

RELAZIONE DEFINITIVA IN MERITO ALL' AFFIDAMENTO IN HOUSE DEL SERVIZIO DI RACCOLTA E TRASPORTO RSU A ESACOM SPA NEL COMUNE DI ANGIARI EX ART 34 D.L. 18/10/2012

1.ASPETTI DI DIRITTO

A) Quadro degli affidamenti e aspetti giuridici

Il Bacino Verona Sud si articola in 39 Comuni dei quali 32 sono attualmente serviti mediante affidamento ad una società in house. Solo 7 Comuni sono serviti da società private o comunque non in house.

Sono presenti nel Bacino 4 società in house e rispettivamente:

ESACOM spa che serve 19 Comuni;

SIVE srl che serve 11 Comuni;

Bovolone Attiva che serve 1 Comune;

SGL che serve 1 Comune.

Le date di scadenza degli affidamenti sono disomogenee con scadenze massime in molti casi al 2025 e 2030.

Angiari e Belfiore hanno l'appalto in scadenza a fine 2017, già prorogato, e partecipano entrambe a ESACOM spa.

Per esse il Bacino ha richiesto per ciascun Comune una offerta di servizio alla società in house.

Arcole, Ronco all'Adige, Albaredo e Villabartolomea hanno contratti in scadenza il 31 dicembre 2017 con Serit .

Si è chiesto a detti Comuni se intendano o meno acquisire una partecipazione ad una società in house ovvero se vogliono che il Bacino proceda con gara.

Arcole ha comunicato che non intende assumere partecipazioni pubbliche che e che intende optare per la gara.

Ronco all'Adige ha comunicato che intende in linea di massima acquisire una partecipazione in ESACOM spa ed è stata sollecitata ad avviare a procedura.

Albaredo ha comunicato che intende assumere una partecipazione societaria in SIVE srl ed ha già avviato la procedura di cui all'art 5 del Dlgs n.175 del 2016 ed ha concluso la procedura, provvedendo all'invio degli atti all'Autorità sulla concorrenza e alla Corte dei Conti. Sono decorsi i termini per eventuali rilievi.

Villabartolomea ha assunto una partecipazione societaria in SIVE srl ed ha già avviato la procedura di cui all'art 5 del Dlgs n.175 del 2016 ed ha concluso la procedura, provvedendo all'invio degli atti all'Autorità sulla concorrenza e alla Corte dei Conti. Sono decorsi i termini per eventuali rilievi.

Il Bacino si è mosso sul presupposto che non sussista nella normativa vigente una norma che consenta alla Autorità di obbligare i singoli Comuni a partecipare ad una società in house. Tanto meno di indicare a quale società partecipare.

E' vero che l'affidamento in base alla legge regionale n.52 del 2012 è di competenza del Bacino ma la competenza a partecipare o meno ad una società in house è attività prettamente discrezionale prerogativa del singolo Comune, facente parte della sua autonomia decisionale, di competenza esclusiva del Consiglio Comunale in base all'art 42 del TUEL . Concetto ribadito dal Dlgs n. 175 del 2016 all'art 7.

Diverse se sono le ragioni che potrebbero fare optare un singolo Comune per non acquisire partecipazioni di capitali in società pubbliche, non ultima la valutazione che il Comune non dispone di una struttura interna in grado di effettuare i monitoraggi, controlli e supporto alle direttive che richiede la Corte dei Conti al socio pubblico di svolgere con continuità.

D'altro canto, la procedura particolarmente complessa di acquisizione di partecipazioni societarie richiede il parere dei revisori ed un procedimento e contenuto composito prescritto dall'art 5 del Dlgs 175 del 2016 al quale non può sostituirsi o intervenire in modo cogente il Bacino.

