunte sono state supportate, sotto il profilo della conformità al quadro normativo di riferimento da pareri *pro veritate*, richiesti ad un legale

che è stato consultato con riferimento ad ognuna delle questioni giuridiche che si sono poste in relazione all'affidamento in esame.

In ragione di quanto riferito, la stazione appaltante ha chiesto l'archiviazione del procedimento di vigilanza.

Successivamente, con un'ulteriore comunicazione, la stazione appaltante ha riferito di aver ricevuto la notificazione di un ricorso al Tar Piemonte con cui Asti Energia e Calore s.p.a., la sub-concessionaria del servizio di teleriscaldamento, ha impugnato la nota con la quale il Sindaco, in data 4 luglio 2017, ha reso pubblica l'intenzione dell'amministrazione comunale di considerare "chiusa la vicenda"; con ciò intendendo astenersi dal procedere con l'affidamento del servizio.

Nelle more della conclusione del procedimento dell'Autorità, l'amministrazione ha integrato le già citate comunicazioni, inviando uno studio - commissionato dalla stessa amministrazione e trasmesso per conoscenza - sulla "compatibilità dell'estensione dei servizi affidati ad ASP a seguito della gara agli ulteriori servizi di illuminazione pubblica e teleriscaldamento", nel quale si conclude per l'illegittimità dell'affidamento del servizio di teleriscaldamento, in quanto lo stesso si sostanzia in un affidamento diretto, in violazione del principio di concorrenza.

All'esito dell'esame della documentazione acquisita, l'Autorità ha formulato le proprie considerazioni nella comunicazione delle risultanze istruttorie prot. n. 7806 del 4 ottobre 2019, inviata al Comune di Asti ed alla società concessionaria ASP spa, evidenziando che per il periodo di gestione dei servizi affidati con la gara espletata nel 2001, ASP non avrebbe potuto ottenere nuovi affidamenti; conseguentemente, deve ritenersi illegittima anche la sub-concessione affidata alla Asti energia e Calore s.p.a. Ad ogni modo, tenuto conto di quanto riferito dal Comune, in ordine al mancato affidamento del servizio, in ragione dell'emissione di un parere negativo da parte della Provincia, è stato chiesto all'Ente di confermare la circostanza che effettivamente la nuova attività non ha più avuto corso. Inoltre, si è chiesto di fornire informazioni:

- in merito alle sorti della società sub-concessionaria Asti energia e Calore s.p.a.;
- alle scadenze degli affidamenti di cui ASP è titolare dal 2001 e delle determinazioni che si intendono assumere per provvedere ai prossimi affidamenti.

Con nota del 31 ottobre 2019, il Comune di Asti ha riscontrato la comunicazione delle risultanze istruttorie dell'Autorità, evidenziando che, in attesa dell'esito del ricorso amministrativo avviato dalla società concessionaria e di quello del procedimento avviato da questa Autorità, non ha più dato corso all'affidamento del servizio di teleriscaldamento.

Quanto alla A.E.C. s.p.a., il Comune ha riferito di aver deliberato, già nel 2017, la cessione delle partecipazioni indirette nella stessa detenute, ma di aver poi disposto diversamente con una successiva deliberazione del consiglio comunale (n. 77/2018), adottata nell'ambito delle attività di razionalizzazione periodica delle partecipazioni societarie (dirette ed indirette) ai sensi del d.lgs. n. 175/2016, T.U. in materia di società partecipate, avendo ritenuto di dover considerare sia i ricorsi proposti dalle società interessate avverso le determinazioni già assunte, che il piano di razionalizzazione presentato da ASP spa.



Il Comune ha, al contempo, rappresentato che, a breve, sarebbe stato approvato il nuovo piano annuale di razionalizzazione delle partecipazioni societarie, in occasione del quale sarebbe stata riconsiderata anche la sorte della partecipazione indiretta in A.E.C. s.p.a..

