

Deliberazione n. 51 Adunanza del 18 maggio 2011

VISF/GE/10/48517

Oggetto: verifica configurazione della società Seprio Patrimonio Servizi s.r.l. quale società in house del Comune di Tradate (VA) - verifica della legittimità delle procedure di affidamento

Stazione Appaltante: Comune di Tradate;

Riferimenti normativi: legge n. 475/1968 e s.m.i. e art. 23-bis della legge n. 133/2008 e s.m.i.

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Vista la relazione della Direzione generale vigilanza servizi e forniture in data 19.04.2011

Considerato in fatto

E' pervenuta a questa Autorità una richiesta di parere da parte della Seprio Patrimonio s.r.l., con la quale la società in house del Comune di Tradate a totale partecipazione pubblica locale, chiedeva di conoscere l'avviso del Consiglio in ordine alla possibilità di svolgere lavori in affidamento diretto da parte dello stesso Comune. Si evidenzia, a tal fine, che nella propria richiesta di parere, la citata s.r.l. riferiva di aver conseguito attestazioni SOA di qualificazione per progettazione ed esecuzione (nelle cat. OG1, OG3 e OG6 tutte per la classifica II). Al riguardo, questa Autorità in una precedente deliberazione¹ si è già espressa in senso negativo, evidenziando che è da escludersi la praticabilità dello schema dell'in house providing nel settore dei lavori, in quanto come rilevato anche dalla giurisprudenza², non si rinvenivano nell'ordinamento norme che ne legittimino l'utilizzo. L'istituto dell'in house providing concerne, infatti, l'autoproduzione di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni in deroga ai principi generali che prevedono il ricorso al mercato attraverso procedure di evidenza pubblica ed è pertanto insuscettibile di applicazione estensiva. Resta salva la sola possibilità che le società in house realizzino in affidamento diretto lavori di importo contenuto eseguibili in economia, ove ricorrano le condizioni già indicate nella Deliberazione n. 109 del 05/04/2007.

In ottemperanza a quanto deliberato dal Consiglio nell'adunanza del 13 Luglio u.s., gli atti relativi alla predetta istanza sono stati trasmessi a questa Direzione Generale che ha avviato una specifica istruttoria in merito alla configurazione della società Seprio Patrimonio Servizi s.r.l. quale società in house del Comune di Tradate (VA) ed alla legittimità degli affidamenti ricevuti dallo stesso ente.

Con nota pervenuta in data 18.09.2010, la Seprio Patrimonio ha dato riscontro alla comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 51174 del 05.08.2010, rappresentando di essere una società a responsabilità limitata a totale partecipazione del Comune di Tradate che ne detiene la totalità delle quote³ e che svolge sui servizi ad essa affidati un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, attraverso l'organo assembleare, al quale sarebbero attribuiti poteri di indirizzo e controllo sulla gestione (art. 11 dello Statuto) ulteriori rispetto a quelli attribuiti dal codice civile alla maggioranza dei soci. La gestione è, invece, affidata ad un organo amministrativo collegiale composto da 3 membri e nominato – in seguito alla designazione dei gruppi del Consiglio Comunale - nell'assemblea ordinaria del 18 ottobre 2007, in occasione della quale i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione sono stati ridefiniti “nei limiti indicati dalla più recente giurisprudenza affinché sia consentito all'ente proprietario la possibilità di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”.

In secondo luogo, la società ha prodotto la documentazione inerente gli affidamenti dei seguenti servizi:

- manutenzione degli immobili comunali;
- gestione del verde pubblico;
- gestione degli impianti sportivi comunali;
- manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade;
- sviluppo e gestione della pubblica illuminazione;
- gestione del servizio idrico integrato;
- gestione del servizio di igiene urbana.

In seguito alla richiesta integrativa di questa Autorità, la Seprio Patrimonio ha, inoltre, chiarito di aver acquisito le attestazioni SOA mediante due atti di acquisto di ramo d'azienda stipulati nel 2007, rispettivamente con l'impresa individuale Sandro Manzolini e la società Euroedil s.r.l., operanti nel settore delle opere pubbliche. Unitamente a queste informazioni, la società ha anche inviato la documentazione inerente l'affidamento del servizio di gestione della farmacia comunale, evidenziando che detta attività è inclusa nell'oggetto sociale, come previsto dall'art. 4 dello Statuto. Infatti, l'art. 4 citato contiene un lungo elenco di attività (global service, costruzione e gestione di impianti sportivi, gestione dell'edilizia pubblica residenziale e commerciale, gestione dei servizi pubblici in campo sociale, attività di servizio ed iniziative in campo culturale, assunzione di partecipazioni in altre società etc.) in parte correlate all'oggetto principale che è quello della gestione del patrimonio del Comune di Tradate.

