

N. 02154/2015REG.PROV.COLL.

N. 07619/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7619 del 2014, proposto da:
Amos S.c.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Alberto Leone e Lucio Anelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Lucio Anelli in Roma, Via della Scrofa, n. 47;

contro

Azienda Ospedaliera Nazionale SS. Antonio e Biagio e Cesare Arrigo di Alessandria, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;
Gemeaz Elixor S.p.A., Elixor Ristorazione S.p.A., Angem - Associazione Nazionale della Ristorazione e Servizi Vari, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, non costituiti;
Alessio S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via del Mascherino, n. 72;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE – TORINO, SEZIONE I, n. 1069/2014, resa tra le parti, concernente affidamento in house servizio di ristorazione per degenti e dipendenti del presidio ospedaliero di Alessandria.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Alessio S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2015 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Anelli e Fucci su delega di Zoppolato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con delibera n. 221 del 9 agosto 2013, l'Azienda Ospedaliera Nazionale SS. Antonio e Biagio Cesare Arrigo di Alessandria (per brevità ASO AL) ha affidato senza gara il servizio di ristorazione per un periodo di anni tre, eventualmente rinnovabili, con decorrenza dal 15 settembre 2013, ad AMOS S.c.r.l., società consortile a capitale interamente pubblico, costituita per la fornitura di beni e prestazioni di servizi complementari e di supporto all'attività sanitaria, della quale l'ASO AL aveva in precedenza acquisito, in data 13 luglio 2013, una quota pari al 2,5% del capitale sociale.

La società AMOS S.c.r.l., oggi partecipata da cinque enti pubblici, è nata dalla trasformazione di una società per azioni costituita nel 2004 tra diverse amministrazioni pubbliche, nell'ambito di un progetto di sperimentazione gestionale nel settore sanitario, autorizzato dalla Regione Piemonte.

2. - La delibera di affidamento diretto, unitamente agli atti presupposti, veniva impugnata dinanzi al TAR per il Piemonte, da Alessio S.p.A., gestore uscente, aggiudicataria a seguito di procedura ad evidenza pubblica, con contratto scaduto il 15 marzo 2012, prorogato sino al 14 settembre 2013, in vista dell'espletamento di "una eventuale nuova procedura di gara".

Con il ricorso, evidenziando l'interesse alla partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, veniva dedotta la violazione degli artt. 43 e 49 del Trattato CE, degli artt. 22 e ss. della direttiva 2004/18/CE e 20 e 27 del d.lgs. 163/2006; la violazione dei principi generali in tema di contratti pubblici, dei principi di imparzialità, trasparenza, economicità ed efficienza, del principio di par condicio e concorrenza; l'eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità; il travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

La ricorrente contestava la sussistenza del richiesto "controllo analogo", incluso tra i presupposti necessari per fare luogo all'affidamento "in house".

Inoltre, lamentava l'illegittimità per violazione di legge della previsione, contenuta nella delibera di affidamento, della possibilità di "rinnovo" per un eguale periodo triennale del rapporto contrattuale, alla scadenza del primo affidamento diretto.

Nelle more del giudizio, venivano apportate modifiche allo statuto societario con delibera assembleare in data 8 gennaio 2014, che prevedeva, tra l'altro, la costituzione di un Comitato di controllo analogo dei soci sull'attività del Consorzio.

Ad avviso della resistente, tali modifiche supererebbero definitivamente i rilievi sollevati in ordine alla sussistenza dei requisiti del controllo analogo.

3. - Con la sentenza in epigrafe, il TAR per il Piemonte accoglieva il ricorso, ritenendo di valutare la legittimità dell'atto in base alla regola "tempus regit actum", a prescindere dalle intervenute modifiche statutarie.

Riteneva, quindi, la carenza di presupposti idonei a consentire il ricorso all'affidamento "in house", annullando la delibera impugnata, ma rigettando la domanda risarcitoria.

4. - Con l'appello in esame, viene dedotta l'erroneità della sentenza, sia per ciò che concerne la ritenuta persistenza dell'interesse al ricorso, sia per quanto riguarda la ritenuta mancanza del requisito del controllo analogo.

5. - Si è costituita in giudizio Alessio S.p.A., eccependo l'infondatezza dell'appello e riproponendo i motivi di primo grado assorbiti.

6. - All'udienza del 5 febbraio 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato.

1.1. - Col primo motivo, l'appellante società lamenta la mancata valutazione da parte del primo giudice delle modifiche apportate allo statuto societario con delibera dell'8 gennaio 2014 e del conseguente venir meno dell'interesse al ricorso in capo ad Alessio S.p.A..