Che le competenze del Dlgs n 267 del 2000 non possano essere modificabili da legge regionale lo si evince dall'art 1 del dlgs 267 del 2000. E per altro verso non sussiste alcuna norma che espressamente dia la facoltà al Bacino di imporre la assunzione di partecipazioni in società in house. Anche se i dati interni testimoniano una netta predominanza di utenti serviti da società in house ( 190000 su 240000)

Appunto in questa ottica si è chiesto ai suddetti Comuni di Villabartolomea, Ronco all'Adige e Albaredo d'Adige quale intenzione avessero.

Rimane inteso che la procedura di partecipazione a società ( in house o meno) da parte dei consigli comunali soggiace alle stringenti disposizioni dell'art 5 del Dls 175 del 2016: motivazione analitica; convenienza economica, ragioni di efficienza ed efficacia, di universalità e differenziazione del servizio; previa pubblicazione della

proposta di delibera affinché chiunque faccia le sue osservazioni; trasmissione della delibera alla Corte dei Conti e ( soprattutto) all'Autorità sulla concorrenza ed il mercato che può esprimere parere non favorevole e in caso non ci si adegui può impugnare il provvedimento.

E' dunque da rispettare la volontà del Comune di Arcole di non partecipare ad alcuna società in house. E si è proceduto in tal senso per improntare la gara. Attualmente è in corso la redazione dei documenti di gara.

Non si disconosce tuttavia che le competenze e procedure eventualmente adottate da un Comune per aderire ad una società in house che gestisce il servizio di raccolta e trasporto rsu inevitabilmente si intersecano nei contenuti con le verifiche deve effettuare il Bacino per procedere agli eventuali successivi affidamenti: sia il Bacino e sia il Comune, che decide di aderire ad una società in house, devono previamente verificare sotto il profilo giuridico la sussistenza in capo alla società dei presupposti prescritti dalla legge : c.d. controllo analogo; assenza di soci privati; fatturato del 80% a favore degli associati.

Ancora, entrambe hanno provveduto a verificare la congruità economica dell'offerta, la convenienza economica, l'efficacia ed efficienza della scelta che giustificano il mancato ricorso al mercato

Va infine detto, per completezza, che gli affidamenti attualmente in essere non possono essere legittimamente risolti anticipatamente dal Consiglio di bacino – salvo rischio di pesanti richieste di risarcimento danni – atteso che ai sensi del codice civile il contratto fa legge tra le parti e non può essere risolto se non per mutuo consenso o per le ragioni previste dalla legge ( art 1372 ss). Nessuna norma di legge prevede tale facoltà nel settore di cui trattasi ( se fosse prevista comporterebbe comunque un indennizzo a carico degli utenti nei confronti del gestore estromesso).

E' vero che tendenzialmente il Bacino dovrebbe operare con un unico gestore, per pervenire ad una omogeneità di servizio sul territorio, ma ciò non legittima allo stato attuale la risoluzione anticipata dei contratti in essere.

La documentazione relativa alle richieste ai Comuni e alle relative risposte sono agli atti d'ufficio del Consiglio di bacino.

Si richiama infine la precedente deliberazione dell'Assemblea di Bacino n. 19 del 15.12.2017 ad oggetto: Determinazione sugli affidamenti del servizio di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani nell'ambito del Bacino Verona sud" con la quale, tra l'altro, :

a) si è proceduto ad una ricognizione di tutti gli affidamenti in essere nei 39 Comuni del Bacino 32 dei quali serviti da società in house providing per complessivi 199.778 ab mentre i rimanenti 7 Comuni per un totale di 43526 ab. da società private;

b) è stato stabilito di procedere ad un allineamento dei contratti in essere che registrano differenze di scadenze;

c) è stato suggerito ai Comuni serviti da società in house “ per il superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti” di procedere a cura dell’organo competente con una loro aggregazione in modo da pervenire alla unicità del gestore , garantendo sì facendo il perseguimento dei principi indicati nella legge regionale n. 52 del 2012;

d) si è espressamente atto che si è conclusa con esito favorevole l’istruttoria diretta ad accertare, tra ‘altro, se in capo a ESACOM spa sussistano i presupposti e condizioni previsti dagli art 5 del dlgs 50 del 2016 e art 16 del Dlgs 175 del 2016 per procedere nei confronti della stessa ad affidamenti diretti al di fuori dell’abito di applicazione del Dlgs 50 del 2016 ( sussistenza del controllo analogo; assenza di partecipazione diretta di capitali privati; oltre l’80 % delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante) ;

