

## **Deliberazione Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture n. 8 Adunanza del 26 gennaio 2011**

Oggetto: Procedimento di accertamento della legittimità degli affidamenti ai soggetti pubblici titolari del Servizio di Gestione Integrata dei rifiuti urbani.

Il Consiglio

Vista la Legge n° 241/1990

Visto il D.lgs. n° 22 /1997

Visto il D.lgs. n° 267/2000

Visto il D.lgs. n° 152/2006

Visto il D.lgs. n° 163/2006

Visto il D.L. n°112/2008, convertito nella Legge n° 133/2008

Visto il D.L n° 135/2009, convertito nella Legge n° 166/2009

Visto il D.P.R. n°168 del 7/09/2010

Vista la Delibera dell'Autorità n° 53 del 26.11.2008 di avvio dell'indagine conoscitiva sullo stato di attuazione del sistema di gestione integrata dei rifiuti sul territorio nazionale

Vista la Delibera dell'Autorità n° 53 del 17.06.2009 di avvio del procedimento sulla legittimità degli affidamenti in house

Vista la Delibera dell'Autorità n. 2 del 13.01.2010 con la quale sono state comunicate le risultanze istruttorie ai soggetti interessati

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture

Considerato in fatto

1. Il Consiglio dell'Autorità, con Deliberazione n. 53 del 26/11/2008, ha disposto l'avvio di un'indagine conoscitiva sullo stato di attuazione del sistema di gestione integrata dei rifiuti. Nell'ambito di detta indagine è stata acquisita la documentazione di settore disponibile unitamente ad informazioni dirette dalle Regioni/Province autonome e dai Comuni capoluogo di provincia. Lo studio ha confermato il permanere della frammentazione dei servizi, sebbene il D.Lgs. n°22/1997 (cd. decreto Ronchi) prima ed il Codice Ambientale successivamente (D.Lgs. n°152/2006) abbiano introdotto il principio della gestione integrata dei rifiuti in recepimento di numerose direttive comunitarie di settore.

2. A seguito di tale indagine, con deliberazione n. 53 del 17/06/2009, il Consiglio ha disposto l'avvio di un procedimento volto ad accertare la legittimità degli attuali affidamenti in house ai soggetti gestori pubblici del servizio dei rifiuti urbani, affinché sia garantita la conformità alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia, anche in relazione alla previsione contenuta nell'art. 23 bis della legge 133/2008, successivamente modificato dall'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009 n. 135, convertito in legge n.166 del 20.11.2009.

L'indagine, condotta nel 2009 e conclusasi con la Deliberazione del Consiglio n°2 del 13/01/2010, ha fatto emergere, da un punto di vista generale, numerose criticità nel settore dei rifiuti urbani originate dalla incompleta delimitazione degli Ambiti Territoriali Ottimali (A.T.O.) sul territorio nazionale e dalla conseguente mancata costituzione delle Autorità d'Ambito da parte di molti comuni. Il mancato trasferimento alle stesse delle competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti ha comportato il perdurare della frammentazione dei servizi di gestione dei rifiuti sia dal punto di vista territoriale sia da quello della parzializzazione del servizio oggetto di affidamento. Nello specifico i procedimenti avviati hanno riguardato 28 Comuni capoluoghi di provincia che, in assenza dell'operatività degli ATO, hanno proceduto all'affidamento dei servizi dei rifiuti urbani con la formula dell'in house providing.

La citata Deliberazione n° 2/2010 individua tre tipologie di casi riscontrati:

- a) affidamenti che sostanzialmente confermano le caratteristiche necessarie per il ricorso all' in house providing, quindi ritenuti conformi alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia (7 casi);
- b) affidamenti la cui conformità è subordinata all' adeguamento delle clausole statutarie (12 casi);
- c) affidamenti che non possono ritenersi conformi alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia (9 casi).

Gli affidamenti ricadenti nella fattispecie a), alla luce delle disposizioni di legge vigenti che regolano il regime transitorio (comma 8 lett. a) dell' art.15 L.n° 166/2009), cessano improrogabilmente, senza necessità di deliberazione dell' Ente affidante, alla data del 31/12/2011 ovvero cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31/12/2011, le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso modalità competitive e di evidenza pubblica ad un socio con compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

Per gli affidamenti ricadenti nella fattispecie b), la cui conformità ai requisiti necessari per l' in house, risulta subordinata all' adeguamento delle clausole statutarie le amministrazioni possono, in alternativa:

- a) adeguarsi ai requisiti richiesti affinché possa ritenersi ammissibile la modalità di affidamento in house providing, fermo restando l' obbligatorietà, entro il 31 dicembre 2011, di procedere a gara ad evidenza pubblica per l' affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani;
- b) procedere entro il 31/12/2010 all' espletamento di una gara di evidenza pubblica per l' esternalizzazione del servizio, secondo le previsioni dell' art. 15 comma 8 lett.e) della citata Legge n° 166/2009.

