

AS1293 - MODALITA' DI GESTIONE DEI RIFIUTI URBANI DA PARTE DI ALCUNI COMUNI DELLA PROVINCIA DI CHIETI

Roma, 10 agosto 2016

Presidenza della Regione Abruzzo
Comune di Lanciano
Comune di Orsogna
Comune di Ortona
Comune di Treglio

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 4 agosto 2016, ha inteso esprimere alcune considerazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 in merito alle modalità di gestione dei rifiuti urbani da parte di alcuni Comuni della Provincia di Chieti, alla luce delle informazioni acquisite e delle pronunce del giudice amministrativo aventi ad oggetto l'affidamento di uno dei Comuni coinvolti a beneficio della società a partecipazione pubblica Ecolan S.p.A.¹ (di seguito Ecolan).

In primo luogo, si registra un significativo ritardo delle amministrazioni in indirizzo nell'adempimento delle previsioni di cui all'art. 3-bis del D.L. n. 138/2011 che, come noto, attribuisce agli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali designati dalle Regioni e ai quali gli enti locali partecipano obbligatoriamente, le funzioni di organizzazione, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe, di affidamento della gestione e relativo controllo dei servizi pubblici locali appartenenti al settore dei rifiuti urbani.

Nonostante, infatti, la L.R. n. 36/2013 abbia previsto l'istituzione dell'Autorità per la Gestione Integrata dei Rifiuti urbani (AGIR)², non tutti i 305 Comuni presenti nel territorio della Regione hanno sottoscritto la convenzione di adesione al nuovo Ente di governo d'ambito. Nelle more dell'effettiva operatività dell'AGIR, dunque, i Comuni rimangono competenti per l'organizzazione del servizio di gestione dei rifiuti urbani per il proprio territorio. Sul punto, si ricorda che il già citato art. 3-bis del d.l. n. 138/2011 prevede che *“qualora gli enti locali non aderiscano ai predetti enti di governo entro il 1° marzo 2015 oppure entro sessanta giorni dall'istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale [...] il Presidente della regione esercita, previa diffida all'ente locale ad adempiere entro il termine di trenta giorni, i poteri sostitutivi”*.

La mancata effettiva operatività degli Enti di governo degli ATO potrebbe compromettere il raggiungimento degli obiettivi della disciplina nazionale – fatti propri anche dalle emanande

¹ TAR Abruzzo, sentenza n. 349 del 14 agosto 2015 e Consiglio di Stato, sentenza n.1900 del 12 maggio 2016.

² La cui Assemblea è composta dai Sindaci di tutti i Comuni dell'ATO, che sottoscrivono la convenzione obbligatoria. L'Assemblea dell'AGIR è l'organo competente per l'affidamento del servizio, alla gestione del contratto di servizio, al controllo sull'operato del gestore e alla predisposizione del piano d'Ambito. Vi è poi il Consiglio direttivo che ha funzioni consultive e di controllo nonché quelle delegate dall'Assemblea.

disposizioni in materia di Servizi Pubblici Locali³ – in tema di ampiezza dei bacini ottimali per l'affidamento dei servizi pubblici locali, e può inoltre essere fonte di distorsioni della concorrenza nella misura in cui ciascun ente, pur di garantire la sopravvivenza possibile della propria società partecipata, procede ad affidamenti ingiustificatamente lunghi del servizio il più delle volte proprio a ridosso dell'istituzione degli Enti di governo da parte delle Regioni.

Sarebbe quindi in ogni caso preferibile che gli affidamenti effettuati dai Comuni nelle more della piena operatività degli Enti di governo degli ATO prevedessero sempre una clausola risolutiva espressa che disponga la cessazione del rapporto contrattuale ad esito dell'individuazione del gestore d'Ambito.

La mancata operatività degli Enti di governo degli ATO è suscettibile, inoltre, di pregiudicare le corrette modalità di scelta di uno dei modelli di gestione dei servizi ammessi dall'ordinamento.

Il già citato articolo 3-bis del d.l. n. 138/2011 prevede, infatti, che gli enti di governo devono effettuare anche la relazione prescritta dall'articolo 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221. Nella menzionata relazione, come noto, gli enti di governo danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio⁴.