Quanto agli affidamenti gestiti da ASP, il Comune ha riferito che attualmente si tratta dei seguenti: 1) servizi cimiteriali, comprensivi della realizzazione e gestione del tempio crematorio; 2) trasporto pubblico locale, comprensivo del servizio di trasporto pubblico delle persone, Movicentro sosta a pagamento e rimozione forzata; 3) servizio idrico integrato, comprensivo della gestione dell'acquedotto della fognatura e della depurazione, affidato in concessione alla società da parte dell'Autorità d'Ambito Territoriale, ATO 5; 4) servizio di igiene urbana; 5) servizio di illuminazione pubblica, affidato con deliberazione della Giunta comunale n. 552/2015. Il limite temporale per il mantenimento in capo al socio privato NOS spa delle partecipazioni è stato differito al 31 luglio 2028 e che anche per A.S.P. spa si sarebbe provveduto alla verifica annuale nell'ambito del piano di razionalizzazione.

Pertanto, il Comune si è riservato di comunicare successivamente le proprie determinazioni.

Con nota acquisita dal protocollo generale dell'Autorità al n. 103047 del 20 dicembre 2019, il Comune di Asti ha integrato la precedente comunicazione, sostanzialmente riportandosi alle conclusioni rese da un altro legale di fiducia, incaricato di rendere un ulteriore parere in ordine alla vicenda della ASP spa ed agli affidamenti attualmente in corso.

Nel rimettere a questa Autorità la decisione *"...definitiva in ordine alla legittimità dei provvedimenti assunti con riferimento all'affidamento postumo del servizio di teleriscaldamento"*, il Comune ha riferito che, ove vengano meno dette determinazioni occorrerebbe anche rideterminare la durata degli altri che dovrebbe avere termine il 31 dicembre 2019 e non più nel 2028, in applicazione del criterio della durata media degli affidamenti previsto dal comma 6 dell'art. 23-bis del d.lgs. n. 112/2008 che era stato richiamato nella convenzione sottoscritta con NOS spa.

Con nota acquisita dal protocollo generale dell'Autorità al n. 89883 del 12 novembre 2019, la società ASP spa, con relazione a firma del proprio amministratore delegato, ha formulato le proprie controdeduzioni evidenziando che la criticità prospettata dall'Autorità riguarda l'affidamento in sub-concessione del servizio di teleriscaldamento ad A.E.C. spa e non può estendersi alla legittimità degli altri affidamenti disposti in favore di ASP all'esito della procedura di aggiudicazione del 2001; quest'ultima, si sarebbe svolta nel rispetto delle disposizioni al tempo vigenti, per l'individuazione di un socio privato, al quale sono state richieste caratteristiche di multidisciplinarietà per garantire la possibilità di svolgere tutte i servizi già affidati alla società, oltre a quelli ulteriori proposti nel Business Plan allegato all'offerta.

Il teleriscaldamento deve, dunque, considerarsi quale servizio opzionale da assegnare all'aggiudicatario senza la previa gara, mediante la sola manifestazione della volontà di attivazione da parte della stazione appaltante, avvenuta con la sottoscrizione nel 2015 della contestata convenzione con ASP spa.

Partimenti deve considerarsi legittimo, secondo ASP spa, anche il sub-affidamento in favore di A.E.C.; la società ha, infatti, evidenziato che il sistema non è stato ancora avviato solo in quanto la provincia non ha rilasciato l'autorizzazione dando atto della mancata titolarità in capo ad A.E.C. del terreno sul quale si intendeva realizzare l'impianto di cogenerazione; ciò, in quanto la ASL proprietaria del terreno ha comunicato di non essere più interessata alla realizzazione dell'impianto e dunque alla cessione dello stesso.

Tali circostanze, tuttavia, non farebbero venir meno lo scopo della società, anche alla luce delle determinazioni del Comune in ordine alla sua razionalizzazione.

Con nota acquisita dal protocollo generale dell'Autorità al n. 87654 in data 5 novembre 2019, la stessa società ASP spa - questa volta per il tramite di un legale di fiducia - ha formulato alcune eccezioni di carattere procedimentale, oltre a richiedere l'accesso ai documenti contenuti nel fascicolo dell'Autorità, con la conseguente concessione di un ulteriore termine di 30 giorni per presentare le proprie controdeduzioni, in seguito espresse nella memoria acquisita dal protocollo generale dell'Autorità al n. 102755 in data 20 dicembre 2019.

