

Il Presidente

UVCP n. 46138/2021

(da citare nelle comunicazioni)

Oggetto: Affidamento della gestione del servizio energia per gli immobili comunali – Nota di definizione semplificata ai sensi dell’art. 21 del Regolamento di vigilanza del 04.07.2018

Il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 18 maggio u.s., esaminata la relazione dell’Ufficio UVCP e la documentazione in atti, ha deliberato la trasmissione della presente nota di definizione semplificata.

Ritenuto in fatto e in diritto

A seguito di esposto pervenuto all’Autorità sull’affidamento del servizio energia disposto dal Comune di *omissis* a favore della società in house *omissis* è stata svolta una fase preistruttoria con preliminare richiesta di informazioni all’Ente interessato.

L’esponente, nello specifico, lamentava che il Comune aveva optato per un affidamento in house in contrasto con quanto previsto dall’art. 192, comma 2, d.lgs 50/2016 poiché l’amministrazione non aveva operato un confronto preventivo per valutare altre soluzioni più convenienti, presenti sul mercato.

Con nota prot. n. 80111 del 08/11/2021 l’Autorità chiedeva al Comune di relazionare sull’affidamento fornendo indicazione delle valutazioni eventualmente svolte con riguardo al mercato e all’esistenza di convenzioni Consip attive per identico servizio.

Dal riscontro pervenuto, prot. n. 87321 del 06/12/2021, è emerso quanto segue.

Sulla scorta delle esperienze positive di altre amministrazioni, il Comune di *omissis* aveva deciso di rivolgersi alla società *omissis* per il servizio energia. Mancando una partecipazione nella società da parte del Comune di *omissis*, era stato definito un percorso in due fasi: nella prima fase era stato disposto l’ingresso dell’Ente



nella compagine societaria (con deliberazione della Giunta n. 68 del 29.03.2018); nella seconda fase era stato disposto l'affidamento diretto in via provvisoria per un anno, dal 1/10/2018 al 30/09/2019 per un valore complessivo pari ad € 455.231,18.

Quanto alla prima fase, il Comune ha dichiarato di detenere, al momento dell'affidamento, una partecipazione pari all'1,14% del totale del capitale sociale e di esercitare sulla medesima società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (congiuntamente agli altri Comuni soci ed in forza della complessiva struttura di governance della società - Statuto, Patti parasociali ecc..). Si precisa che la domanda di iscrizione della società nell'elenco di cui all'art. 192 d.lgs n. 50/2016 è stata presentata all'Anac in data 03/08/2018 (Fasc. 1069 prot. ANAC n. 68393).

Quanto all'oggetto della prestazione richiesta, ad *omissis* è stato affidato il servizio energia per gli immobili comunali.

Per quanto riguarda le motivazioni della scelta, il Comune ha dichiarato che la società disponeva di tutti i requisiti di idoneità tecnica, professionale, organizzativa, economica e finanziaria e che:

"Per il primo affidamento "provvisorio", la valutazione di congruità è stata effettuata tenendo in considerazione quanto segue:

a) assenza di convenzioni CONSIP aventi caratteristiche analoghe (per durata e per struttura dei costi) all'affidamento voluto dall'Amministrazione; in particolare, l'Ente ha scelto un contratto di durata limitata ad un anno al fine di valutare la qualità del servizio offerto dalla società in house ed in vista della predisposizione di una proposta contrattuale più articolata;

b) finalizzazione dell'affidamento, non solo e non tanto alla mera acquisizione del servizio energia, ma all'acquisizione di una proposta contrattuale che, alla luce delle necessarie analisi tecniche sugli edifici comunali, consentisse all'Amministrazione di valutare la convenienza di un affidamento pluriennale della gestione energetica degli edifici, comprensiva di misure di efficientamento energetico;

c) strumentalità del servizio rispetto all'attività del Comune di omissis.

Ai fini della valutazione di congruità, è stato ritenuto sufficiente, stante il periodo di tempo limitato dell'affidamento, la comparazione dei costi di gestione e conduzione degli impianti e di fornitura del vettore energetico rispetto alla fornitura oggetto dei precedenti contratti (rispettivamente, con un minor prezzo dell'1,50% e del 3,00 %). Ciò anche in ragione che la proposta contrattuale formulata dalla società omissis conteneva servizi ulteriori rispetto a quelli erogati dal precedente conduttore degli impianti: in particolare, mediante il servizio di controllo da remoto degli impianti, omissis ha reso effettivo il servizio di conduzione, in precedenza limitato all'intervento del gestore a fronte di segnalazioni di guasto o malfunzionamento da parte dell'Amministrazione".