1.2. - Le argomentazioni svolte dall'appellante e i precedenti giurisprudenziali invocati per dimostrare la rilevanza dei fatti sopravvenuti (nello specifico, della modifica dell'atto statutario), non si attagliano alla fattispecie.

La legittimità dell'affidamento del servizio va valutata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento dell'adozione del provvedimento (in generale, da ultimo, cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 29/01/2015, n. 420)

All'epoca dell'affidamento, in altri termini, dovevano sussistere tutti i requisiti e presupposti legittimanti l'affidamento diretto; viceversa, come analiticamente ha ritenuto il giudice di primo grado, non sussisteva il c.d. "controllo analogo" in capo a tutti gli enti affidatari.

La modifica dello statuto intervenuta successivamente, con delibera dell'8 gennaio 2014, quand'anche effettivamente dovesse configurare un'integrazione della forma di controllo consentita agli enti, non sarebbe in ogni caso valutabile ai fini di ritenere integrato il requisito mancante e superato il provvedimento originario, con conseguente venir meno dell'interesse al ricorso da parte della società ricorrente in primo grado.

A parte ogni considerazione sull'applicazione al giudizio di legittimità degli atti amministrativi della regola "tempus regit actum", il collegio osserva che attribuire rilevanza "sanante" all'atto sopravvenuto e, dunque, valutare la legittimità dell'affidamento in house del servizio sulla base della sopravvenienza in fatto, violerebbe non solo la richiamata regola, ma i principi che presiedono al corretto affidamento degli appalti.

Vero è che l'affidamento in house non rappresenta l'eccezione rispetto alla regola della gara pubblica nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, nel caso in cui sussistono i presupposti legittimanti la scelta discrezionale dell'amministrazione (Corte Cost. 20 luglio 2012 n. 199; Consiglio di Stato, sez. V, 10/09/2014, n. 4599).

Tuttavia, mancando quei presupposti, la gara diviene il metodo ordinario di affidamento.

La concorrenza, infatti, presuppone la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore, in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (Corte Cost. 22 novembre 2007, n. 401).

La tutela della concorrenza ha, peraltro, fondamento costituzionale nell'art. 41 Cost.; difatti, l'art. 41 Cost. è un parametro che garantisce non solo la libertà d'iniziativa economica, ma anche l'assetto concorrenziale del mercato di volta in volta preso in considerazione (cfr. Corte Costituzionale n. 94 del 2013).

Il raggiungimento ed il mantenimento di una situazione di concorrenza sui mercati è l'obiettivo prioritario dell'Unione Europea (cfr. artt. 101, 102 e 106 del Trattato di Roma del 25 marzo 1957) e sul piano interno,

l'osservanza del principio di concorrenza costituisce anche attuazione delle stesse regole costituzionali di buon andamento e imparzialità, ai sensi dell'art. 97 della Cost..

La procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente non è dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, ma anche nell'interesse primario costituito dalla tutela degli operatori, del loro interesse ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato.

Il sistema di gestione dell'affidamento diretto, dunque, è di stretta interpretazione rispetto al sistema della gara, la cui praticabilità dipende dalla sussistenza dei presupposti indicati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, che devono sussistere al momento dell'affidamento.

Ne consegue che la tutela della concorrenza, eccezionalmente compressa nel regime di affidamento diretto, prevale rispetto ad ogni altra esigenza di tutela (per es., rispetto al principio della conservazione degli atti) laddove si accerti che non ricorrono le condizioni per la sua pretermissione.

In conseguenza, deve ritenersi che, nel caso di specie, permane l'interesse all'impugnazione dell'atto di affidamento in capo ad Alessio S.p.A. anche successivamente all'adozione della citata modifica allo Statuto di AMOS S.c.r.l..

Come rileva Alessio S.p.A., nella sua memoria di replica del 22 gennaio 2015, l'amministrazione non ha avviato una nuova procedura diretta a valutare la rispondenza delle nuove previsioni statutarie alle esigenze dell'ente e meno che mai ha adottato alcun provvedimento finale che potesse essere impugnato con motivi aggiunti.

L'interesse di Alessio S.p.A. al ricorso non è stato minimamente inciso dalle novità statutarie, atteso che solo l'annullamento della delibera di affidamento permetterebbe il rinnovo integrale del processo decisionale dell'ente in ordine alla scelta del modello gestionale del servizio, con nuova chance di affidamento all'esito della doverosa procedura concorsuale.

Rimane così, ulteriormente, confermata la correttezza della sentenza impugnata sul punto dell'interesse al ricorso.

2.- L'appellante deduce, col secondo motivo, il difetto di istruttoria e di motivazione; l'eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erronea valutazione dei presupposti, la palese illogicità e irragionevolezza, la contraddittorietà, lo sviamento.