#### B) Istruttoria in relazione ai requisiti giuridici per un affidamento in house providing in riferimento a SIVE srl ed ESACOM spa

E’ stata espletata una istruttoria per verificare in capo alle due società suddette i requisiti previsti dalla normativa vigente ( artt. 5 e 192 del Dlgs 50 del 2016; art 16 del Dlgs n.175 del 2016) per eventualmente procedere con un affidamento in house providing:

a) sussistenza del c.d. controllo analogo sia a livello di istituti giuridici presenti ( statuto, eventuali regolamenti; eventuali convenzioni, patti parasociali) sia a livello concreto chiedendo una relazione su come viene esercitato il controllo analogo dai Comuni soci;

b) assenza della partecipazione di capitali privati;

c) 80% del fatturato nello svolgimento di compiti affidati dall’ente pubblico o dagli enti pubblici societari.

#### B1) ESACOM spa

L’istruttoria è stata avviata con nota prot. 444 del 13/06/2017 agli atti d’ufficio. Successivamente ESACOM spa ha risposto con nota prot. N 515 del 13/07/2017 e a

mezzo di nota del Bacino prot. n. 661 del 03/10/2017 sono stati chiesti chiarimenti e integrazioni.

Successivamente ESACOM spa ha mandato le integrazioni richieste con note:

a) prot. 13721/17 ( di Esacom spa) ad oggetto "Istruttoria relativa alla sussistenza dei requisiti per l'affidamento in house providing " con la quale, da un lato sono stati forniti i dati di bilancio in merito all'80 % del fatturato, e ,per altro lato, sono stati forniti elementi in merito alla acquisizione delle quote da parte di AMIA ed alla natura pubblica della stessa;

b) successive note più marginali agli atti.

Si è in attesa della delibera della assemblea che approva la modifica di Statuto sull'80% del fatturato.

Dal materiale acquisito si evince che:

- In base all'art 34 bis dello Statuto sussiste un Comitato Intercomunale per il controllo congiunto di tipo preventivo, contestuale e successivo secondo le modalità e contenuti stabiliti in apposito regolamento ;
- Sussistono delle limitazioni delle competenze del CdA prescritte dall'art 25 dello Statuto;
- L'attuale Statuto contiene una norma espressa ai sensi del Dlgs 175 del 2016, art 16 comma 3, recentemente modificato;
- Dal 1 .12. 2011 la società è dotata di regolamento per la attuazione del controllo analogo sottoscritto ai sensi dell'art 30 del TUEL tra tutti i Comuni partecipanti e anche da Camvo spa. E' puntualmente declinato il controllo preventivo, quello contestuale e quello finale
- Nel regolamento di cui trattasi sono disciplinati il funzionamento e le competenze del Comitato intercomunale per il controllo congiunto. In particolare è espressamente previsto all'art 10 comma 2 che "Sono comunque obbligatori la presenza e il voto favorevole del membro interessato nell'ipotesi l'argomento riguarda servizi ad esso appartenenti";
- prevede il regolamento nell'ultimo comma dell'art 6 che "*nei singoli contratti di servizio potranno eventualmente essere inserite ulteriori e specifiche forme di controllo*"
- Esacom spa ha inviato una relazione dalla quale emerge come viene ( ed è ad oggi) in concreto esercitato il controllo analogo.
- E' stata acquisita la Carta dei servizi.
- L'art 7 dello Statuto " Trasferimento delle azioni" prevede che "*Le azioni della società sono trasferibili esclusivamente tra soggetti pubblici, secondo la normativa vigente*"

La sussistenza del controllo analogo in Esacom spa ( già ECO CISI) è già passata al vaglio del giudice di merito con la decisione del TAR per il Veneto n. 1478 del 2011 quando le norme statutarie erano addirittura meno stringenti ( e non era presente il regolamento per il controllo analogo).

