



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 564

del 31 maggio 2017

Oggetto: Fascicolo n. 6202/2015 - atto di sindacato ispettivo n. 4-04680 (Sen. Sara Paglini ed altri) - affidamento diretto alla Toscana Energia S.p.A. del “servizio” di progettazione, realizzazione e gestione di impianti solari fotovoltaici su diversi immobili pubblici dello stesso Comune di Massarosa e conseguente accordo transattivo di cui alla delibera consiliare n. 52 del 1 agosto 2013.

S.A.: Comune di Massarosa;

O.E.: Sermas Servizi S.p.A. – Toscana Energia S.p.A., Toscana Energia Green S.p.A.;

Valore operazione: n.d.

Riferimenti normativi: artt. 2, 143, 208, 218, 239 d.lgs.163/06, art. 113, d.lgs. 267/00.

Premesso

Con l’atto di sindacato ispettivo n. 4-04680, del 27 novembre 2015, si sono evidenziate alcune anomalie negli affidamenti operati dal Comune di Massarosa attraverso la propria società strumentale.

Le questioni riportate nell’atto di sindacato ispettivo (a firma della Senatrice Sara Paglini ed altri) vanno dalla fusione per incorporazione di Sermas Gas S.p.a. in Toscana Energia S.p.A., con relativa acquisizione del servizio di distribuzione del gas nel Comune di Massarosa, all’affidamento diretto da parte del Comune di Massarosa del “servizio” di progettazione, realizzazione e gestione di impianti solari fotovoltaici alla Toscana Energia Green S.p.A., attraverso la Toscana Energia S.p.A. (controllante).

La prima questione era stata già oggetto di specifica trattazione da parte di questa Autorità nell’anno 2011.

In quest’ultima istruttoria (fasc. 2203/2011), in particolare, è stata rilevata la non conformità del relativo affidamento del servizio di distribuzione del gas alla Toscana Energia, intervenuto a seguito dell’incorporazione societaria della Sermas Gas, poiché lo stesso non è stato preceduto da alcuna procedura ad evidenza pubblica (da parte del Comune di Massarosa) stante che

quest'ultima società (Sermas Gas) a sua volta aveva acquisito il servizio in quanto società *“in house providing”*.

L'istruttoria predetta si è conclusa rilevando l'illegittimità dell'affidamento del servizio di distribuzione del gas e rimandando all'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato per i profili di competenza (cfr. Deliberazione n. 20 Adunanza del 9 maggio 2013).

Relativamente all'accordo intervenuto tra la Sermas Servizi S.p.A. (di seguito anche solo Sermas) e la Toscana Energia Green S.p.A. (di seguito anche solo TEG) implicante l'affidamento diretto del “servizio” di progettazione, realizzazione e gestione di impianti solari fotovoltaici su diversi immobili pubblici dello stesso Comune di Massarosa, l'Ufficio istruttore con nota del 21.12.2015, ha avviato una apposita istruttoria rilevando, nel merito della tematica oggetto di trattazione, che l'Autorità si è espressa sul punto con la Deliberazione n. 12 Adunanza del 26 gennaio 2011 nei termini che seguono: *“[...] come chiarito nelle Linee guida per la realizzazione degli impianti da fonti rinnovabili, approvate in sede di Conferenza unificata l'8 luglio 2010, non possono essere indette, ai sensi dell'ordinamento comunitario e nazionale, procedure pubblicistiche di natura concessoria aventi ad oggetto l'attività di produzione di energia elettrica, che è attività economica non riservata agli enti pubblici e non soggetta a regime di privativa [...] Il ruolo dei Comuni si amplia nell'ambito di quelle operazioni che, pur rimanendo attività imprenditoriali private, vengono realizzate su siti pubblici dell'ente locale. In tale ipotesi, la concessione del diritto su un'area pubblica - pur non ricadendo, quale contratto “attivo” per la pubblica amministrazione, nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici - deve soggiacere, comunque, alle regole di buona amministrazione, volte a realizzare il migliore impiego dei beni pubblici. In ragione dell'obbligo di trasparenza a cui sono tenute le amministrazioni, è, dunque, necessario l'espletamento di una gara pubblica, volta alla concessione di un diritto sul sito (ad esempio, locazione e superficie)”*.

A tali rilievi il Comune di Massarosa ha replicato con la nota del 8.1.2016, assumendo che il 13 maggio 2010 lo stesso Comune ha sottoscritto con la Toscana Energia spa (Società 'mista', a maggioranza pubblica) un Accordo quadro (concluso a margine di una più ampia operazione di cessione alla ridetta Toscana Energia della articolazione aziendale Sermas gas). Con tale Accordo la Toscana Energia, per conto della Sermas (affidataria diretta del servizio energia e calore del Comune di Massarosa) e per il tramite della Società Toscana Energia Green spa (di cui è la proprietaria totale), si impegnava a prestare un (mero) supporto in svariate attività della Sermas e

tra queste anche nella progettazione di alcuni impianti fotovoltaici nel Comune di Massarosa e nell'affidamento della loro realizzazione.

