

**NORMATIVA GIURIDICA**

## Le Esco miste pubblico-private

### Dal Tar Lombardia indicazioni per la corretta costituzione

Gli enti locali (Comuni e Province) possono costituire proprie Esco per promuovere il risparmio e l'uso razionale dell'energia ne-

gli edifici di loro proprietà, anche nella forma della società mista a prevalente capitale pubblico.

pag. 7

**NORMATIVA DI SETTORE REGOLAZIONE E CONTENZIOSO**

## Le Esco miste pubblico-private

### Dal Tar Lombardia indicazioni per la corretta costituzione

di Pier Giuseppe Torrani\*

Il giudice amministrativo lo ha confermato.

Gli enti locali (Comuni e Province) possono costituire proprie Esco (Energy Service Company) per promuovere il risparmio energetico e l'uso razionale dell'energia negli edifici di loro proprietà, anche nella forma della società mista a prevalente capitale pubblico. Con la recente sentenza n. 2911 del 5 dicembre u.s. (disponibile sul sito di QE), il T.a.r. Lombardia, in una vertenza promossa da Agesi, Assisat e Assopetroli (e varie imprese operanti nel settore della gestione dei servizi energetici) contro la Provincia di Milano, ha ritenuto legittima in via di principio la costituzione, da parte degli Enti pubblici, di una Esco per intervenire sul proprio patrimonio immobiliare, ai soli fini dell'efficientamento energetico dello stesso, anche nella forma di una società mista. Di tale vertenza si era già data notizia in questo giornale (QE n. 116/12) a commento dell'ordinanza del T.a.r. Lombardia, con la quale il giudice amministrativo aveva disposto una istruttoria tecnica in tale materia.

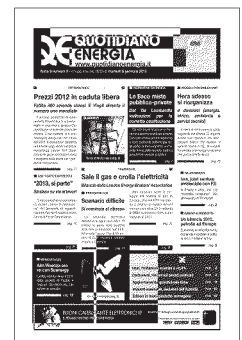
Ora il T.a.r. è ritornato in via definitiva sulla questione, e sul punto della legittimità della costituzione della Esco da parte dell'Ente locale ha affermato che la scelta del modello della società mista appare "in ogni caso legittima, sussistendo il collegamento fra il suo oggetto sociale e gli scopi istituzionali del socio pubblico di riferimento". In tali casi, infatti, non può dirsi violato l'articolo 3, comma 27, della legge n. 244/2007, che vieta "alle P.a. di costituire società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali".

Le ricorrenti, infatti, avevano contestato l'iniziativa della Provincia di Milano osservando come, nella materia dell'efficientamento energetico del patrimonio immobiliare, i servizi energetici sono liberamente acquisibili sul mercato e l'iniziativa della Provincia avrebbe sottratto al mercato notevoli settori di intervento.

Il giudice ha respinto tale pretesa sul presupposto che la società che la Provincia "intende costituire è destinata ad operare esclusivamente a favore della Provincia e, se del caso, nei confronti di ulteriori soci pubblici, ma non anche a favore del pubblico". Il rapporto di strumentalità fra i servizi da gestire e "il perseguimento dell'interesse pubblico risulta evidente", poiché "fra le funzioni attribuite alla Provincia vi è anche quella di valorizzazione dell'ambiente e delle risorse idriche ed energetiche", nonché quella di promuovere le misure volte al miglioramento dell'efficienza energetica degli edifici pubblici, imposta ora dagli articoli 12 e seguenti del d.lgs. n. 115/2008, di attuazione della direttiva 2006/32/CE.

