



PROT. 5569

A mezzo PEC

protocollo@pec.anticorruzione.it

Spett.

ANAC

Autorità Nazionale Anticorruzione

c/o Palazzo Sciarra Via Minghetti, 10

00187 Roma

Oggetto: RICHIESTA DI PARERE_ *presentata utilizzando il modulo informatico per richiedere all'ANAC l'esercizio della funzione consultiva svolta ai sensi della legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso*

1. Soggetto richiedente

Denominazione del soggetto richiedente

Assemblea Territoriale d'Ambito - ATO2 Ancona (ai sensi dell'art. 7 comma 1 della l.r. Marche 24/2009 e dell'art. 202 del d.lgs. 152/2006, ente dotato di personalità giuridica competente per l'affidamento e l'aggiudicazione del ciclo integrato dei rifiuti).

CF/P.Iva

C.F. 93135970429

Indirizzo

Viale dell'Industria, 5 - 60035 Jesi (AN)

Nominativo del soggetto firmatario (la richiesta di parere deve pervenire dal legale rappresentante dell'amministrazione o dell'ente di diritto privato ovvero dal Responsabile della corruzione e della trasparenza).

Luigi Cerioni

Qualifica del soggetto firmatario

Presidente dell'ATA, ATO2 Ancona, rappresentante legale dell'Ente (ai sensi dell'art. 7, co. 3, della L.R. n. 24/2009 s.m.i. e, conseguentemente, ai sensi dell'art. 4 Convenzione ATA)

Indirizzo di posta elettronica

Pec: atarifiutiancona@pec.it

Recapito telefonico

Tel 0731 200969 - 0731 59804
0731-215666 (numero referente per la presente richiesta)

2. Eventuali soggetti controinteressati (indicare i nomi e i recapiti dei soggetti, pubblici e privati, nei confronti dei quali il parere è destinato a produrre effetti diretti).

////////////////////////////////////

3. Esistenza di contenzioso

SI

NO

Se sì, specificare gli elementi identificativi del ricorso o giudizio e gli eventuali esiti.

////////////////////////////////////

4. Riferimenti normativi su cui verte la questione giuridica interpretativa

D.lgs.50/2016, in particolare artt.5, 42 e 180
D.lgs.175/2016, in particolare artt. 4 e 17
D.l.138/2011 convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, in particolare art.3bis
D.lgs.152/2006, in particolare art. 202
L.r. Marche n. 24/2009

5. Indicazione di eventuali precedenti decisioni dell'Autorità correlate all'oggetto della richiesta

Delibera ANAC n.976 del 27/09/2017
Linee Guida ANAC n.7

6. Chiara e sintetica formulazione della richiesta di parere (è necessario fornire una succinta indicazione di tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini del rilascio del parere ed elaborare il quesito o i quesiti di diritto, preferibilmente articolati in punti, per i quali il parere è richiesto. Con separato atto è possibile allegare memorie più approfondite).

Rappresentazione del fatto

1_Nel riesercizio della propria funzione affidante senza riprodurre i vizi già accertati dal giudice Amministrativo con le sentt. Consiglio di Stato n. 6459/2018 e n. 6456/2018 in merito al precedente affidamento (Delibera ATA n.20/2017), l'ATA *inter alia* sta verificando la percorribilità giuridico-amministrativa delle possibili forme di affidamento per la parte della filiera di recupero della raccolta differenziata bio-degradabile (realizzazione e gestione impianto).

2_ In particolare:

- È stato chiarito dalla Regione Marche (parere del 24/07/2019) che l'obiettivo di integrazione verticale tra i singoli servizi perseguito dalla legge regionale n.24/2009 art. 7 comma 4 lett.d),

nel prevalente interesse dell'integrazione gestionale, va "comunque ricercato senza che tuttavia le opzioni disponibili siano limitate dalla ricerca di gestioni unitarie nell'ambito di fasi che invece sono ben distinte, anche in considerazione di specifiche condizioni di contesto";

- Con riferimento alla modalità di affidamento della fase del ciclo dei rifiuti relativa al recupero della frazione organica (FORSU) della raccolta differenziata (RD) (realizzazione e gestione impianto) è stata avanzata una proposta da parte di uno dei comuni soci (Deliberazione del Consiglio Comunale di Jesi n.118 del 03/08/2019) per la percorribilità della quale si sollecita una valutazione giuridica amministrativa dell'ATA.
- L'atto del Comune di Jesi prevede la costituzione di una nuova società pubblica a partecipazione sia di ATA che pluricomunale (ma non di tutti i comuni che partecipano all'ATA) con successiva trasformazione, tramite bando di gara a doppio oggetto, in una società mista affidataria della realizzazione e gestione dell'impianto di trattamento dei rifiuti organici previsto dalla Pianificazione dell'ATA ATO 2 Ancona.

