

N. 00518/2013 REG.PROV.CAU.

N. 00869/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 869 del 2013, proposto da:

ENEL SOLE SRL, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Sciaudone, con domicilio eletto presso l'avv. Vincenzo Rognoni in Brescia, via Monti 2/A;

***contro***

TEA SPA, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Colombo e Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso il secondo in Brescia, via Diaz 13/C;  
TEA SEI SRL, TEA RETELUCE SRL, TEA ENERGIA SRL, rappresentate e difese dagli avv. Paolo Colombo, Monica Bertolini e Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Brescia, via Diaz 13/C;  
COMUNE DI MANTOVA, rappresentato e difeso dagli avv. Chiara Bergamaschi e Sara Magotti, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR in Brescia, via Zima 3;

COMUNE DI MARCARIA, COMUNE DI SAN MARTINO DALL'ARGINE,  
COMUNE DI SUZZARA, rappresentati e difesi dall'avv. Claudia Malavasi, con domicilio eletto presso l'avv. Domenico Bezzi in Brescia, via Diaz 13/C;

COMUNE DI BIGARELLO, COMUNE DI SABBIONETA, COMUNE DI BAGNOLO SAN VITO, COMUNE DI POGGIO RUSCO, COMUNE DI ACQUANEGRA SUL CHIESE, COMUNE DI VILLA POMA, COMUNE DI PIEVE DI CORIANO, COMUNE DI CASTELLUCCHIO, COMUNE DI VOLTA MANTOVANA, COMUNE DI SUSTINENTE, COMUNE DI CASALOLDO, COMUNE DI CURTATONE, COMUNE DI VIRGILIO, COMUNE DI CASTEL D'ARIO, COMUNE DI PORTO MANTOVANO, COMUNE DI GONZAGA, COMUNE DI RONCOFERRARO, COMUNE DI CASTIGLIONE DELLE STIVIERE, COMUNE DI MARIANA MANTOVANA, COMUNE DI ROVERBELLA, COMUNE DI REDONDESCO, COMUNE DI BORGOFORTE, COMUNE DI REVERE, COMUNE DI SAN GIORGIO DI MANTOVA, COMUNE DI SERMIDE, non costituitisi in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia*

- del bando di data 9 agosto 2013, con il quale Tea spa ha indetto una procedura aperta per la selezione del socio privato minoritario di Tea Reteluce srl, con attribuzione di specifici compiti operativi connessi al servizio di illuminazione pubblica presso diversi Comuni della Provincia di Mantova;
- degli altri atti che compongono la *lex specialis* (in particolare: disciplinare di gara, capitolato tecnico, documento descrittivo di Tea Reteluce srl, statuto di Tea Reteluce srl, contratto sulla partecipazione e sui compiti operativi del socio privato, contratto con Tea Energia srl per la fornitura di energia elettrica, contratto con Tea Sei srl per l'attività di gestione dei punti luce, contratto con Tea Sei srl per l'ottenimento dei titoli di efficienza energetica, contratto con Tea spa per i servizi di staff);

- delle deliberazioni comunali con le quali è stato scelto questo modello di organizzazione del servizio di illuminazione pubblica ed è stato disposto il riscatto delle reti di proprietà di Enel Sole srl;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tea spa, di Tea Sei srl, di Tea Energia srl, di Tea Reteluce srl, del Comune di Mantova, del Comune di Marcaria, del Comune di San Martino Dall'argine, e del Comune di Suzzara;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cpa;

Visti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2013 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato a un primo esame:

1. Con bando di data 9 agosto 2013 Tea spa, in qualità di impresa pubblica, ha indetto una procedura aperta per la selezione del socio privato minoritario della controllata Tea Reteluce srl, con attribuzione di specifici compiti operativi connessi al servizio di illuminazione pubblica presso ventinove Comuni della Provincia di Mantova. A parte il Comune di Mantova, tutti gli altri enti interessati detengono in Tea spa partecipazioni ultraminoritarie.

2. In precedenza i suddetti Comuni, con apposite deliberazioni consiliari, avevano aderito allo schema di organizzazione del servizio di illuminazione elaborato da Tea spa, e avevano inoltre disposto il riscatto delle reti (impianti e punti luce) di proprietà della ricorrente Enel Sole srl, gestore uscente del servizio.