In sintesi, per la prima annualità dal 1/10/2018 al 30/09/2019, la società si è obbligata a: fornire i vettori energetici; gestire, condurre svolgere la manutenzione ordinaria degli impianti; svolgere la funzione di terzo responsabile; predisporre una proposta di progetto e di contratto, finalizzata "a realizzare gli obiettivi



contrattuali di efficientamento energetico ed uso razionale dell'energia". Il corrispettivo per tale primo affidamento è stato determinato sulla base della spesa storica sostenuta dal Comune di *omissis* mediante applicazione di uno sconto dell'1,5% sul canone corrisposto nell'anno 2017/2018, per la gestione/conduzione degli impianti, e di uno sconto del 3% sulla componente energia relativa al medesimo periodo.

Successivamente, alla scadenza del periodo di affidamento provvisorio, il Comune aveva disposto una proroga (dal 30.09.2019 al 31.01.2020) per avere a disposizione un periodo di tempo idoneo a negoziare con la società un'offerta e una proposta contrattuale per un affidamento pluriennale, maggiormente rispondente alle esigenze e alle necessità dell'amministrazione.

Al termine di questa fase, il Comune aveva provveduto ad un affidamento pluriennale fino al 30.09.2032 tenendo in considerazione i risultati conseguiti da *omissis* nonché il ribasso percentuale applicabile, a fronte dell'erogazione di maggiori servizi, rispetto alle condizioni economiche ottenute nell'anno precedente mediante affidamento sul mercato.

A fronte del riscontro ricevuto, l'Autorità ha trasmesso all'amministrazione un'ulteriore nota per avere maggiori delucidazioni sulle motivazioni alla base dell'affidamento pluriennale, evidenziando che non appariva del tutto ragionevole la scelta operata dall'amministrazione di procedere con un affidamento provvisorio "in house" al fine di programmare e valutare i fabbisogni per il successivo affidamento pluriennale ed indicando alcune convenzioni Consip attive di cui il Comune avrebbe potuto servirsi (**MEPA per gli acquisti sotto soglia di lavori Impianti** comprendente anche prestazioni riguardanti gli impianti di illuminazione pubblica; -adesione alle di seguito indicate Convenzioni Consip - **Convenzione Energia Elettrica 15 e 16 - Convenzioni Servizio Luce 3 Lotto 1** (Piemonte, Val D'Aosta, Liguria, Lombardia) e **Servizio Luce 4 Lotto 2** Lombardia 1 (Province di Lodi; Milano; Monza Brianza; Pavia; Varese), Piemonte 1 (Provincia di Novara) e **Lotto 3** Lombardia 2 (Province di Bergamo; Brescia; Como; Cremona; Lecco; Mantova; Sondrio), Trentino Alto Adige per i servizi integrati per l'illuminazione pubblica).

Con nota prot. n. 20234 del 18/03/2022, il Comune ha fornito una relazione dettagliata sul servizio.

Al riguardo, l'Ente ha specificato che non sono state invertite le fasi della programmazione e dell'affidamento del servizio. In base alla propria programmazione si è proceduto con l'affidamento di tutte le prestazioni alla società *omissis*, ritenendo tale opzione più conveniente da un punto di vista tecnico ed economico.

In merito all'aspetto concorrenziale, è stato chiarito che il servizio energia affidato ad *omissis* non era "unitariamente" disponibile sul mercato in regime di concorrenza al momento dell'affidamento. Invece di acquisire le singole prestazioni (fornitura di gas metano mediante convenzione Consip "Gas 10 - Lotto 2" del 2018"; del servizio di "terzo responsabile dell'esercizio e della manutenzione dell'impianto termico" ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. o del DPR n. 412/1993, del servizio di analisi energetica dei 24 edifici comunali) l'amministrazione aveva valutato più conveniente procedere ad un affidamento unico per un valore economico più basso.



In particolare, sono stati valutati i seguenti elementi: l'unicità del contraente, l'importanza sotto tutti i profili (quello ambientale, sia in termini di riduzione delle emissioni che di riduzione del consumo di combustibili fossili) del servizio oggetto di affidamento, la situazione non ottimale in cui veniva a trovarsi il Comune, la necessità di ricevere risposte adeguate e flessibili alle tematiche via via emergenti in un'ottica di lungo periodo.

