

COMUNE DI CARBONIA

SECONDO SERVIZIO

SETTORE AMBIENTE

INSTALLAZIONE E GESTIONE DI 2 PUNTI DI DISTRIBUZIONE DI ACQUA TRATTATA FRESCA E GASSATA (UNO SINGOLO ED UNO DOPPIO) “CASE DELL'ACQUA” E DI 16 EROGATORI SINGOLI PRESSO EDIFICI PUBBLICI.

Affidamento diretto alla Società in house SO.MI.CA. S.p.A.

RELAZIONE DI ISTRUTTORIA

INFORMAZIONI DI SINTESI

Oggetto dell'affidamento: Installazione e gestione di 2 punti di distribuzione di acqua trattata fresca e gassata (uno singolo ed uno doppio) “Case dell'Acqua” e di 16 erogatori singoli installati presso edifici pubblici.

Ente affidante: Comune di Carbonia.

Tipo di affidamento: Concessione.

Modalità di affidamento: Affidamento diretto alla società in house.

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

- DIRETTIVA 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE quinto Considerando, laddove si ricorda chiaramente che *“nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva.”*

- D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 “Codice dei contratti pubblici” art. 5 (Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico), comma 1:

1. *Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*

a) *l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;*

b) *oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;*

c) *nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati,*

ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata;

- D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 “Codice dei contratti pubblici” che all'art. 192 (Regime speciale degli affidamenti in house), commi 1 e 2:

1. *È istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. L'Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3.*

2. *Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.*

- D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” che all'art. 4 (Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche), commi 1 e 2:

1. *Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.*

2. *Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:*

- a) *produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;*

- b) *progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016;*

c) *realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2;*

d) *autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;*

e) *servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a) del decreto legislativo n. 50 del 2016.*

• D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" che all'art. 16 (Società in house), commi 1, 2 e 3:

1. *Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.*

2. *Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1:*

a) *gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile;*

b) *gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile;*

c) *in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile.*

3. *Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.*

GIURISPRUDENZA

• Corte di Giustizia sentenza Teckal C-107/98; affinché possa parlarsi di gestione in house (con deroga alle regole sulla concorrenza), sono necessari ed indefettibili i seguenti due requisiti:

l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

• Corte di Giustizia sentenza C-26/03 Stadt Halle:

In conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si

verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal, cit., punto 50). Occorre ricordare che, nel caso sopra menzionato, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.

- Corte di Giustizia, Sezione IV, sentenza C371/05, del 17 luglio 2008:
La gara pubblica non è obbligatoria qualora l'amministrazione pubblica eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e l'affidatario svolga la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti pubblici che ne detengono il controllo. Deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di condizionarne le decisioni.
- Sentenza del Consiglio di Stato – adunanza plenaria, 03.03.2008, n. 1:
La situazione di in house legittima l'affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). L'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia, soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una "derivazione", o una longa manus, dell'ente stesso. Da qui, l'espressione in house che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni. Si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. Mentre, la disciplina comunitaria dei pubblici appalti va applicata se l'ente affidatario sia distinto dall'amministrazione aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo sul piano sostanziale.
- Sentenza del Consiglio di Stato – Sez. V, 10.09.2014, n. 4599:
I servizi pubblici locali di rilevanza economica possono in definitiva essere gestiti indifferentemente mediante il mercato (ossia individuando all'esito di una gara ad evidenza pubblica il soggetto affidatario) ovvero attraverso il c.d. partenariato pubblico – privato (ossia per mezzo di una società mista e quindi con una 'gara a doppio oggetto' per la scelta del socio o poi per la gestione del servizio), ovvero attraverso l'affidamento diretto, in house, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma ne che sostituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, ricorrendo in capo a

quest'ultimo i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo (sulla società affidataria) 'analogo' (a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi) e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano. L'affidamento diretto, in house - lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, in house (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti (Cons. St., sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832; sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762);

- Sentenza del Consiglio di Stato – Sez. V, 18.07.2017, n. 3554, che ricorda che lo stesso Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 22.01.2015, *“ha non solo ribadito la natura ordinaria e non eccezionale dell'affidamento in house, ricorrendone i presupposti, ma ha pure rilevato come la relativa decisione dell'amministrazione, ove motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta;*
- Parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato AS1364 del 23 febbraio 2017: *La scelta dell'affidamento c.d. in house providing, in deroga al principio dell'evidenza pubblica, può avvenire solo in favore di un soggetto per il quale ricorrano i tre requisiti soggettivi e oggettivi che, a partire dalla sentenza Teckal, hanno trovato recente esplicitazione nel testo delle nuove Direttive in materia di appalti e concessioni e nel Nuovo codice dei contratti pubblici e che si estrinsecano nella titolarità pubblica del capitale sociale del soggetto affidatario, nello svolgimento dell'attività prevalente in favore dell'Ente affidante e nel c.d. controllo analogo dell'ente affidante sulla società di gestione affidataria del servizio.*