Con riguardo alla compagine sociale da visura camerale si evince che Esacom spa è partecipata direttamente da 12 Comuni che complessivamente possiedono una quota pari al 12,42% della società e che hanno il servizio di raccolta e trasporto rsu nel proprio territorio. Sei di questi Comuni partecipano a ESACOM spa anche indirettamente mediante quote possedute in Camvo spa. Esacom spa è poi appunto partecipata da Camvo spa per il 46,4% ( composta da una compagine societaria facente capo a 12 Comuni). Due di questi Comuni hanno un affidamento diretto pur partecipando indirettamente a ESACOM spa ( Isola Rizza e San Pietro di Morubio) .Quattro Comuni hanno una partecipazione societaria senza avere il servizio di raccolta e trasporto rsu ( Cerea, Bovolone, Ronco all'Adige e Sanguinetto) Infine una quota societaria pari al 40% fa capo a AMIA Verona spa a sua volta posseduta dal AGSM a sua volta posseduta al 100% dal Comune di Verona.

Si ripropone in questo caso la compatibilità di questa compagine societaria. Vale innanzitutto quello sopra scritto per la analoga situazione di SIVE srl in relazione alla partecipazione di AIM.

Va aggiunto che la partecipazione di AMIA a ESACOM spa ha avuto luogo in base a gara pubblica su procedure giudiziale alla quale potevano partecipare solo soggetti pubblici per espressa previsione del bando. Se ne evince che in detto frangente AMIA è stata considerata soggetto pubblico. Anche in questo caso si può affermare che non ci si trova di fronte ad una partecipazione diretta di un privato alla compagine sociale.

### C) Riferimenti giurisprudenziali

Non va disconosciuto che la giurisprudenza che si occupa degli affidamenti in house provinding non appare ad oggi univoca, specie quella meno recente. Tuttavia si colgono assunti da più pronunce che depongono a favore dell'impostazione di Questa Amministrazione, che ,per altro, allo stato attuale subordina ancora gli eventuali futuri affidamenti alla verifica in corso di espletamento- dei requisiti di cui all'art 192 del Dlgs n.50 del 2067.

Circa la configurazione del requisito del controllo analogo congiunto si richiama CdS SEZ V 18.07.2017 n.3554 che recita" *il requisito del controllo analogo deve essere verificato secondo un criterio sintetico e non anatomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia*

*esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente”*

Si richiama altresì CdS Sez V 18.08.2017 n. 4030 che recita *“Nella specie il collegio ha ritenuto integrato tale primo requisito – trattasi del controllo analogo- constatando l’effettività dei controlli svolti da parte dei Comuni soci a cui gli organi della società partecipata sono assegnati, attribuendo in particolare modo notevole rilevanza alla sottoscrizione di una convenzione da parte degli stessi enti soci. Infatti, tale convenzione, adottata prima della stipula del contratto di servizio, prevede l’istituzione di un organo composto dai sindaci dei rispettivi Comuni soci o dai loro delegati, il cui fine è quello di indicare gli indirizzi strategici della società partecipata”* dunque una convenzione come piuttosto, nella fattispecie di cui trattasi, dei patti parasociali ovvero un regolamento.