Negli affidamenti ricadenti nella fattispecie c) rientrano cinque affidamenti diretti a società miste pubblico-private ed un caso di affidamento a società che, a cavallo della data del 22/08/2008, ha modificato la propria natura di società a capitale interamente pubblico a società con capitale prevalentemente pubblico, che evidenziano aspetti di possibile non conformità alle disposizioni legislative vigenti ed alla giurisprudenza costituitasi in materia.

A seguito della citata Deliberazione sono state comunicate le risultanze istruttorie ai soggetti interessati richiedendo alle amministrazioni ricadenti nella fattispecie b) (gestioni in house la cui conformità risulta subordinata alla modifica di clausole statutarie) di far conoscere e dare evidenza delle iniziative intraprese per adempiere ai rilievi formulati dall' AVCP e per i soggetti affidatari di gestioni classificati nella fattispecie c) e con capitale misto pubblico-privato ovvero a partecipazione pubblica quotate in borsa di dare evidenza delle modalità utilizzate per la individuazione del socio privato.

3. L' istruttoria, condotta nel corso del 2010, ha avuto per oggetto l' affidamento del servizio a società a capitale misto per i cinque casi individuati, ed è stata rivolta in particolare alla verifica delle modalità utilizzate per l' individuazione del socio operativo privato al fine di verificare la sussistenza dei requisiti richiesti in materia dall' art.23 bis come modificato dall' art.15 della legge n°166/2009 per il cosiddetto regime transitorio, nonché per i casi di affidamento in house rilevati come non conformi alla normativa vigente, alla verifica delle misure messe in atto dagli Enti locali per adeguare le previsioni statutarie delle proprie società a quelli richiesti dalla citata normativa. Nello specifico dell' indagine sulle società a capitale misto è stata posta l' attenzione sulle procedure di evidenza pubblica utilizzate per l' individuazione del socio privato, sulle caratteristiche del socio privato in termini di operatività, nonché sulla quota di capitale posseduta al fine di verificare la rispondenza ai requisiti normativi previsti per il regime ordinario degli affidamenti dal comma 2) lett b) dell' art.15 della Legge n°166/2009 ovvero le modalità di applicazione del regime transitorio delineato nel comma 8 lett. da b) ad e) del medesimo articolo.

## Ritenuto in diritto

Il Consiglio dell'Autorità, con le citate deliberazioni n° 53 del 26/11/2008, n° 53 del 17/6/2009 e n°2 del 13/01/2010, ha formulato una serie di valutazioni e considerazioni di carattere generale sul tema degli affidamenti in house del servizio di gestione dei rifiuti che si intendono integralmente richiamate.

### Affidamenti a società in house

Dall'analisi della documentazione pervenuta da parte degli Enti affidanti a società in house è emerso che molti dei soggetti interessati, al fine di conformarsi alla normativa vigente, hanno deciso di modificare lo statuto delle società di gestione del servizio nel seguente modo:

- limitando l'oggetto sociale al servizio di gestione dei rifiuti ed alle altre attività ad esso connesse;
- prevedendo la destinazione esclusiva/prevalente dell'attività in favore degli enti soci;
- eliminando la possibilità di extraterritorialità dell'attività;
- escludendo l'accesso da parte dei privati al capitale sociale;
- limitando i poteri del Consiglio di amministrazione della società di gestione;
- riconoscendo, al contempo, maggiori poteri all'Assemblea degli enti locali soci al fine di rafforzarne il controllo analogo.

Le elencate modifiche statutarie, dal punto di vista procedurale, hanno richiesto in via generale una doppia deliberazione, prima in seno all'Ente locale e successivamente in seno all'Assemblea dei soci. E' stato rilevato come alcune amministrazioni abbiano perfezionato ad oggi l'iter procedurale mentre altre, pur avendo in generale adottato la deliberazione nella quale veniva manifestata la volontà di adeguarsi alle norme vigenti attraverso modifiche dello statuto delle società possedute, in alcuni casi non hanno ancora concluso l'iter amministrativo al fine di rendere efficaci le modifiche statutarie apportate.

Tenuto conto di quanto sopra sono stati valutati i provvedimenti assunti dai soggetti interessati e comunicati all'Autorità entro i termini indicati nella delibera n. 2 del 13 gennaio 2010 (60 gg. dal ricevimento della stessa), corrispondenti alla data del 31/5/2010, verificandone la tempestiva adozione in relazione alle più recenti disposizioni normative in materia rappresentate dall'art.15 della Legge n° 166/2009 e dal Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica emanato con D.P.R. n°168 del 7/09/2010.

Le valutazioni circa le gestioni in house ovvero affidate a società miste del Servizio di gestione dei rifiuti, sono riportate per ciascuna situazione esaminata in specifiche schede, da considerarsi parte integrante della presente deliberazione.