Il primo giudice avrebbe accolto il primo motivo del ricorso introduttivo, negando che sussistesse nello statuto societario ante 8.1.2014 il c.d. controllo analogo, pur avendo contraddittoriamente affermato che la partecipazione al capitale e agli organi direttivi da parte della pluralità dei soci pubblici configura "controllo analogo" in quanto controllo congiunto; e ciò perché il socio di minoranza non avrebbe il potere di paralizzare l'azione dell'organo amministrativo.

Afferma l'appellante, viceversa, la sufficienza che il controllo congiunto delle autorità associate sull'affidataria possa essere esercitato deliberando a maggioranza, senza che necessiti la verifica della posizione di ogni singolo ente socio.

2.1. - Va premesso che i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale perché possa farsi luogo ad affidamento in house sono: - la totale partecipazione pubblica (con divieto di cedibilità a privati); - l'esclusività (destinazione prevalente dell'attività a favore dell'ente affidante); il controllo analogo (esercizio di influenza decisiva sugli indirizzi strategici e sulle decisioni significative del soggetto affidatario, tale da escludere la sostanziale terzietà dell'affidatario rispetto al soggetto affidante).

A proposito nell'in house pluripartecipato, le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possono esercitare il controllo analogo in modo congiunto con le altre, a condizione che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, siano formati tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti;
- b) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato;
- c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti.

Principi, questi, oggi codificati all'art. 12 della direttiva appalti 2014/24/UE che, sebbene non sia stata ancora recepita (essendo ancora in corso il termine relativo per l'incombente), appare di carattere sufficientemente dettagliato tale da presentare pochi dubbi per la sua concreta attuazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 30/01/2015, n. 298).

2.2. - La ricorrente in primo grado aveva evidenziato la mancanza in capo all'ente pubblico proprietario di speciali poteri di ingerenza e di condizionamento delle funzioni del c.d.a., superiori per intensità a quelli normalmente previsti dal diritto societario.

Per contro, gli ampi e illimitati poteri gestionali del c.d.a., estesi all'amministrazione ordinaria e straordinaria, non risulterebbero né limitati nella loro portata oggettiva, né soggetti al vaglio preventivo degli enti affidanti.

Con riferimento alla posizione del singolo socio (e in particolare dell'ASO AL, socio di minoranza), rilevava la mancanza di alcun potere di nomina di propri rappresentanti nel c.d.a. e, più in generale, l'assenza di alcun potere di influenza effettiva sull'operato della società, essendo le decisioni rimesse all'assemblea dei soci, che opera a maggioranza assoluta e con la partecipazione di tanti soci che rappresentino oltre la metà del capitale sociale; l'inconsistenza dei poteri di segnalazione e di veto, in quanto non assistiti da efficacia vincolante, essendo l'ultima parola sul punto rimessa alle decisioni finali dell'assemblea dei soci, nell'ambito della quale il peso specifico dell'amministrazione intimata è irrilevante, disponendo questa di una quota pari al 2,5% del capitale sociale, a fronte del 60% del capitale detenuto dalle sole aziende AO di Cuneo e ASL n. 1 di Cuneo.

La sentenza appellata ha affermato, in linea di principio, che è necessario, invece, secondo la giurisprudenza comunitaria, nel caso di pluripartecipazione, che il singolo socio possa vantare una posizione più che simbolica, idonea, per quanto minoritaria, a garantirgli una possibilità effettiva di partecipazione alla gestione dell'organismo del quale è parte; sicché, una presenza puramente formale nella compagine partecipata o in un organo comune incaricato della direzione della stessa, non risulterebbe sufficiente.

Ha, dunque, ricordato che “la prassi conosce svariati meccanismi, fondati ora sulla nomina diretta e concorrente di singoli rappresentanti (uno per ogni socio) in seno al consiglio di amministrazione della società; ora sulla partecipazione mediata agli organi direttivi attraverso la nomina da parte dell'assemblea di consiglieri riservati ai soci di minoranza. Validi alternative è offerta dagli strumenti di carattere parasociale, che operano attraverso la predisposizione di organismi di controllo, costituiti dai rappresentanti di ciascun ente locale, muniti di penetranti poteri di verifica preventiva sulla gestione dell'attività”.

Infine, il controllo deve essere esercitato non solo in forma propulsiva ma anche attraverso l'esercizio - in chiave preventiva - di poteri inibitori.

2.3. - Nel caso di specie, correttamente, la sentenza appellata ha escluso l'esistenza di modalità di controllo a garanzia del concorso effettivo alla direzione della società anche da parte dei soci minoritari.

A tale conclusione il primo giudice è pervenuto analizzando lo Statuto di AMOS S.c.r.l., analisi che questo collegio non può che condividere.