Nell'adunanza del 12 gennaio 2011, il Consiglio dell'Autorità, in base alle informazioni e alla documentazione acquisite, ha autorizzato l'invio alla Seprio Patrimonio ed al Comune di Tradate di una comunicazione contenente le risultanze istruttorie ai sensi dell'art. 7, comma 2, del Regolamento in materia di vigilanza e accertamenti ispettivi. Nella predetta comunicazione, oltre ad escludersi - fuori dai casi di lavori in economia o comunque di valore contenuto nei limiti di € 100.000 entro i quali è ammessa la procedura negoziata - la praticabilità dello schema dell'in house providing nel settore dei lavori, sono stati prospettati dubbi riguardo alla natura di organismo in house della Seprio Patrimonio s.r.l. e conseguentemente sulla legittimità degli affidamenti diretti disposti in favore della stessa.

In merito alle questioni esposte sono pervenute in data 24 febbraio 2011 le controdeduzioni elaborate dalla Seprio ed in data 23 marzo 2011, si è svolta un'audizione alla quale hanno partecipato oltre ai rappresentanti della società anche il Sindaco del Comune di Tradate.

Ritenuto in diritto

Dall'esame della documentazione acquisita, accanto ai profili di criticità già evidenziati in merito alla possibilità che la Seprio Patrimonio potesse ricevere incarichi per la realizzazione di opere pubbliche, sono emerse ulteriori problematiche, sia rispetto alla configurazione della medesima come società in house, che riguardo alla legittimità dei diversi affidamenti ricevuti.

Questi ultimi, infatti, riguardano attività disomogenee inquadrabili, in alcuni casi, nella categoria dei servizi pubblici di rilevanza economica (farmacia, gestione impianti sportivi, servizio idrico, igiene urbana, pubblica illuminazione) e in altri in quella dei servizi strumentali alla p.a. (manutenzione immobili e strade, gestione del verde pubblico). Inoltre, con riferimento ai servizi pubblici, occorre evidenziare, che se per tutti la disciplina di riferimento è quella di cui all'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112⁴, come da ultimo modificato dall'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135⁵, in materia di gestione delle farmacie comunali sono fatte salve le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, come modificata ed integrata dalla legge 8 novembre 1991 n. 362 recante "Norme di riordino del settore farmaceutico".

Secondo la richiamata disciplina, le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, nelle seguenti forme:

- a) in economia;
- b) a mezzo di azienda speciale;
- c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari;
- d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità.

L'art. 7, comma 2, della legge 362/91 dispone, seppure con riferimento alle farmacie private, che in caso di gestione a mezzo di società, queste ultime devono avere come oggetto esclusivo la gestione della farmacia; inoltre, ai sensi dell'art. 8 della medesima legge la partecipazione alle stesse società è incompatibile:

- a) con qualsiasi altra attività esplicata nel settore della produzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco;
- b) con la posizione di titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia;
- c) con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato⁶.

Proprio in considerazione di quanto prescritto dall'art. 7, comma 2, e dall'art. 8 della legge 362/1991, non sembra possa ritenersi compatibile con l'esercizio del servizio farmaceutico lo svolgimento di alcuna altra attività; sul punto, si è già espressa anche la Corte dei Conti, escludendo la possibilità che un comune possa procedere alla costituzione di società che, unitamente alla gestione di farmacia comunale, svolga altra attività di natura del tutto diversa e "che non sia finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico, al corretto svolgimento del servizio farmaceutico ed alla salvaguardia del bene salute"⁷. Ad ogni modo, ove la costituzione di altra società di servizi si rivelasse particolarmente onerosa, è da ritenersi quantomeno necessario mantenere ben distinte le diverse contabilità, condizione comunque riscontrata nel caso di specie.