Il legislatore, dunque, richiede che l'istruttoria che sfocia nella scelta della forma di gestione dei servizi (evidenza pubblica, società mista o *in house providing*), oltre a verificare rigorosamente la sussistenza dei requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la forma prescelta (*infra*), contempererà adeguatamente tutti gli interessi pubblici coinvolti. Tra questi assumono un ruolo preponderante l'efficienza, l'economicità e la qualità dei servizi che, come ribadito dal Consiglio di Stato nella citata sentenza n.1900 del 12 maggio 2016, soprattutto nell'ipotesi di affidamento *in house*, devono essere valutati in concreto, in modo tale da fornire evidenza dell'effettiva convenienza (anche e soprattutto economica) della scelta⁵.

Per quanto concerne il rispetto dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario in caso di affidamento *in house*, la giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza Teckal⁶, ha circoscritto i termini e le possibili declinazioni dell'istituto, plasmando una griglia di requisiti

³ V. il Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri in attuazione della L. n. 124/2015 (Legge Madia).

⁴ La relazione deve altresì comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento *in house*, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio. Il piano economico-finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966. Nel caso di affidamento *in house*, gli enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*.

⁵ Il legislatore delegato in materia di servizi pubblici locali, peraltro, sembra muoversi sempre più nettamente verso la necessità di una verifica economica delle condizioni dell'*in house*, finalizzata ad evitare che tale modalità risulti meno conveniente di un'esternalizzazione. L'art. 7 del disegno di legge sui servizi pubblici locali, approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri in attuazione della L. n. 124/2015 (Legge Madia), richiede che in caso di affidamento *in house* gli enti competenti siano conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini. Si tratta, in altri termini, di confrontare i costi dell'*in house* con quelli di un'ipotetica procedura di esternalizzazione (o con i costi standard, laddove esistenti), nel tentativo di fornire la prova o la ragionevole probabilità della maggiore convenienza della gestione pubblica.

⁶ Sentenza *Teckal*, Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98.

soggettivi e oggettivi che hanno trovato recente sistemazione normativa nel testo delle nuove Direttive in materia di appalti e concessioni (e nella normativa di recepimento, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Nuovo codice dei contratti pubblici)⁷.

Il legittimo ricorso a tale modalità di gestione richiede il rigoroso rispetto di tre requisiti cumulativi: la titolarità pubblica del capitale sociale del soggetto affidatario, lo svolgimento dell'attività prevalente in favore dell'Ente affidante e il cd. controllo analogo, che devono sussistere al momento dell'affidamento⁸. Tali requisiti, peraltro, devono essere rispettati anche nel c.d. in house "frazionato" o "pluripartecipato" in cui le amministrazioni pubbliche, in possesso di partecipazioni di minoranza, possono esercitare il controllo analogo in modo congiunto con le altre, a patto che siano soddisfatte tutte le condizioni previste dall'art. 12 della direttiva 2014/24/UE e dall'art. 5, commi 4 e 5, D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, vale a dire che: i) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero siano formati tra soggetti che possono rappresentare tutti i soci pubblici partecipanti; ii) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato; iii) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti. Nello specifico, l'esercizio del controllo analogo da parte degli Enti Locali sulla società Ecolan si basa su due organi, l'Assemblea e il Comitato ristretto, i quali non appaiono tuttavia integrare i requisiti indicati dalla giurisprudenza. In primo luogo l'Assemblea e il Comitato ristretto deliberano a maggioranza assoluta, la quale, secondo la giurisprudenza amministrativa nazionale non è sufficiente almeno in relazione alle vicende importanti ed essenziali nella vita della società, ovvero, nel caso di un'impresa affidataria del servizio di gestione dei rifiuti urbani, in relazione al piano industriale, all'approvazione della carta dei servizi e al contratto di servizio. Il fatto che lo Statuto della società Ecolan non preveda maggioranze qualificate per siffatte decisioni, porta a ritenere che manchi nel caso di specie la garanzia della sussistenza del controllo analogo. Infatti, il Consiglio di Stato ha esplicitamente affermato che l'esistenza del controllo analogo congiunto necessario per consentire una aggiudicazione "in-house" ad una società "non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto"⁹.