3. Lo schema di servizio costituisce una variante del partenariato pubblico-privato disciplinato dai principi comunitari, e prevede da un lato la formazione di una società mista (Tea Reteluce srl), con attribuzione al socio privato minoritario (40%) di specifici compiti operativi, e dall'altro l'affidamento diretto da parte di Tea Reteluce srl di una serie di servizi a società interamente controllate dalla capogruppo Tea spa, o alla stessa Tea spa.

4. In particolare, per quanto riguarda la costituenda società mista (v. paragrafo 3 del disciplinare di gara), il socio privato minoritario, da scegliere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, acquista il 40% del capitale sociale versando un prezzo pari a € 40.000 e un sovrapprezzo minimo di € 800.000 (importo soggetto a rialzo in fase di gara fino a un massimo di € 1.100.000). Il valore della gestione del servizio per l'intera durata dell'affidamento (20 anni) è stimato in € 57.104.017,00 (di cui € 34.924.687,83 per opere di adeguamento e riqualificazione, compresi gli oneri finanziari, e € 22.179.329,17 per il servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria). I predetti importi sono soggetti a ribasso nell'ambito dell'offerta economica.

5. I compiti del socio privato, assunti al momento dell'ingresso nella società mista, sono descritti nel capitolato tecnico (paragrafi 5-14). Sostanzialmente si tratta di attività di riqualificazione della rete e di manutenzione ordinaria e straordinaria. La remunerazione spettante al socio privato per le attività svolte consiste in un canone di manutenzione, calcolato in relazione a ciascun Comune tenendo conto dei punti luce (v. formula al paragrafo 16.1.1 del capitolato speciale). Le prestazioni non comprese nel canone di manutenzione sono remunerate sulla base dei listini dei prezzi al netto dei ribassi offerti in sede di gara.

6. Gli incarichi affidati senza gara da Tea Reteluce srl a Tea spa e ad alcune società del gruppo, nell'interesse dei Comuni che hanno aderito all'operazione, sono i seguenti: (a) contratto con Tea Energia srl per la fornitura di energia elettrica: il

corrispettivo, definito mediante trattativa privata, è costituito dal PUN (prezzo unico nazionale dell'energia elettrica), con uno *spread* per l'attività di fornitura (2,5%), a cui si aggiungono gli oneri stabiliti dall'AEEG per l'utilizzo della rete; (b) contratto con Tea Sei srl per l'attività di gestione dei punti luce, descritta come esercizio e conduzione degli impianti, messa in sicurezza e presidio degli impianti, segnalazione della necessità di manutenzioni straordinarie, aggiornamenti tecnologici: il corrispettivo è pari a € 15 per ogni punto luce, con uno sconto di € 5 per i primi due anni; (c) contratto con Tea Sei srl per l'ottenimento dall'AEEG e la commercializzazione dei titoli di efficienza energetica (TEE) di cui al DM 20 luglio 2004 e al DM 21 dicembre 2007: il corrispettivo è calcolato con la formula  $0,85 \times \text{numeroTEE} \times \text{MigliorPrezzoOttenuto}$ ; (d) contratto con Tea spa per i servizi di staff, ossia per le attività di coordinamento, pianificazione delle attività, gestione del personale, gestione dell'immagine, acquisti, contabilità, assistenza legale, sistemi informativi, gestione clienti: il corrispettivo è fissato forfettariamente in € 50.000 all'anno.

7. In sintesi, i Comuni che hanno aderito all'operazione affidando a Tea spa il compito di individuare il socio privato di Tea Reteluce srl si impegnano a corrispondere un canone composto di tre voci: manutenzione, riqualificazione degli impianti, costo dell'energia elettrica. La ripartizione tra socio privato e società del gruppo è effettuata da Tea Reteluce srl.