La società ha escluso che possa ritenersi illegittima la procedura di gara svoltasi nel 2001, in quanto la stessa deve essere valutata avuto riguardo alle disposizioni vigenti al momento dell'emanazione del bando, in ossequio al principio *tempus regit actum*. La legittimità degli atti contestati sarebbe confermata dalla circostanza per cui il Comune, pur avendo acquisito il predetto parere, non ha affatto proceduto con la revoca degli affidamenti, ma ha tenuto in considerazione la possibilità di procedere con un percorso di razionalizzazione della partecipata A.E.C., in attesa dell'esito dei ricorsi al TAR presentati dalle società.

Nella memoria si evidenzia, inoltre, che quella assegnata alla ASP spa rientra nel novero delle concessioni, piuttosto che in quello degli appalti e che la gara si è svolta conformemente ai principi al tempo applicabili, con la conseguenza che nessuna modifica normativa sopravvenuta potrebbe far venir meno gli impegni assunti dal Comune; l'Ente ha accettato il Piano Industriale proposto da ASP spa in gara, il quale è comprensivo dello sviluppo del sistema di teleriscaldamento.

Con nota acquisita dal protocollo generale dell'Autorità al n. 1652 in data 10 gennaio 2020, anche la Nord Ovest Servizi (NOS) spa, nella qualità di socio privato di ASP spa, ha richiesto di poter partecipare al procedimento avviato da questa Autorità.

Anche quest'ultima società ha presentato una prima memoria acquisita dal protocollo generale dell'Autorità al n. 6452 del 27 gennaio 2020 a firma del proprio Presidente, nella quale, premesse alcune eccezioni di carattere procedurale, nel merito conclude per la piena legittimità dell'affidamento del teleriscaldamento, in quanto avvenuto in conformità alle disposizioni della *lex* di gara del 2001, che, a sua volta, deve ritenersi conforme non solo al quadro normativo al tempo vigente, ma anche alle disposizioni sopravvenute in materia di PPP.

Nella memoria si ribadisce, inoltre, la legittimità delle determinazioni assunte dal Comune concedente e dalla società concessionaria, anche con riferimento al successivo sub-affidamento del servizio alla società A.E.C., all'uopo ripercorrendo tutte le considerazioni giuridiche poste alla base dei pareri legali resi al riguardo, e puntualmente richiamati nelle deliberazioni del Comune.

Infine, con nota acquisita dal protocollo generale dell'Autorità al n. 13350 in data 17 febbraio 2019, la NOS spa ha presentato la propria memoria procedimentale predisposta all'esito dell'esame della documentazione visionata a seguito di accesso agli atti del fascicolo ANAC.

Nel predetto documento si stigmatizza l'operato del Comune che avrebbe rimesso a questa Autorità ogni valutazione in ordine alla sorte degli affidamenti gestiti da ASP spa e, conseguentemente, da NOS spa quale socio privato.

Secondo la società, poi, diversamente da quanto sostenuto sempre nel parere prodotto dal Comune di Asti, ove si addivenisse ad una rideterminazione della durata della partecipazione di NOS spa ad ASP per effetto del venir meno dell'affidamento del servizio di teleriscaldamento, alla luce della normativa vigente, occorrerebbe ritenere che la permanenza di NOS spa nella compagine societaria debba essere mantenuta fino alla scadenza dell'affidamento più lungo tra quelli legittimamente assegnati, ossia il servizio idrico integrato.



Pertanto, tenuto conto che la durata di tale affidamento in forza della determinazione dell'Autorità d'ambito competente è di anni 26 e che scadrà il 31 dicembre 2030, sarebbe illegittima ogni determinazione del Comune diretta a limitare retroattivamente il servizio, in spregio del principio di tutela del legittimo affidamento del privato.

Considerato in diritto

La normativa in tema di modalità di gestione e affidamento di servizi pubblici locali ha avuto un'evoluzione molto lunga e articolata - caratterizzata da ricorrenti interventi non solo del Legislatore - nel corso della quale, è sempre stata prevista la possibilità di ricorrere a forme di partenariato pubblico-privato accanto all'esternalizzazione ed all'affidamento *in-house*.

In particolare, l'art. 22 della l. n. 142/1990 poi confluito nell'art. 113 del T.U. enti locali, d.lgs. n. 267/2000, consentiva di costituire società per azioni a partecipazione pubblica locale, prevedendo la possibilità di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.