MODALITÀ DI AFFIDAMENTO PRESCELTA

Sussistenza dei presupposti per l'affidamento in house ex art. 5 del D.Lgs. n. 50/2016

Sussistono in capo alla società SO.MI.CA. S.p.A. i requisiti previsti per l'affidamento in house dalla normativa comunitaria, dall'art. 16 del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” e dall'art. 5, comma 1 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 “Codice dei contratti pubblici”, in quanto:

- a) il Comune di Carbonia esercita sulla società SO.MI.CA. S.p.A. un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;

b) l'intera attività della società SO.MI.CA. S.p.A. è effettuata a favore del Comune di Carbonia nello svolgimento dei compiti ad essa affidati;

c) il Comune di Carbonia è socio unico della società SO.MI.CA. S.p.A..

Verifica dei presupposti per l'affidamento in house ex art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016

Comma 1

È istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. L'Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3.

Il Comune di Carbonia in data 22 febbraio 2018 ha chiesto l'iscrizione nel citato elenco, richiesta assunta da ANAC al protocollo 0017077; in data 30 maggio 2019 è stata aperta la relativa istruttoria da parte di ANAC.

Nelle more dell'inserimento nell'elenco, il Comune di Carbonia, essendo legittimato a richiedere l'iscrizione nell'elenco, può ricorrere all'affidamento in house a favore della SO.MI.CA. S.p.A. dopo aver valutato la sussistenza dei presupposti normativi, "sotto la propria responsabilità e nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 5 e ai commi 2 e 3 dell'art. 192 D.Lgs. n. 50/2016.

Comma 2

Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Valutazione sulla congruità economica dell'offerta della SO.MI.CA. S.p.A.

La società SO.MI.CA. S.p.A. ha fatto pervenire con nota prot. n. 152/19 del 10.07.2019, assunta a protocollo comunale al n. 36056 del 29.07.2019, la propria offerta economica che si richiama integralmente.

Ai fini della comparazione con i prezzi Consip, si richiama la nota a Consip in data 20/02/2017 a firma dei Presidenti di di AQUA ITALIA/Anima/Confindustria e Associazione Italiana Acqua di

Qualità – AIAQ e la relativa risposta di Consip in data 01/03/2017, allegate alla presente.

Verificato comunque, da consultazione "Elenco prodotti", che alla data odierna non sono state rilevate convenzioni attive sulla Concessionaria Servizi Informativi Pubblici (CONSIP) e che nel Mercato Elettronico per le Pubbliche Amministrazioni (MePa) non sono presenti meta prodotti comparabili per qualità essenziali, con quelli oggetto dell'offerta della SO.MI.CA. S.p.A., per valutare la congruità dell'offerta presentata dalla SO.MI.CA. S.p.A. è stato comunque fatto un raffronto tra il costo del servizio offerto e la stima di servizi analoghi reperibili sul mercato.

Da un'indagine svolta contattando i maggiori produttori di apparecchiature presenti sul mercato si è potuto verificare che il costo medio delle installazioni dei prodotti finiti, al netto di IVA, si attesta sull'importo di 40.000 euro/impianto installato oltre ad un costo di manutenzione di 5000 euro/anno, costi che lasciano in capo al soggetto appaltante la gestione e le competenze in materia di somministrazione di alimenti.

Nel caso di fornitura e gestione del servizio, la sola fornitura della "casa dell'acqua", ottiene una sostenibilità economica in erogazione di un quantitativo minimo annuo di 250.000 litri di acqua per punto di erogazione, considerato il prezzo medio di 5 €cent/litro dell'acqua erogata.

Dall'analisi pertanto della citata offerta SO.MI.CA. S.p.A., tenuto conto del valore dei maggiori servizi previsti dal contratto offerto, emerge che la stessa risulta nettamente più vantaggiosa in quanto il pareggio dei 375.000 litri di erogazione minima/anno sono ottenuti, nel piano economico di ammortamento, considerando 3 erogatori a pagamento a parità di prezzo per litro erogato e ben 16 erogatori gratuiti da installare negli edifici pubblici su indicazione dell'Amministrazione.

Sul mercato una pari offerta comporterebbe la necessità di erogazione di minimi 750000 litri complessivi/anno.

L'offerta predisposta da SO.MI.CA. S.p.A. risulta pertanto più conveniente.

29 luglio 2019

Il Dirigente del II Servizio

Ing. Alberto Siletto