8. Le censure mosse a questa impostazione dalla ricorrente Enel Sole srl si possono sintetizzare in quattro punti: (a) illegittima attribuzione al socio privato di alcuni compiti soltanto e non della gestione dell'intero servizio; (b) illegittima attribuzione di affidamenti senza gara a Tea spa e alle società del gruppo; (c) irragionevole sovrapposizione tra i compiti del socio privato e quelli delle società del gruppo; (d) mancanza della preventiva definizione dell'indennizzo per il riscatto delle reti.

9. Le controparti costituite hanno eccepito vari profili di tardività e di inammissibilità del ricorso.

10. Così riassunta la vicenda, e fermi restando gli approfondimenti che saranno possibili nella fase di merito, si possono svolgere le seguenti considerazioni.

*Sulle eccezioni di tardività e inammissibilità*

11. Per quanto riguarda l'asserita tardività del ricorso, è vero che le deliberazioni comunali riportavano in allegato lo schema di organizzazione del servizio, che è quello esposto sopra, ma il disegno complessivo poteva essere apprezzato in concreto dalla ricorrente solo dopo l'adozione della *lex specialis*, e soprattutto dopo aver preso visione dei complessi dettagli tecnici con la ripartizione dei compiti e dei compensi tra il socio privato e le società del gruppo.

12. Circa la pretesa acquiescenza che emergerebbe dalle note della ricorrente, sembra piuttosto che vi sia stato un interessamento finalizzato a comprendere il significato dell'operazione e a stabilire se fosse più conveniente la partecipazione alla gara o l'opposizione frontale alla società mista e alla nuova organizzazione del servizio.

*Relativamente all'affidamento di compiti operativi al socio privato*

13. La società mista è una delle molteplici forme attraverso le quali può svilupparsi il partenariato pubblico-privato. Una disciplina di dettaglio all'interno della normativa nazionale non è necessaria, in quanto l'istituto, pur non essendo tipizzato, è conforme al diritto comunitario ed è subordinato esclusivamente ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (v. Comunicazione della Commissione del 19 novembre 2009 COM-2009-615; Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 maggio 2010; C.Giust. Sez. III 15 ottobre 2009 C-196/08, *Acoset*, punti 60-63).

14. Poiché le società miste non sono vincolate a uno schema rigido, non sembrano esservi impedimenti alla separazione dei compiti operativi (e delle conseguenti

remunerazioni) tra i soci pubblici e quelli privati. Tale separazione svolge al contrario un duplice ruolo che conferma la legittimità di questo tipo di collaborazioni, in quanto (a) risulta determinato puntualmente il criterio di scelta del socio privato (la Corte di Giustizia nella sentenza *Acoset* afferma al punto 60 che la scelta del socio privato deve avvenire anche in relazione “*alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire*”), e (b) viene pesato il contenuto economico delle prestazioni del socio privato, in modo che quest’ultimo consegua precisamente le utilità che potrebbe trarre dall’affidamento dello stesso servizio al di fuori dello schema societario, in esito all’esperimento di una gara per la scelta del contraente in relazione a un appalto oppure a una concessione di lavori o servizi (come richiesto dalla sentenza da CS Sez. V 20 aprile 2012 n. 2348). In altri termini, le società miste costituite mediante una gara a doppio oggetto sono equivalenti (dal punto di vista del socio privato) agli appalti e alle concessioni di lavori o servizi.

15. La libertà concessa dal diritto comunitario alle forme di partenariato pubblico-privato (il parere del Comitato Economico e Sociale Europeo del 21 ottobre 2010 COM-2009 615 sconsiglia una codificazione troppo rigida) non consente di individuare vincoli *ex lege* alla ripartizione delle prestazioni tra i soci pubblici e quelli privati delle società miste. In particolare, non esiste un vincolo all’attribuzione integrale o *pro quota* dell’intero servizio al socio privato. Al contrario, anche all’interno di un servizio da svolgere in modo unitario o integrato, possono sempre essere scorporate e attribuite al socio privato attività specifiche, secondo le esigenze delle amministrazioni interessate, purché il risultato complessivo sia ragionevole sul piano organizzativo (nel diritto interno la scorporabilità di fasi del servizio è stata ritenuta legittima già con il parere di CS Sez. II 18 aprile 2007 n. 456).