Nello stesso senso va interpretata negativamente sotto questo profilo la scarsa rappresentatività del Comitato ristretto, composto dai rappresentanti di soli 9 Comuni, che operano per delega degli altri 44 Comuni soci, e che, come detto, votano a maggioranza.

Infine, altre caratteristiche del funzionamento della società appaiono tali da impedire l'attribuzione agli organi rappresentativi dei soci di poteri inibitori e vincolanti nei confronti del CdA, il che non sembra consentire ai soci stessi la possibilità, "con strumenti pubblicistici o con

⁷ Si tratta della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali che abroga la direttiva 2004/17/CE e della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁸ V. Consiglio di Stato, sent. n. 2154/2015 e Corte dei Conti Deliberazione n. 195/2015.

⁹ V. Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015 n. 2660, nella quale viene più in generale evidenziata l'importanza che ai soci che affidano servizi in-house sia garantita la possibilità di incidere in maniera effettiva sulla conduzione della società: "L'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del 'controllo analogo' sull'entità in questione".

*mezzi societari di derivazione privatistica, di indirizzare “tutta” l’attività sociale”*¹⁰. Tra queste rilevano la mancata previsione di un obbligo di trasmissione dei documenti societari da parte degli organi della società al Comitato e il fatto che solo gli Enti Locali che rappresentino almeno il 5% dei soci possano convocare l’Assemblea, affinché questa adotti dei provvedimenti nell’interesse della società qualora il CdA non operi secondo le direttive dell’Assemblea stessa.

Con specifico riguardo al requisito dell’attività prevalente¹¹, almeno l’80% delle attività della società affidataria deve essere effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni controllanti o da altre persone giuridiche controllate alle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi¹² il TAR Abruzzo, nella citata sentenza con la quale è stato annullato il primo affidamento a Ecolan da parte del Comune di Orsogna, ha ritenuto che questo non fosse sussistente¹³. In relazione a tale specifico profilo, tuttavia, va rilevato che l’emanando Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica consente (all’art. 16, comma 5), entro certi limiti, di sanare eventuali irregolarità relative alla carenza del requisito dell’attività prevalente¹⁴.

In conclusione, alla luce delle considerazioni suesposte, l’Autorità auspica che la gestione dei servizi pubblici locali ricompresi nel settore dei rifiuti urbani sia ispirata all’esigenza di circoscrivere l’affidamento *in house* entro i limiti tracciati dall’ordinamento comunitario e alle sole ipotesi in cui tale modalità di gestione risulti effettivamente conveniente con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio.

A tal fine si invitano codeste amministrazioni a comunicare entro 45 giorni le iniziative che intenderanno intraprendere per ripristinare corrette dinamiche concorrenziali.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all’articolo 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all’Autorità entro trenta giorni dal ricevimento della presente segnalazione, precisandone i motivi.

f.f. IL PRESIDENTE
Gabriella Muscolo

¹⁰ V. Cons. St., Sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082.

¹¹ Come previsto dal nuovo Codice degli Appalti Pubblici e Concessioni di Lavori, Servizi e Forniture, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹² V. Consiglio di Stato, n.1900 del 12 maggio 2016.

¹³ Secondo i giudici amministrativi, infatti, i servizi resi a terzi ammontano a 1.112.922 Euro su un fatturato pari a 4-5 milioni di euro, sul quale rappresentano una percentuale tra il 22 e il 28%, concludendo così che “*si tratta di attività che da un lato supera la soglia [...] e dall’altro si rivela nient’affatto ‘marginale’ e di conseguenza tale da escludere il rispetto dei rigorosi limiti elaborati dalla stessa giurisprudenza comunitaria*”

¹⁴ Cfr., in particolare, art. 16, comma 3, 4 e 5, del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, approvato, in secondo esame preliminare, dal Consiglio dei Ministri il 14 luglio u.s. come schema di decreto legislativo attuativo della legge n. 124/2015 (cd. legge Madia), che impone di procedere alla verifica della regolarità delle partecipazioni detenute anche in società affidatarie di servizi di interesse economico generale procedendo, eventualmente, alla loro regolarizzazione.