Lo Statuto, innanzitutto, non prevede la partecipazione del socio minoritario agli organi direttivi, requisito questo che la giurisprudenza comunitaria richiede perché in caso di “in house frazionato” sussista il controllo analogo; in caso contrario, infatti, i soci di maggioranza sono in grado di imporre le proprie scelte al socio di minoranza, già a partire dalla nomina dell’organo amministrativo (Corte Giustizia UE, III sez., 29.11.2012, n.182).

L’art. 7 dello Statuto, dopo aver premesso che “i diritti sociali spettano a tutti i soci proporzionalmente alla partecipazione da ciascuno posseduta”, non predispone nessun meccanismo di garanzia di rappresentanza dei piccoli soci all’interno del c.d.a.. I consiglieri sono, infatti, eletti (anche tra non soci) dall’assemblea dei soci (art. 11 e 18), la quale “è costituita con la presenza di tanti soci che rappresentino oltre la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta” (art. 16).

L’assenza di apprezzabili poteri in favore del socio minoritario si riscontra anche all’interno del Comitato di controllo analogo: ciascun socio nomina un proprio rappresentante all’interno di tale organismo; ma, al contempo, è previsto che le relative delibere vengano assunte “con voto favorevole della maggioranza assoluta dei propri componenti a condizione che rappresentino almeno il 51% del capitale sociale di Amos s.r.l. e, a parità di voti, prevale la maggioranza del capitale sociale rappresentato”.

Il potere di veto riconosciuto al singolo socio è disciplinato dall’art. 8, ove si prevede che lo stesso possa essere esercitato non in via preventiva, ma a fronte di servizi già prestati in suo favore; il dissenso manifestato non ha carattere vincolante sull’operato del c.d.a., potendo solo determinare una remissione della questione all’assemblea dei soci, all’interno della quale la posizione del socio minoritario è però del tutto marginale (cfr. art. 16).

Anche la possibilità di recesso riconosciuta al singolo socio dall’art. 9 dello statuto è limitata ad ipotesi già previste dal codice civile (artt. 2437 e 2481 bis c.c.), mentre non è prevista alcuna possibilità di abbandono della società per l’ipotesi in cui vengano assunte decisioni incidenti sul servizio svolto in favore del singolo socio e sulle quali questi abbia manifestato un “motivato dissenso”.

I poteri di verifica e controllo contabile riconosciuti al singolo socio dallo statuto (art. 29) non sono più stringenti di quelli regolamentati dalle norme civilistiche in materia societaria.

Anche con riguardo all’assetto generale della società Amos S.c.r.l. e ai requisiti del controllo analogo sinteticamente riscontrabili in capo alla compagine dei soci pubblici nel suo insieme il primo giudice ha rilevato la necessità che “l’ente pubblico affidante (la totalità dei soci pubblici) eserciti, pur se con moduli fondati su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario e caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della governance rispetto alla maggioranza azionaria”.

Le decisioni strategiche e più importanti dovrebbero essere sottoposte all’approvazione della totalità degli enti pubblici soci; in caso contrario, neppure i soci pubblici di maggioranza hanno effettivo potere di orientare le scelte determinanti della società (v. Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; id., sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092; 11 agosto 2010, n. 5620; 8 marzo 2011, n. 1447).

L’art. 11 dello Statuto di AMOS S.c.d.r., invece, si limita a riprodurre il contenuto dell’art. 2364 c.c.; neppure in tema di strategie e politiche aziendali è rimessa la decisione al vaglio preventivo dei soci.

Ai sensi dell’art. 8, il singolo socio può esercitare un potere di segnalazione e propulsivo con riguardo al servizio che gli viene singolarmente reso, ma senza efficacia vincolante; e l’art. 25 non attribuisce neppure alla totalità dei soci alcun potere di vaglio preventivo sulle scelte del C.d.A.

Una siffatta autonomia del C.d.A. è incompatibile con le caratteristiche del controllo analogo.

2.4. - Deve concludersi, pertanto, che laddove non esiste un legame interno particolare tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità affidataria, non ricorre il motivo che giustifica il riconoscimento dell'eccezione per quanto concerne gli affidamenti "in house" (Corte giustizia UE, sez. V, 08/05/2014, n. 15).

Le affermazioni contrarie, contenute nell'atto di appello, circa l'esistenza di strumenti di indirizzo e di controllo successivo tali da orientare e vincolare l'operato dell'ente, appaiono dunque generiche petizioni di principio, a fronte dell'analitica disamina del primo giudice.

3. - In conclusione, l'appello va rigettato.

4. - Le spese si compensano tra le parti in considerazione della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/04/2015

IL SEGRETARIO

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