Con successive negoziazioni tra Sermas e Toscana Energia Green, che a detta del Comune non sono state rese note allo stesso, la società TEG ha proceduto alla assistenza nella realizzazione degli impianti di produzione elettrica commissionabile, peraltro finanziandone in proprio il costo, salvo il rimborso da parte della Società comunale.

Il Comune riporta che nel corso del 2010 e 2012, nel quadro normativo¹ di dismissione delle società pubbliche d'impresa, il nuovo CdA della società comunale, ha riscontrato che i predetti impianti erano stati realizzati a cura della T.E. Green e che non erano stati pagati (se non in parte)². Quindi, la Sermas è addivenuta, alla luce della normativa citata, ad una risoluzione consensuale del rapporto negoziale con la T.E. Green, alla quale gli impianti in parola sono stati retrocessi (senza corresponsione di denaro e previa la valutazione del totale ammortamento di quanto medio tempo speso dalla società comunale). Nel frattempo il Comune si è dotato, secondo quanto esposto, di un Ufficio per il controllo analogo, presieduto dal Segretario generale), il quale, peraltro, *“dopo aver sventato qualsivoglia perdita erariale in ragione della costruzione e retrocessione degli impianti fotovoltaici, ha debitamente reso edotta la locale Procura della Repubblica dei fatti...”*.

Con la comunicazione delle risultanze istruttorie l'Autorità ha riscontrato quest'ultima nota del Comune, prendendo atto del riconoscimento da parte dello stesso dell'illegittimità amministrativa operata negli affidamenti in parola e della conseguente trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica, dissentendo, tuttavia, dalle conclusioni a cui è pervenuto lo stesso Comune in merito alla *“mancanza di qualsivoglia perdita erariale”* in ragione del differenziale negativo tra il valore dell'investimento ed il valore di retrocessione degli impianti fotovoltaici per un importo di euro 1.925.450,42 nonché dei costi diretti ed indiretti (mancato introito) sopportati dal Comune, quali ad esempio quelli derivanti dall'indisponibilità dei terreni su cui sono stati installati gli impianti di produzione dell'energia alla TEG. La stessa CRI concludeva che la questione dovesse essere messa a conoscenza anche la Procura presso la Corte dei Conti competente.

¹ d.l. 78/10, conv. in l. 122/10 e d.l. 95/12, conv. l. 135/12;

² Dall'*“accordo transattivo”* sottoscritto in data 29.11.2013 emerge su un debito iniziale di € 8.800.450/42 un saldo, a debito, di € 6.875.000/00.

Il comune di Massarosa nella persona del Responsabile della prevenzione della corruzione ha corrisposto alla CRI, con nota registrata al protocollo dell'Autorità con n. 97658 del 21.6.2016, evidenziando che: *“La differenza tra il valore iniziale degli impianti ed il loro valore di retrocessione (€ 1.925.540,00), potrebbe non essere significativa perché è necessario compararla con la deduzione di n. 2 anni di ammortamento e con gli utili realizzati dall'uso degli stessi impianti. Si specifica inoltre che nel valore iniziale preso a riferimento (vedasi articolo 2 della lettera di intenti del 14/9/2010 lett. a e b) era ricompreso anche l'impianto localizzato sopra il tetto della piscina comunale, tale impianto viene stimato con un valore di € 400.000, ed è rimasto nella disponibilità del patrimonio di Sermas Servizi S.p.A., ha un utile annuo di circa € 40.000,00”*.

Considerazioni

Alla luce di quanto dedotto dal Comune di Massarosa restano valide tutte le considerazioni spiegate nella predetta comunicazione di risultanze istruttorie, ossia relativamente all'accordo intervenuto tra la Sermas Servizi S.p.A. (di seguito Sermas) e la Toscana Energia Green S.p.A. (di seguito TEG), che ha contemplato l'affidamento diretto del “servizio” di progettazione, realizzazione e gestione di impianti solari fotovoltaici su diversi immobili pubblici dello stesso Comune di Massarosa, si rileva, come peraltro evidenziato dallo stesso Comune, che l'affidamento diretto del citato “servizio” da parte della Sermas alla TEG, per il tramite della Toscana Energia S.p.A. (di seguito TE), contempla un'aperta violazione alla disciplina dei contratti pubblici.