Come noto, rilevanti modifiche sono state apportate dall'art. 35 della l. n. 448/2001, che ha introdotto nel già richiamato d.lgs. n. 267/00 l'art. 113-bis, e successivamente dall'art. 14 del d. l. 269 del 2003, che ha sostituito l'art. 113.

Una nuova disciplina è stata prevista dall'art. 23-bis del d. l. n. 112/2008, in seguito abrogato per effetto dei referendum del 2011 e sostituito dall'art. 4 del d. l. n. 138/2011, a sua volta, dichiarato illegittimo con sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012.

Infine, anche la nuova formulazione del già richiamato art. 4 del d. l. n. 138/2011, come da ultimo modificato nel 2012, è stato dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale, con sentenza n. 199 del 2012, per poi essere convertito con modificazioni.

Tutti gli interventi normativi richiamati hanno inteso favorire la gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, mediante il ricorso a procedure di evidenza pubblica, non solo nei casi di esternalizzazione, ma anche in quelli di utilizzo del modello della società mista.

Una puntuale disciplina in tema di affidamento di appalti e concessioni a società di capitale misto pubblico-privato è oggi contenuta nell'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016, sebbene già nel corso degli anni precedenti la giurisprudenza comunitaria avesse affermato, in prima battuta, l'impossibilità di affidamento diretto di un servizio ad una società partecipata dall'amministrazione aggiudicatrice, in caso di compartecipazione - anche minoritaria - di imprese private (Corte di Giustizia Sez. 1^a, sentenza 11 gennaio 2005, C-26/03).

In seguito, con la Comunicazione Interpretativa 2008/C 91/02, la Commissione Europea ha fornito univoche indicazioni sulla tematica, chiarendo che il partner deve essere selezionato mediante una procedura trasparente e concorrenziale, che abbia per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni.

Nel richiamato atto interpretativo, la Commissione aveva anche precisato che il principio di trasparenza impone di indicare chiaramente nella documentazione di gara, sia eventuali possibilità di rinnovo o di modifica dell'appalto pubblico o della concessione aggiudicati all'entità a capitale misto, che le possibilità

di assegnazione di nuovi compiti, precisando quantomeno il numero di opzioni e le loro condizioni di applicazione.

Le informazioni devono riguardare anche la durata prevista dell'appalto pubblico che la società mista dovrà eseguire; inoltre, per la fase successiva alla costituzione, è stato anche precisato che sussiste un obbligo di una nuova gara in caso di modifica sostanziale dell'affidamento e che, in questo caso, particolari accorgimenti a tutela della *par condicio* sono richiesti alla stazione appaltante, ove il partner partecipi (come è consentito) alla procedura di aggiudicazione insieme agli altri interessati.

Sulla stessa scia, si è posta la giurisprudenza nazionale, che, al contempo, ha elaborato quello che è diventato un granitico orientamento fondato sui principi di derivazione comunitaria, secondo cui *".....appare possibile l'affidamento diretto ad una società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato ma anche allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara"* (Consiglio di Stato, Adunanza Sez. II parere n. 456 del 18 aprile 2007, e in seguito *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 155 del 16 marzo 2009 n. 1555, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 4527 del 28 luglio 2011, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 992 del 2 marzo 2015).

Sicché, in base alla linea interpretativa seguita dalla Commissione Europea nella già richiamata Comunicazione del 5 febbraio 2008 ed ai consolidati orientamenti della giurisprudenza amministrativa, la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori affidamenti che non siano già previste nel bando originario. La scelta del socio privato non deve mai comportare la costituzione di una società "generalista", alla quale affidare l'esecuzione di servizi non ancora identificati al momento della scelta della stessa, ma l'incarico operativo assunto deve sempre riguardare l'esecuzione di servizi determinati e per una durata definita.

La durata della società mista potrebbe anche non corrispondere a quella dei servizi per la cui gestione è stata costituita, ma solo quando i servizi ulteriori, la cui scadenza può non coincidere con quella dei servizi originariamente assegnati, siano stati affidati a seguito di una procedura di gara (Deliberazione ANAC n. 9 Adunanza del 26 gennaio 2011).