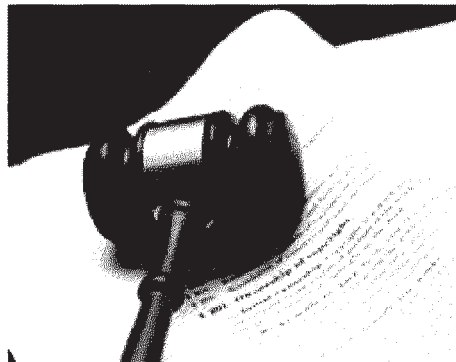
Questi importanti principi affermati dal Giudice amministrativo offrono quindi interessanti prospettive di sviluppo, per operazioni imprenditoriali promosse dagli enti locali nel settore dei servizi di efficientamento energetico. Gli obiettivi fissati a livello europeo sono molto pregnanti e obbligano tutti, soggetti pubblici e soggetti privati, a fare ogni sforzo per affrontare i problemi energetici e quelli ambientali, tra loro così strutturalmente legati. Ridurre i consumi, rendere più efficienti gli impianti significa anche ridurre le emissioni di gas nell'atmosfera, con grandi benefici per un paese importatore di risorse energetiche e le cui città soffrono di pesanti condizioni di inquinamento dell'aria.

Il T.a.r. di Milano, peraltro, dopo avere



riaffermato in via di principio la legittimità della costituzione di Esco pubbliche miste con la partecipazione minoritaria di operatori privati, ha poi accolto in parte il ricorso per profili non attinenti a questi specifici temi. I motivi di ricorso accolti dal giudice hanno riguardato altri profili inerenti alla gara che la Provincia di Milano aveva indetto per la scelta del/degli operatori destinati a divenire soci di minoranza della Esco. Non quindi profili strettamente energetici, ma profili inerenti alla procedura concorsuale di scelta del socio privato.

Quello delle procedura ad evidenza pubblica è materia oltremodo delicata, che è stata oggetto in questi ultimi lustri di notevoli interventi del legislatore dell'Unione europea, del legislatore nazionale e di quello regionale, di specifiche Autorità, nonché dei giudici amministrativi, dei



giudici contabili e dei giudici penali. Tutti rivolti ad introdurre e ad affinare prassi operative delle Amministrazioni pubbliche, che solo di recente sembrano essersi strutturate per poter governare e gestire il delicato settore degli appalti pubblici. A questo riguardo può essere utile ricordare che è stato costituito presso l'Università Bocconi l'Osservatorio sui Contratti Pubblici cui hanno aderito Amministrazioni committenti (fra queste anche la Provincia di Milano), giudici amministrativi, contabili e penali, giuristi accademici e del foro, per far crescere fra tutti i soggetti coinvolti nel settore degli appalti pubblici una expertise diffusa e condivisa.

Tornando sulla vertenza oggetto della sentenza in commento, il T.a.r. si è soffermato sulle censure dei ricorrenti riguardanti "la lesione dell'interesse alla corretta formulazione dell'offerta". Il Giudice ha ricordato le elaborazioni giurisprudenziali e le determinazioni della Commissione Europea che hanno evidenziato che "anche nell'ambito dei partenariati pubblici-privati devono trovare attuazione i principi di parità di trattamento e non discriminazione i quali implicano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire in favore di ogni potenziale offerente un adeguato livello di pubblicità" per cui nel bando di gara o nel capitolato d'onere devono essere riportate

informazioni di base sull'appalto o sulla concessione che vengono affidati alla società a capitale misto, oltre a tutti gli altri elementi che regoleranno il rapporto fra l'Amministrazione e il socio privato.

Partendo da tali assunti il giudice ha ritenuto che i compiti da affidare alla costituenda Esco fossero "tratteggiati in modo generico" e incerto, e che le informazioni trasmesse dalla Provincia agli operatori non fossero sufficienti per permettere la presentazione di un'offerta tecnica ed economica adeguata.

Ha altresì ritenuto che fosse pure incerto il numero dei soggetti pubblici che avrebbero beneficiato dei servizi delle Esco.

Ritenuto così violato l'obbligo di trasparenza per mancanza di un adeguato livello d'informazione, il T.a.r. ha annullato i provvedimenti di gara. Un richiamo, questo, alla Provincia perché rielabori i documenti di gara con attenzione alle informazioni da fornire agli operatori in una procedura, qual è quella di scelta del socio privato imprenditore, che ha sue peculiarità e complessità delle quali va tenuto conto.

**\*Studio legale Leone Torrani e Associati**