E ancora più di recente CdS 24 ottobre 2017 n. 4902 che recita *“...deve ritenersi che il ricorso all’affidamento in house providing non abbia natura eccezionale....va inoltre richiamata la chiara dizione del quinto considerando della direttiva 2014/24/UE laddove si ricorda che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva..”*

Soccorrono , per altro verso, con riguardo al limite ostativo alla cedibilità delle quote quale requisito per l’affidamento in house providing:

- a) Tar Friuli Venezia Giulia Sez I 4 dicembre 2014 n. 629
- b) Corte Cassazione SSUU ordinanza 22 dicembre 2016 n. 26643
- c) in dottrina Pani-Sanna “Quale futuro per in house providing” ( Lex Italia 9 luglio 2013)

## 2. ASPETTI DI CONVENIENZA ECONOMICA

2.1.Gli aspetti relativi sia alla convenienza economica della proposta di ESACOM spa sia con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza e di qualità del servizio sono stati analizzati con l’ausilio di advisor indipendente individuato in Sintesi srl incaricato con determinazione n. 17 del 18/10/2017 del Responsabile Tecnico ing. Ganni Zerbinati .

In base alla Relazione di SINTESI srl la proposta al Comune di Angiari prevede un costo pro capite di € 109,71 ab anno iva esclusa ed un costo pro tonnellata di rifiuto di € 266,00 €/ton iva esclusa ed un costo complessivo pari ad € 249472,92;



Per quanto attiene al profilo della convenienza economica sono state effettuate analisi comparative tra i costi dell'offerta economica presentata da ESACOM spa con i benchmark territoriali di confronto rappresentati dai Comuni omogenei a livello nazionale ( dati ISPRA; Fabbisogni standards) e poi a livello veneto,lombardo, emiliano-romagnoli prendendo a riferimento il costo per abitante ( €/ab) e il costo per tonnellata conferita (€/ton),

Per entrambi gli indicatori utilizzati i costi unitari risultanti dall'offerta economica presentata da ESACOM spa per il Comune di Angiari sono **pressoché sistematicamente più convenienti o comunque in linea** rispetto a tutti i benchmark omogenei di confronto;

Viene per tanto **attestata nella relazione la congruità economica dell'offerta del gestore in house** ai sensi e per gli effetti dell'art 192 del Dlgs 50 del 2018 (cfr. paragrafi 2,4,5,6 e7 della Relazione);

Che con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza e di qualità del servizio è possibile affermare che l'offerta del gestore ESACOM spa si presenti **conveniente per la collettività** del Comune di Angiari ( cfr paragrafo 8 della Relazione di Sintesi srl);

2.2. Atteso che l'affidamento del servizio ha luogo sino al 2030 conseguentemente le valutazioni di cui sopra sulla congruità economica , che valgono per l'offerta presentata da ESACOM spa per il primo anno, nella definizione dei rapporti contrattuali con il gestore verrà garantita per gli anni successivi venendo previste chiare modalità di adeguamento prezzi, al fine di garantire la congruità per tutta la durata dell'affidamento.

In particolare viene prevista la formulazione annuale di un Piano Finanziario preventivo e la verifica a consuntivo delle previsioni.

Gli scostamenti dei costi diretti individuati in fase consuntiva rispetto al Piano Finanziario preventivo dovranno venire riconosciuti al gestore (e riportati nel Piano Finanziario preventivo dell'anno successivo) se dovuti a variazioni, documentate e giustificate:

- sostanziali nella gestione e nelle modalità di esecuzione del servizio, richieste dal Comune o derivanti da adeguamento a norme o dovute a cause di forza maggiore;
- dei prezzi di approvvigionamento di servizi di asporto e delle manutenzioni mezzi eventualmente esternalizzate;



- dei prezzi di approvvigionamento delle forniture di materiali, attrezzature e mezzi utilizzati per l'esecuzione del servizio
- delle quantità di rifiuti trattati e dei loro prezzi unitari;
- del personale sulla base delle variazioni del CCNL (adeguamenti contrattuali)
- del carburante

I Costi unitari Amministrativi dell'Accertamento, della Riscossione e del Contenzioso (CARC) e i Costi unitari Generali di Gestione (CGG), espressi in €/utenza, dovranno essere adeguati sulla base dell'indice ISTAT NIC 044200 "Raccolta rifiuti" medio annuo dell'anno precedente.