Pertanto, se - come evidenziato nelle controdeduzioni dalle società interessate - non sarebbe corretto vagliare la legittimità della gara svolta nel 2001 e, all'esito della quale è avvenuto l'ingresso nella compagine sociale di ASP del socio privato aggiudicatario, con il contestuale affidamento a quest'ultimo dei servizi che, al momento, la stessa società aveva in esecuzione, diverse conclusioni valgono per quelli affidati successivamente, che sono stati disposti molto dopo l'aggiudicazione a partire dal 2010.

Occorre, infatti, considerare che il bando di gara menzionava espressamente solo i servizi con riferimento ai quali ASP era già attiva (igiene urbana, mobilità e ciclo idrico integrato), seppure non indicandone il valore economico, né la durata; infatti, quale requisito di partecipazione è stata richiesta un'esperienza triennale in almeno due dei tre settori espressamente indicati.

Né pare possa ritenersi rilevante che tra i criteri di aggiudicazione fosse incluso anche quello della multidisciplinarietà dell'impresa concorrente riferita all'"ampiezza dell'esperienza operativa in settori diversi da quelli attualmente oggetto dell'attività di ASP"; infatti, da questa previsione potrebbe semmai desumersi che nelle intenzioni della stazione appaltante vi fosse anche quella - da escludere in base alle disposizioni europee, come più chiaramente interpretate in seguito dalla giurisprudenza - di ammettere



un ampliamento successivo del numero di servizi pubblici gestiti, sulla base della sola proposta dei concorrenti.

Questa circostanza, come anche la conseguente inclusione nei Business Plan allegati alle offerte presentate in gara di linee strategiche per il successivo sviluppo di servizi non indicati nel bando, non consentono di ritenere legittima la successiva assegnazione di nuovi affidamenti ad ASP da parte del Comune, nonostante le ampie e approfondite motivazioni giuridiche contenute nelle determinazioni assunte da Giunta e Consiglio comunali.

Come già evidenziato, infatti, la procedura di gara espletata nel 2001 si è svolta in un momento storico in cui non era ancora consolidato l'orientamento giurisprudenziale che ha enucleato puntualmente le regole per lo svolgimento di una gara a doppio oggetto, ai fini del legittimo affidamento ad una società mista pubblico-privata di appalti o concessioni. Per questo la stessa presentava, senza dubbio, delle caratteristiche diverse dal predetto schema, tra le quali quella, appena, descritta di ammettere la programmazione di affidamenti futuri non indicati nel bando o la mancata indicazione della durata degli affidamenti.

Si ritiene, dunque, che quanto asserito dal Comune, in un secondo momento, anche nell'ambito delle attività di redazione dei piani di razionalizzazione delle proprie partecipazioni societarie, in ottemperanza agli obblighi di cui al d.lgs. n. 175/16, riguardo all'avvenuto espletamento di una "gara a doppio oggetto", trovi conferma solo escludendo il successivo affidamento di servizi non contemplati nel bando, dovendosi assicurare l'assenza in capo ad ASP spa di quel carattere generalista, ritenuto dalla giurisprudenza chiaro indice di contrarietà alle disposizioni, in tema di affidamenti di appalti pubblici.

In altri termini, deve ritenersi che la non perfetta rispondenza della gara espletata nel 2001 allo schema della gara a doppio oggetto, ha richiesto interventi successivi volti ad evitare l'illegittimo mantenimento in capo alla società di affidamenti indeterminati nella durata; questi necessari aggiustamenti sarebbero di fatto vanificati ove fosse consentito ampliare successivamente il numero dei servizi, sulla base del piano di sviluppo presentato in gara dall'operatore privato selezionato come socio.

Alla luce delle considerazioni che precedono,

il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 8 luglio 2020

DELIBERA

- di ritenere non conforme alle disposizioni in materia di contratti pubblici, l'affidamento da parte del Comune di Asti alla società mista ASP spa di servizi non espressamente contemplati nella documentazione della gara del 2011, a seguito della quale è stato individuato il socio privato.
- di dare mandato all'Ufficio Istruttore di inviare la presente delibera al Comune di Asti, all'ASP spa ed alla NOS spa.

Il Presidente F.F.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 luglio 2020

*Per il Segretario Maria
Esposito*

Rosetta Greco