La scelta operata è prima di tutto strategica ed organizzativa. Il Comune ha invero rappresentato che *non ricercava un fornitore di servizi sul mercato ma un soggetto qualificato in grado di fornire un adeguato supporto in un'ottica di collaborazione controllata e governata congiuntamente dai Comuni soci.*

Agli aspetti indicati, è stata aggiunta la valutazione sulla congruità economica dell'offerta, che secondo l'amministrazione non implica anche un giudizio sulla convenienza economica della prestazione resa. Il Comune ha, al riguardo, specificato che: *Anche qualora si volesse ritenere applicabile alla fattispecie l'art. 192 comma 2, occorre approfondire meglio il senso dell'analisi e dell'onere motivazionale che – in ipotesi – potrebbero essere a carico dell'ente affidante. Ora, i termini utilizzati nella norma hanno evidentemente un loro significato tecnico molto preciso ed è da ritenersi che non vengano utilizzati dal legislatore (in particolare in una norma di così grande importanza come il Codice Appalti) in modo casuale; la norma prevede – sempre ipotizzandone l'applicabilità al caso di specie, che a giudizio del Comune non sussiste – la valutazione della "congruità economica" dell'offerta dell'operatore in house, che è a tutta evidenza cosa diversa dalla dimostrazione che l'offerta dell'operatore in house sia "la più conveniente" dal punto di vista economica. Ricorrendo ad un banale esempio, se nel Comune di omissis, ammesso di poter individuare un pane di tipo standard confrontabile, il prezzo al kg varia da 3 euro a 5 euro: • L'offerta più conveniente sarebbe quella della panetteria che vende a 3 euro; • Un nuovo panettiere che volesse insediarsi e che vendesse il proprio prodotto a 4,5 euro, per esempio, risulterebbe nella fascia di mercato alta ma, attesi gli altri elementi dell'art. 192, come ad esempio la buona qualità del prodotto, qualora sussistente, potrebbe ragionevolmente avere una positiva valutazione di congruità. Quindi il fatto che l'offerta dell'operatore in house debba essere "congrua" non significa che debba essere "quella a minor costo"; né che sussista un obbligo giuridico di procedere con una preventiva procedura di gara e poi di affidare all'operatore in house sulla base del prezzo di gara più basso; ciò è pacifico in tanta recente giurisprudenza. Semplicemente la norma impone all'ente che affida in house, tenuto conto di una serie complessa di elementi, di procedere ad un sindacato sulla "congruità" dell'offerta, e cioè della sua rispondenza a criteri di razionalità e di ragionevolezza nella determinazione del prezzo, in rapporto alle caratteristiche del servizio e alla sua qualità.*

In conclusione, l'Ente ha svolto una prima valutazione, *ex ante*, sulla base dei dati in quel momento disponibili considerando tutte le prestazioni che avrebbe dovuto acquisire singolarmente sul mercato ad un costo superiore rispetto al costo annuo del servizio affidato ad *omissis* (pari ad € 455.231,18) e poi, *ex post*, tenendo in considerazione la maggior tempestività degli interventi di manutenzione, minori consumi di gas (588.000 mc di gas metano consumati nella stagione termica 2018-2019, con un risparmio rispetto alla precedente del 5%; 492.000 mc nella stagione termica 2019-2020, con un risparmio rispetto alla stagione termica 2017-2018 del 21%), minori emissioni in atmosfera.



In ultimo, con riguardo alle convenzioni Consip, l'amministrazione ha evidenziato che: *"l'Amministrazione Comunale non ha effettuato raffronti con convenzioni Consip aventi ad oggetto il contratto servizio energia di cui all'art. 1, comma 1, lett. p) del DPR n. 412/1993 in quanto non esistevano tali Convenzioni; l'Amministrazione Comunale ha invece operato una valutazione di congruità economica dell'affidamento programmato rispetto alla spesa sostenuta nel biennio precedente, oltre ad una valutazione complessiva dei costi che avrebbe sostenuto affidando a terzi i servizi ed i lavori che erano oggetto dell'affidamento ad omissis"*.

Ciò rappresentato, in ordine all'istruttoria svolta e alle controdeduzioni presentate dal Comune, si osserva quanto segue.

In primo luogo è da puntualizzare che, secondo lo schema prescelto per l'affidamento del servizio, l'amministrazione era tenuta ad osservare gli oneri motivazionali prescritti dal comma 2 dell'art. 192 d.lgs n. 50 del 2016 a mente del quale *"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"*. È ormai pacifico infatti che la libertà di autorganizzazione salvaguardata dalla Direttiva 2014/24/UE non osta ad una normativa interna che subordini l'affidamento in house alla dimostrazione da parte dell'amministrazione dei vantaggi connessi all'affidamento interno del servizio.