Con riferimento alle gestioni in house valutate non conformi alla normativa vigente nella deliberazione n°2/2010, possono essere individuate, in relazione ai provvedimenti assunti dall'Ente e come risultante dall'attività istruttoria condotta, le seguenti casistiche:

- a) n. 1 caso in cui il soggetto interessato non ha individuato impegni adeguati o non ha assunto i conseguenti provvedimenti volti a conformare la gestione del servizio alla normativa vigente in materia;
- b) n. 1 caso in cui il soggetto interessato ha perfezionato le modifiche statutarie prima della richiesta dell'AVCP;
- c) n. 5 casi in cui i soggetti interessati, pur avendo avviato il processo di modifica dello statuto societario in data antecedente il 31/5/2010, lo hanno perfezionato successivamente;
- d) n. 2 casi in cui i soggetti interessati, pur avendo avviato il processo di modifica dello statuto societario, non risulta ancora perfezionato;
- e) n. 1 caso nel quale l'Ente, ritenendo compatibili le caratteristiche della società di gestione con le previsioni del diritto comunitario in materia, ha manifestato invece l'intenzione di trasformare le società interamente pubbliche in società miste pubblico-privata entro il 31/12/2011;

f) n. 1 caso nel quale l'Ente non ha assunto impegni per conformarsi alla gestione in house del servizio manifestando invece, l'intenzione di trasformare le società interamente pubbliche in società miste pubblico-privata attraverso procedura competitiva ad evidenza pubblica da bandire entro il 31/12/2010;

g) n. 2 casi nei quali le società di gestione non hanno assunto impegni per conformarsi alla gestione in house del servizio, comunicando invece l'intenzione da parte dell'ATO competente di procedere a gara di evidenza pubblica entro il 31/12/2010.

Al riguardo è da evidenziare che, alla luce delle più recenti modifiche normative introdotte con il D.L. n° 135/09, convertito in Legge n° 166/09, per le gestioni in house, è previsto il seguente regime transitorio:

- gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di in house cessano alla data del 31.12.2011;
- gestioni affidate non conformemente ai suddetti principi cessano entro e non oltre la data del 31.12.2010 senza necessità di deliberazione dell'ente affidante.

Le gestioni in house, in essere alla data del 22 agosto 2008, affidate conformemente alle disposizioni normative in materia cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31.12.2011 le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso la procedura atta alla costituzione di una società a capitale misto pubblico-privato definita al comma 2, lett. b), dell'art. 15 della Legge n° 166/2009.

Si evidenzia inoltre come gli Enti locali che espletano le funzioni di stazione appaltante nonché gli altri organismi che ricoprono tale funzione dovranno garantire il rispetto delle disposizioni del D.P.R. n° 168/2010 con particolare riferimento a quanto previsto all'art.8 del suddetto Regolamento in materia di distinzione fra funzioni di regolazione e di gestione nonché all'art.3 in materia di procedure di affidamento.

**Affidamenti a società a capitale misto pubblico-privato**

L'istruttoria condotta su cinque casi di affidamento a società a capitale misto, rilevati nel corso della indagine preliminare conclusasi con la Deliberazione AVCP n°2/2010, ha condotto alla identificazione, ai fine dell'individuazione della fattispecie ricorrente fra quelle previste nell'art.15 comma 8 della Legge n° 166/2010, dei seguenti casi:

- a) n° 3 affidamenti a società a capitale misto pubblico privato
- b) n° 2 affidamenti a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa

a) Nei tre casi di affidamenti assentiti a favore di società a capitale misto pubblico-privato sono stati rilevati:

- n° 2 casi nei quali il socio privato non è stato selezionato attraverso procedure di evidenza pubblica e pertanto ricadenti nella fattispecie di cui alla lett.e) del comma 8 dell'art.15 della Legge n°166/2009 con conseguente scadenza del contratto di servizio al 31/12/2010;
- un caso nel quale il socio privato è stato selezionato con procedure di evidenza pubblica aventi per oggetto anche l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio e con quota di partecipazione al capitale azionario superiore al 40% ricadente pertanto nella fattispecie di cui alla lett. c) del comma 8 dell'art.15 della legge n°166/2009 con conseguente cessazione del contratto di servizio alla scadenza dello stesso.

b) Per entrambi i casi rilevati di affidamento a società a partecipazione pubblica quotate in borsa ricorrono condizioni nelle quali il socio, società a partecipazione pubblica quotata in borsa, è stato selezionato attraverso procedura di gara ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati avviate prima del 1/10/2003 e pertanto ricadenti nella fattispecie di cui alla lett.d) del comma 8 dell'art.15 della Legge n°166/2009. In tali casi la cessazione

dell'affidamento avverrà alla data di scadenza del contratto di servizio a condizione di una riduzione della partecipazione pubblica, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40% entro il 30/06/2013 e non superiore al 30% entro il 31/12/2015. In caso contrario gli affidamenti cesseranno improrogabilmente e senza necessità di deliberazione dell'Ente affidante rispettivamente alle due date precedentemente indicate.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

- Delibera la conclusione del procedimento disponendo l'invio ad opera della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture della presente deliberazione ai soggetti interessati corredata per ciascun soggetto delle schede di competenza con le quali si riassumono le valutazioni relative al caso specifico;
- dispone, altresì, la pubblicazione della presente deliberazione sul sito internet dell'Autorità.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria il: 11 febbraio 2011

Il Segretario: Maria Esposito