16. L'operazione disegnata da Tea spa si muove in questi spazi di discrezionalità. Sotto questo profilo i rilievi proposti dalla ricorrente non sembrano pertanto idonei a individuare la violazione di una norma di legge o di principi generali.

*Relativamente ai compiti attribuiti a Tea spa e alle società del gruppo*

17. Più complessa si presenta la questione degli affidamenti diretti a Tea spa e alle società del gruppo, che rappresentano il secondo pilastro dell'operazione. In questo caso, almeno con riferimento ad alcune attività (acquisto e fornitura di energia elettrica, gestione dei punti luce), l'interposizione di Tea Reteluce srl appare solo formale (centro di contabilità), mentre i rapporti sostanziali riguardano i Comuni (che ricevono i servizi e ne sostengono il costo).

18. Per la giustificazione degli affidamenti diretti sono disponibili due strade, una regolata dal diritto comunitario, ossia l'*in house*, sul presupposto del controllo analogo, e una regolata dal diritto interno, che si configura come un'eccezione *de minimis* al diritto comunitario, ossia la trattativa diretta nel limite del 30% dell'importo complessivo del servizio, ai sensi dell'art. 32 commi 1-c e 3 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163. Una simile eccezione potrebbe essere a sua volta giustificata dall'esigenza di coordinare in modo unitario le varie prestazioni chieste ai soggetti esterni, il che presuppone in effetti un certo margine di discrezionalità nelle trattative.

19. Nel caso in esame il Comune di Mantova sembra rientrare nella prima situazione, ma per quanto riguarda i Comuni ultraminoritari il controllo analogo, almeno secondo le linee della più recente giurisprudenza comunitaria (v. riferimenti in TAR Brescia Sez. II 23 settembre 2013 n. 780), non è dimostrato. Resta quindi la seconda strada, che però impone di limitare le prestazioni esternalizzate senza gara al 30% del totale.

20. In questo calcolo diventa decisivo il peso dell'acquisto e della fornitura di energia elettrica, ma qui, essendovi un prezzo nazionale di riferimento, si può

ritenere che il valore rilevante ai fini del computo delle esternalizzazioni sia costituito dalla componente effettivamente negoziabile, ossia dallo *spread* (che nello specifico è pari 2,5%). In base ai dati esposti dalla difesa di Tea spa il limite dovrebbe quindi essere rispettato. Lo stesso sembra si possa affermare per l'attività di gestione dei punti luce affidata a Tea Sei srl.

*Relativamente alla sovrapposizione di compiti*

21. Il capitolato speciale è analitico nella descrizione dei compiti del socio privato, ma resta il fatto che il contratto di gestione dei punti luce con Tea Sei srl potrebbe consentire sovrapposizioni.

22. Questo rischio può tuttavia essere valutato solo *a posteriori*, nel corso del concreto svolgimento dell'attività, essendo decisiva la funzione di coordinamento svolta da Tea Reteluce srl (e da Tea spa nell'ambito dei servizi di staff).

23. Sempre nel corso della gestione potrà essere verificato il rispetto del limite del 30% ex art. 32 commi 1-c e 3 del Dlgs. 163/2006. Hanno un interesse in questo senso (e un corrispondente diritto di accesso agli atti) i soggetti economici che intendano promuovere l'indizione di una gara, una volta che il predetto limite sia esaurito.

*Relativamente all'indennizzo per il riscatto delle reti*

24. Le vicende relative alla quantificazione e al pagamento dell'indennizzo dovuto al gestore uscente per il riscatto degli impianti non possono rallentare lo svolgimento delle gara finalizzata all'individuazione del nuovo gestore. Si tratta di questioni che viaggiano su binari separati, come già affermato da questo TAR a proposito del riscatto degli impianti di distribuzione del gas (v. sentenza n. 228 del 5 marzo 2013).

*Conclusioni*

25. In base al quadro sopra delineato non si ravvisano le condizioni per concedere una misura sospensiva dei provvedimenti impugnati.

26. La trattazione del merito sarà fissata all'esito del giudicato cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di  
Brescia (Sezione Seconda)

- (a) respinge la domanda cautelare;
- (b) compensa le spese della fase cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)