Fanno parte dei Costi Comuni Diversi (CCD) le seguenti voci:

- crediti inesigibili, il cui valore viene determinato preventivamente ogni anno in base alla percentuale media di insolvenza degli ultimi dieci anni;
- Contributo per il funzionamento del Consiglio di Bacino, la cui misura è determinata dall'Assemblea dello stesso.

Per ogni variazione delle suddette voci di costo del Piano Finanziario, dovuta ad esempio ad investimenti deliberati dal Comitato per il controllo analogo o ad altri fattori, dovrà essere fornita motivata e documentata giustificazione.

2.3. Le ulteriori motivazioni a supporto della convenienza della scelta del modello in house

- 1 In via generale depone poi a favore della scelta di una forma di gestione in house la possibilità per le amministrazioni pubbliche, e per la collettività degli utenti dei servizi pubblici locali, di conseguire alcuni rilevanti vantaggi rispetto a forme di gestione esternalizzata, i.e. da parte di operatori privati ovvero a mezzo di una società mista pubblico-privato, quali in particolare:
- 2 la titolarità pubblica della gestione effettiva del servizio, seppur espletata secondo metodi imprenditoriali che assicurino le condizioni di economicità, efficacia ed efficienza, con conseguente attribuzione al sistema pubblico, nell'interesse della collettività, di tutte le decisioni afferenti alla concreta attività gestionale del servizio rifiuti, comprese quelle che impattano sulla fruizione di altri servizi pubblici o privati;
- 3 l'assenza di scopi di lucro in capo alla società in house, che non opera con lo scopo di distribuire i profitti tra i soci, ma con l'obiettivo primario di prestare un servizio alla collettività al miglior rapporto qualità/prezzo, pur nel mantenimento nel tempo dell'equilibrio economico e finanziario, garantendo quindi che i ricavi derivanti dalle tariffe pagate dagli utenti siano totalmente destinati alla copertura dei costi del servizio, e che ogni margine disponibile sia reinvestito nel miglioramento della qualità del servizio;
- 4 i maggiori e più rapidi margini di intervento disponibili per l'ente affidante nei confronti di un gestore in house, rispetto ad un operatore privato, qualora emergessero criticità nella gestione del servizio, sia sotto il profilo economico, sia sotto altri profili, tra cui quello della tutela ambientale di lungo periodo riveste una particolare rilevanza nel settore dei rifiuti;
- 5 la possibilità per le amministrazioni pubbliche di attuare, attraverso le forme di esercizio del controllo analogo, un pregnante monitoraggio sulla gestione complessiva della società in house, che rende più efficace anche l'attività di controllo del servizio e del relativo contratto di gestione, riducendo l'asimmetria informativa dovuta alla lontananza dell'ente pubblico affidante dall'attività operativa esercitata dall'impresa affidataria privata;
- 6 la fisiologica tendenza delle società in house, in quanto assoggettate al controllo analogo da parte degli Enti affidanti, a pervenire a composizioni bonarie delle possibili controversie nell'applicazione del contratto di servizio, prevenendo costosi e defatiganti contenziosi che più frequentemente possono insorgere con affidatari privati;

- 7 la maggior garanzia di continuità nel lungo termine della prestazione del servizio pubblico, particolarmente rilevante nel servizio rifiuti, che ai sensi del Testo Unico Ambientale richiede una durata minima di almeno 15 anni, per l'obiettivo contenimento, rispetto a gestioni affidate ad operatori privati, dei rischi di insolvenza o di altre forme di cessazione/ridimensionamento dell'attività;
- 8 il contenimento dei costi e dei tempi necessari per l'affidamento del servizio rispetto alle procedure di gara per la selezione di un'impresa affidataria o del partner privato di una società mista.

Costituisce parte integrante e sostanziale della presente Relazione la relazione prodotta da Sintesi srl prot. N. 379 del 23/05/2018 che si allega alla presente.

Bovolone

IL DIRETTORE

Dr Alessandro Ballarin