Relativamente alla motivazione, la disposizione normativa, letteralmente, individua due momenti valutativi: una valutazione preventiva sulla congruità economica dell'offerta in rapporto all'oggetto e al valore della prestazione del soggetto in house e una valutazione in rapporto al mercato chiedendo di dar conto, nella motivazione appunto, delle ragioni del mancato ricorso al mercato. Non è pertanto condivisibile l'osservazione mossa dal Comune in merito *"al senso dell'analisi e dell'onere motivazione che – in ipotesi – potrebbero essere a carico dell'ente affidante"* (pag. 2 nota prot. n. 20234 del 18.03.2022) in quanto sarebbe riduttivo giustificare la scelta operata unicamente sulla base della congruità dell'offerta dell'in house. Proprio perché, come correttamente indicato dal Comune, i termini utilizzati nella norma non sono indicati in modo casuale, la valutazione deve essere intesa di portata più ampia comprendendo un giudizio non solo sulla congruità ma anche sugli altri valori indicati nella norma, ivi compresi quelli dell'economicità e, sinteticamente, della convenienza economica.

E' stato ribadito anche dal Consiglio di Stato in una recente sentenza (Consiglio Stato Sez V sentenza 3562-2022) che l'affidamento non può prescindere da una valutazione complessiva della convenienza del ricorso all'in house: *"la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è univoca nel richiedere:*

- per un verso, una valutazione di convenienza della scelta di internalizzazione che tenga conto di tutti i parametri individuati dall'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, di modo che ciascuno di essi deve



sussistere per supportare l'affidamento in house, compreso quello di economicità della gestione; è infatti imposto all'amministrazione di dare conto, attraverso una valutazione complessa ed articolata, quali elementi fondanti la decisione di ricorrere all'in house providing, di una serie di parametri afferenti alla qualità del servizio (quali i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta in termini di "universalità e socialità" del servizio, nonché di "efficienza" e di "qualità" del servizio, oltreché di "ottimale impiego delle risorse pubbliche"), esulanti dall'economicità del medesimo in senso stretto, ma che, una volta esternati, concorrono a sostenere, sotto il profilo motivazionale, il provvedimento di affidamento, nel loro complesso e non in via autonoma e separata l'uno dall'altro;

- per altro verso, il giudizio di convenienza economica, riferito all'offerta, così come in concreto formulata dalla società partecipata, con specifico riferimento all'affidamento di che trattasi (cfr. Cons. Stato, 27 agosto 2021, n. 6062, in specie laddove si osserva che "deve dubitarsi che il profilo della economicità della scelta di internalizzazione costituisca solo un tassello della valutazione complessiva di convenienza di tale opzione organizzativa, la cui contestazione, pur se per ipotesi fondata, lascerebbe intatto il suo supporto giustificativo, affidato con carattere di asserita autosufficienza agli altri parametri presi in considerazione dalla predetta disposizione: infatti, anche laddove si ritenga che i suddetti parametri abbiano carattere equidordinato, assumendo pari dignità nell'ambito del percorso motivazionale atto a giustificare la soluzione organizzativa de qua, deve ritenersi che ciascuno di essi debba parimenti sussistere al fine di legittimarne l'adozione, con la conseguenza, processualmente rilevante, che, accertata l'inesistenza -o errata valutazione - di uno di essi, con particolare riguardo a quello inerente alla economicità della gestione in house, debba automaticamente cadere la scelta complessiva.").

Premesso ciò, rapportando le esposte osservazioni al caso esaminato, deve osservarsi una carenza istruttoria relativamente alla seconda parte della valutazione attinente al confronto con il mercato del servizio. L'amministrazione ha, per lo più, dato importanza ai dati pregressi, confrontando i dati relativi alla spesa storica delle precedenti annualità, e alla flessibilità del modello in house sotto il profilo organizzativo e gestionale. Non è stata, invece, svolta un'indagine puntuale, anche tramite consultazioni preliminari di mercato o ricorso ad esperti esterni, per accertare la presenza di altri operatori privati operanti nello stesso settore in grado di fornire il servizio richiesto, sia in termini di tipologia che di durata, e a condizioni economiche diverse da quelle proposte da *omissis*.

Un altro aspetto critico appare essere quello relativo alla modalità di disposizione dell'affidamento pluriennale.