Infatti, vale evidenziare che il Comune di Massarosa, laddove ha operato l'affidamento del servizio predetto alla società *in house* (Sermas), ha effettuato, a monte dell'affidamento, una scelta sulle modalità di gestione del servizio in oggetto, optando per l'autoproduzione, ovvero di non ricorrere al mercato ma di gestire autonomamente, da sé, il servizio utilizzando a tal fine, invece che propri uffici, una società di diritto privato, all'uopo costituita e astrattamente dotata dei requisiti per le società *in house*³.

³ La Corte di Cassazione, il 24 ottobre 2014, con la Sentenza n. 22609, ha elencato i requisiti necessari affinché una Società possa essere definita “*in house*”: 1) il capitale sociale sia integralmente detenuto da uno o più Enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e lo statuto vieti la cessione delle partecipazioni a privati; 2) la Società espliciti statutariamente la propria attività prevalente in favore degli Enti partecipanti, in modo che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale; 3) la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici, con modalità e intensità di comando non riconducibili alle facoltà spettanti al socio ai sensi del Codice civile.

Posto che sia ammissibile per un ente locale - nell'esercizio dei propri poteri - modificare le scelte effettuate, ivi incluse le modalità di esecuzione di un servizio, decidendo di ricorrere al mercato, ciò tuttavia comporta che l'adozione di tale scelta spetti all'amministrazione stessa e non alla società affidataria diretta del servizio, come nel caso di specie si è di fatto verificato.

Si ritiene, pertanto, che la Sermas non avrebbe potuto affidare il servizio a terzi mediante procedure di gara e/o, a maggior ragione, mediante moduli di diritto civile, poiché carente del potere di sub affidare direttamente a terzi i servizi ad essa stessa affidati dal Comune. Invero solo il Comune di Massarosa poteva decidere di ricorrere mediante gara al mercato per l'espletamento del servizio in oggetto.

Inoltre, di contro, la predetta società strumentale era quanto meno obbligata, a sua volta, all'adozione delle procedure di evidenza pubblica nella scelta dei contraenti e nell'affidamento degli appalti.⁴

Pertanto, confermata l'illegittimità dell'operato del Comune di Massarosa per il tramite della Sermas nell'affidamento alla TE del servizio in oggetto, non si condivide l'assunto del Comune circa l'assenza di *“qualsivoglia perdita erariale in ragione della costruzione e retrocessione degli impianti fotovoltaici”*. In particolare, in mancanza di una rigorosa e documentata dimostrazione del contrario, il fatto che il differenziale di euro 1.925.450,42 tra il valore iniziale degli impianti ed il valore di retrocessione degli stessi non sia significativo *“perché è necessario compararla con la deduzione di n. 2 anni di ammortamento e con gli utili realizzati dall'uso degli stessi impianti”*, non è condivisibile stante che i coefficienti di ammortamento applicabili agli impianti fotovoltaici variano dal 4% al 9%, così come previsto dall'Agenzia delle entrate nella circolare n. 36/2013 e ribadito dal Ministero dell'economia e delle finanze nella risposta all'interrogazione parlamentare n. 5-09541 del 22 settembre 2016; e comunque se il differenziale deve essere commisurato sul valore contabile degli impianti e scontato dei relativi utili generati nei due anni di esercizio oltre che del valore di euro 400.000 - si suppone valore iniziale - dell'impianto rimasto nella disponibilità del Comune, il danno erariale non può non tenere conto anche delle somme (debitamente rivalutate) versate *medio tempore* dalla Sermas alla TE per la realizzazione degli impianti, che da quanto in atti⁵ ammontano ad euro 1.925.450,42. Inoltre, stante il silenzio del Comune sul punto, restano comunque da computare nel potenziale danno al pubblico Erario i

⁴ Cons. di Stato, Sez. VI, 20.5.1995, n. 498.

⁵ Cfr. punto n) delle premesse dell'accordo transattivo citato.

relativi costi indiretti derivanti dalla indisponibilità dei terreni comunali su cui si sono realizzati gli impianti.

Tutto ciò considerato e ritenuto il Consiglio, nell'adunanza del 31 maggio 2017

delibera

1. acclarato che l'accordo intervenuto tra il Comune di Massarosa, tramite la Sermas Servizi S.p.A., e la Toscana Energia S.p.A. avente ad oggetto l'affidamento diretto del "servizio" di progettazione, realizzazione e gestione di impianti solari fotovoltaici su diversi immobili pubblici dello stesso Comune di Massarosa, contempla un'aperta violazione alla disciplina dei contratti pubblici;
2. rilevato che, per quanto in narrativa, nell'affidamento in esame si ravvisa un potenziale danno all'Erario di cui l'Autorità competente deve essere messa al corrente;
3. dispone, pertanto, l'invio della delibera al Comune di Massarosa e alla competente Procura presso la Corte dei Conti della Regione Toscana per il vaglio del potenziale danno all'Erario.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 giugno 2017

Il Segretario Maria Esposito