Quanto alla natura del servizio farmaceutico, giova poi rilevare da un lato che una chiara rilevanza pubblicistica ne legittima il peculiare regime autorizzatorio, caratterizzato dall'imposizione di limitazioni territoriali e requisiti soggettivi; infatti, proprio in ragione dell'attinenza di questa attività al servizio pubblico sanitario, anche secondo recenti pronunce della Corte di Giustizia⁸, le limitazioni previste dal legislatore nazionale non si pongono in contrasto con le regole del Trattato sul mercato comune. Al contempo, però, resta ferma la natura commerciale dell'attività che, pur nella prospettiva del pubblico interesse, è in ogni caso organizzata in forma di impresa⁹.

Nel caso di specie, peraltro, la vocazione commerciale della società emerge anche dalla definizione dell'oggetto sociale contenuta nello statuto, comprensiva di qualsivoglia attività più o meno correlata alla gestione del patrimonio comunale; proprio al fine di svolgere anche l'attività di costruzione di nuove opere, la Seprio ha anche acquistato rami di aziende, stipulando contratti che per definizione presuppongono la natura imprenditoriale dell'acquirente, oltre che del venditore.

Passando, dunque, all'altra criticità emersa, si ritiene che la connotazione commerciale del servizio farmaceutico e - più in generale - della gestione societaria, nel caso di specie possa compromettere irrimediabilmente anche la sussistenza del requisito del "controllo analogo".

Infatti, al riguardo la giurisprudenza ha evidenziato che "...l'affermarsi di una vocazione strategica basata sul rischio di impresa finisce per condizionare le scelte strategiche dell'ente asseritamente in house, distogliendolo dalla cura primaria dell'interesse pubblico di riferimento e, quindi, facendo impallidire la natura di costola organica, pur se entificata, dell'ente o degli enti istituenti"¹⁰.

Sempre in tema di controllo analogo, si rileva che nel caso della Seprio Patrimonio non sembra sussistere - come invece richiesto ai fini della legittimità degli affidamenti cc.dd. in house - un rapporto tra gli organi societari e l'ente pubblico affidante "equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica"¹¹. Infatti, sulla base delle modifiche apportate allo Statuto nell'Assemblea ordinaria del 18 ottobre 2007, la garanzia della sussistenza del descritto rapporto di subordinazione è affidata alla sola approvazione annuale di un piano industriale da parte dell'Assemblea e dall'obbligo per l'organo amministrativo, detentore di tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, di presentare alla Assemblea un rapporto trimestrale. Al riguardo, i rappresentanti della società ed il Comune di Tradate hanno evidenziato che sebbene non sia stato ancora tradotto in corrispondenti disposizioni dello Statuto della Società, il Comune ha sempre svolto un controllo stringente sulla società, non solo attraverso l'approvazione dei piani operativi annualmente predisposti da quest'ultima, ma anche attraverso la partecipazione ai consigli di amministrazione e la verifica continua dell'attività realizzata in esecuzione del piano. In seno al Consiglio comunale, infatti, è stata istituita una apposita Commissione preposta proprio al controllo analogo (Deliberazione del Consiglio comunale n. 56 del 26 ottobre 2010). Secondo quanto risulta dalla documentazione prodotta, Seprio Patrimonio S.r.l. deve informare, periodicamente o su richiesta motivata, la Commissione sull'andamento della società; si tratta di una situazione tipica che caratterizza il rapporto tra una società e l'azionista di controllo. Detta circostanza, pertanto, non sembra determinante al fine di ritenere sussistenti quelle condizioni richieste dalla giurisprudenza, secondo la quale il consiglio di amministrazione della s.p.a. affidataria "in house" non può avere rilevanti poteri gestionali, in quanto l'ente pubblico affidante deve esercitare "poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della governance rispetto alla maggioranza azionaria"¹².

Alla luce di quanto fin qui considerato, si ritiene che, dovendosi dubitare della natura di organismo in house della Seprio Patrimonio s.r.l., gli affidamenti disposti dal Comune non possano essere ritenuti conformi alla relativa disciplina, come interpretata dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Con riferimento agli affidamenti che riguardano servizi pubblici di rilevanza economica si deve ricordare che con l'ultima riforma del settore, il legislatore ha previsto che la relativa gestione avvenga in via ordinaria attraverso il conferimento a favore di imprenditori o di società private, oppure a società a partecipazione mista pubblica e privata.

La gestione "in house" è, invece, consentita soltanto in deroga "per situazioni eccezionali" e previo parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Pertanto, in base alla disciplina transitoria contenuta nello stesso art. 23-bis già citato, le gestioni affidate in modo non conforme ai principi comunitari in materia di cosiddetto "in house" – come si ritiene è avvenuto nel caso di specie – cessino comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

Anche le gestioni affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cesseranno, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Potranno, infatti, proseguire sino alla scadenza prevista dal contratto di servizio solo se, entro il 31 dicembre 2011, le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale costituendo una società mista, nel rispetto della relativa disciplina.