L'amministrazione ha dichiarato che l'affidamento annuale provvisorio era finalizzato non solo all'acquisizione del servizio energia ma anche all'acquisizione di una proposta contrattuale che, alla luce delle analisi tecniche sugli edifici comunali, consentisse all'amministrazione di valutare la convenienza di un affidamento pluriennale della gestione energetica degli edifici, comprensiva di misure di efficientamento energetico.

Al riguardo si osserva che tale *modus operandi* si pone in contrasto con il codice dei contratti poiché l'amministrazione ha, di fatto, disposto un affidamento diretto sopra soglia non giustificato, dando un

vantaggio competitivo alla società affidataria. Non è, infatti, corretto predisporre l'appalto secondo i risultati conseguiti e l'esperienza maturata dalla società affidataria, durante l'espletamento del primo servizio; così facendo, si realizza un affidamento "su misura" calcolato sulla proposta presentata da un solo offerente e non anche da altri operatori.

Inoltre, con tale meccanismo si pone in contrasto con l'art. 21 d.lgs. n. 50/2016 e con le finalità di pianificazione e di trasparenza della norma in materia di programmazione degli acquisti.

Quanto, infine, alla mancanza di Convenzioni Consip aventi caratteristiche analoghe (per durata e struttura dei costi) a quelle volute dall'amministrazione, considerando, ancora una volta, che non è stato fatto un confronto con il mercato, si osserva che:

1) il Comune avrebbe potuto optare per le convenzioni esistenti e, invece di accorpate tutto in un unico servizio, avrebbe potuto procedere con lo scorporo delle prestazioni richieste tramite suddivisione in lotti, modo da garantire il rispetto della concorrenza nonché la partecipazione delle piccole e medie imprese secondo quanto previsto dall'art. 51 d.lgs. n. 50/2016. Si rammenta, infatti, che la norma esprime un principio di preferenza per la suddivisione degli appalti in lotti funzionali ovvero in lotti prestazionali rispetto al quale la mancata suddivisione rappresenta una deroga che deve essere supportata da giustificati motivi. (art. 51, comma 1 *"..Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139"*);

2) a fronte dell'indisponibilità delle convenzioni, le stazioni appaltanti possono agire autonomamente ma i relativi contratti devono avere durata e misura strettamente necessaria, con espressa previsione di una condizione risolutiva nel caso di sopravvenuta disponibilità (art. 1, comma 3, d.l. 95/2012). In ogni caso, deve essere data indicazione in apposito provvedimento dei motivi di inidoneità della convenzione. In base a quanto indicato, la deroga alle convenzioni sarebbe stata giustificata soltanto nel caso di un affidamento di durata limitata (non certo nel un affidamento pluriennale).

Alla luce di tutto quanto sopra considerato, si riassumono, pertanto, di seguito le maggiori criticità rilevate, nel caso specifico:

- il *modus operandi* del Comune appare in contrasto con il codice dei contratti poiché l'amministrazione ha, di fatto, disposto un affidamento (pluriennale) diretto sopra soglia senza confronto competitivo. La società *omissis* è stata posta in una posizione di vantaggio competitivo in quanto ha presentato un'offerta sulla base dei risultati conseguiti e dell'esperienza maturata sul campo, durante il primo servizio. Per effetto di tale meccanismo, il secondo affidamento è stato determinato "su misura" per un solo ed unico offerente;
- la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. Il Comune avrebbe potuto scorporare le diverse prestazioni al fine di garantire la massima partecipazione possibile;



- la mancata adesione alle convenzioni Consip. Il Comune avrebbe potuto stipulare un contratto per il tempo strettamente necessario a far fronte al proprio fabbisogno prevedendo, con l'inserimento di una specifica clausola risolutiva, la possibilità di sciogliere il contratto nel caso di sopravvenuta disponibilità della convenzione Consip;
- la carenza di motivazione. Il Comune motiva la scelta di procedere con l'affidamento in house dando spiegazioni sulla congruità dell'offerta di *omissis* e sul vantaggio economico generale di un simile affidamento. Tuttavia, la motivazione risulta carente in quanto l'amministrazione non fornisce indicazioni, in modo adeguato e puntuale, sulla reale mancanza di alternative valide per ottenere identico servizio, sia in termini di tipologia che di durata, a condizioni economiche diverse da quelle proposte da *omissis*.

In esito a quanto sopra considerato, si ravvisa, pertanto, la violazione degli artt. 1, 21, 51 e 192, comma 2, d.lgs n. 50/2016 e si invita il Comune di *omissis* ad una più puntuale osservanza delle disposizioni del codice dei contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente il 30 maggio 2022