Infine, resta fermo quanto disposto dall'art. 14, comma 32 del d.l. 78/10 come da ultimo modificato dal d.l. 225/10 c.d. "mille proroghe", per cui "Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2013 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni."

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene che:

- è da escludersi la praticabilità dello schema dell'in house providing nel settore dei lavori, che - in quanto istituto concernente l'autoproduzione di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni in deroga ai principi generali che prevedono il ricorso al mercato attraverso procedure di evidenza pubblica - è insuscettibile di applicazione estensiva;
- ove - in deroga al principio in base al quale la società che gestisce la farmacia comunale deve avere oggetto esclusivo - si sia proceduto alla costituzione di una società in house che svolga anche attività di altra natura occorre in ogni caso garantire la rigorosa separazione delle diverse contabilità;
- ai fini dell'integrazione del controllo analogo, non possono ritenersi sufficienti, quale garanzia della sussistenza di un rapporto di subordinazione gerarchica tra gli organi della società in house e l'ente pubblico affidante, le sole previsioni statutarie che impongano l'approvazione annuale di un piano industriale da parte dell'Assemblea, l'obbligo per l'organo amministrativo, detentore di tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, di presentare alla Assemblea un rapporto trimestrale; né a tal fine può ritenersi rilevante l'istituzione in seno al Consiglio comunale di un comitato preposto "al controllo analogo" al quale non siano riconosciuti poteri di gestione diretta, ma di sola verifica;

- per quanto riguarda gli affidamenti di servizi pubblici locali di interesse economico, il comune di Tradate debba adeguarsi alle prescrizioni contenute nell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 e successive modifiche;

dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture affinché comunichi la presente deliberazione al Comune di Tradate ed alla Società Seprio Patrimonio srl e disponga la pubblicazione della delibera sul sito internet dell'Autorità.

Il Consigliere Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 marzo 2011

Il Segretario Maria Esposito

¹ Deliberazione n. 109 del 05/04/2007.

² Consiglio di Stato, decisione 3 aprile 2007, n. 1514.

³ Si tratta di mille quote del valore di €11,00; infatti, il capitale sociale è di €11.000,00; lo statuto ammette la possibilità di cedere le quote fino al limite del 40% solo ad altri enti pubblici o a società a partecipazione totalitaria pubblica, con la condizioni che questi ultimi esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi trasferiti (art. 9).

⁴ Convertito, con modificazioni dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133.

⁵ Convertito, con modificazioni, dalla L. 20 novembre 2009, n. 166.

⁶ Con la sentenza n. 275/2003 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lett. a), della legge 8 novembre 1991, n. 362, nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco.

⁷ Sezione regionale di controllo per la Lombardia, parere n. 85 del 13 novembre 2008.

⁸ La Corte di Giustizia, con la sentenza 19 maggio 2009 nella causa C-531/06 contro la Repubblica italiana, ha chiarito che "una legislazione – come quella italiana - che riserva il diritto di gestire una farmacia al dettaglio privata alle sole persone fisiche laureate in farmacia e alle società di gestione composte esclusivamente da soci farmacisti, e le disposizioni legislative che sanciscono l'impossibilità, per le imprese di distribuzione di prodotti farmaceutici di acquisire partecipazioni nelle società di gestione di farmacie" è conforme al diritto comunitario in quanto "atta a garantire la realizzazione dell'obiettivo volto ad assicurare un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità e, pertanto, la tutela della sanità pubblica". Sul punto, più di recente, si veda anche la sentenza 10 giugno 2010 nelle cause riunite C-570/07 e C-571/07.

⁹ Sul punto, si veda Paolo Guida "L'oggetto della società nel settore sanitario: farmacie, vendita di farmaci, case di cura Notariato, 2008, I, 68.

¹⁰ Cfr. Consiglio Di Stato - Sezione V - Sentenza 26 agosto 2009 n. 5082 e i precedenti richiamati nella pronuncia (Cons. Stato, sez. VI, 3.4.2007, n. 1514 e sez. V, 8.1.2007, n. 5).

¹¹ Consiglio Di Stato - Sezione V - Sentenza 26 agosto 2009 n. 5082.

¹² Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 3 aprile 2007, n. 1514.