Quesito o quesiti di diritto

In merito alla possibilità di procedere all'affidamento del segmento di filiera del ciclo dei rifiuti inerente il recupero della raccolta differenziata bio-degradabile (realizzazione e gestione impianto) ad una società mista partecipata dall'ATA e da alcuni comuni direttamente, la scrivente ATA sta approfondendo, tra le altre, le seguenti potenziali criticità:

- con riferimento al conflitto di interessi/ipotesi di turbativa d'asta nel congiunto esercizio della funzione regolatoria/affidante con le funzioni di gestione (congiunto esercizio che comporterebbe la partecipazione alla società dell'ATA/ente di governo d'ambito -EGA -);
- con riferimento alla possibile assunzione di rischi in attività non conformi alla missione istituzionale dell'ATA/ EGA (cfr. art.4 TUSP);
- con riferimento alla competenza a bandire la gara a doppio oggetto richiesta per la società mista (che ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista), riscontrando la competenza all'affidamento in capo all'ATA/EGA.

Seguono i seguenti quesiti.

Q1_ E' coerente con l'assetto normativo vigente un affidamento a società mista della quale la compagine societaria è direttamente composta dall'Ente di Governo d'Ambito (EGA) e da alcuni comuni che partecipano all'EGA? Oppure, per la società mista l'azionariato dei comuni dovrebbe essere comunque totalitario? Inoltre, eventualmente ritenuta ammissibile la partecipazione diretta dell'ATA alla compagine della società mista, tale modalità costitutiva della compagine societaria potrebbe essere utilizzata congiuntamente a quella dell'azionariato dei comuni?

Q2_ E' coerente con l'assetto normativo vigente che la gara a doppio oggetto prevista per la società mista non sia bandita dall'EGA, tanto più se dotato di personalità giuridica?

Q3_ A prescindere dalla forma di affidamento individuabile dall'EGA (affidamento con gara a doppio oggetto a società pubblica mista/affidamento *in house* a società totalmente pubblica) può l'EGA con propria delibera prevedere espressamente l'obbligo di adesione (mediante acquisizione della qualità di socio) alla società da parte dei comuni che alla data di approvazione della delibera che dispone l'affidamento non sono ancora parte della compagine societaria?

7. Elenco dei documenti allegati alla richiesta

<input checked="" type="checkbox"/> Memoria contenente più argomentate deduzioni sulla questione giuridica sottoposta
<input checked="" type="checkbox"/> Provvedimenti ed atti rilevanti ai fini della soluzione della questione sollevata 1_Deliberazione del Consiglio Comunale di Jesi n.118 del 03/08/2019 2_L.R.Marche n.24/2009
<input type="checkbox"/> Corrispondenza rilevante
<input type="checkbox"/> Memorie e atti di eventuali controinteressati
<input type="checkbox"/> Altro (specificare)

Il parere sarà pubblicato sul sito intranet ed internet dell'Autorità. A tal fine si chiede l'esclusione dalla pubblicazione dei seguenti dati sensibili

////////////////////////////////////

Data, 8 ottobre 2019

Firma

Il Presidente
Luigi Cerioni

(sottoscrizione con firma digitale ai sensi dell'art. 21 del D.lgs. n. 82/2005 in sostituzione della firma autografa)

Memoria

contenente più argomentate deduzioni sulla questione giuridica sottoposta con la richiesta di parere

In merito a Q1_ E' coerente con l'assetto normativo vigente un affidamento a società mista della quale la compagine societaria è direttamente composta dall'Ente di Governo d'Ambito (EGA) e da alcuni comuni che partecipano all'EGA? Oppure, per la società mista l'azionariato dei comuni dovrebbe essere comunque totalitario? Inoltre, eventualmente ritenuta ammissibile la partecipazione diretta dell'ATA alla compagine della società mista, tale modalità costitutiva della compagine societaria potrebbe essere utilizzata congiuntamente a quella dell'azionariato dei comuni?

Si premette che:

- 1) con delibera ANAC n.976/2017 l'Autorità ha avuto modo di esprimersi in merito alla coerenza con la normativa vigente della compagine societaria del gestore nell'ipotesi di affidamento *in house* da parte dell'EGA; in particolare, tra le varie complesse sfaccettature della questione, si è valutato l'effetto che la presenza di partecipazioni societarie fortemente disomogenee (parcellizzate/maggioritarie) comporta per l'esercizio del controllo analogo dei comuni, anche attraverso l'EGA;
- 2) si riconosce che esiste un principio generale secondo il quale il regolatore non fa gestione, anche con riferimento al regolatore locale, qual è tutt'oggi l'EGA¹.

Infatti, gli EGA -anche dopo l'intervento nel settore rifiuti dell'Autorità di regolazione per l'energia reti e ambiente, ARERA (cfr. legge [n. 205/2017](#))- nel sistema di *governance* multilivello restano comunque “regolatori locali”, implementando la regolazione ARERA:

- con la definizione di livelli qualitativi di servizio superiori a quelli minimi che, di norma, fissa l'Autorità e/o con l'integrazione della stessa per gli aspetti ancora non regolati a livello centrale;

-con l'esercizio del primo *step* di monitoraggio e controllo sull'attuazione della regolazione e sul rispetto del contratto di servizio da parte del soggetto affidatario della gestione del servizio.

In considerazione del principio generale di separazione tra regolazione e controllo/gestione (cfr. anche d.l. 138/2011) -diversamente da quanto ragionevolmente può concludersi nel caso di partecipazione diretta di un EGA alla società *in house*- si ritiene che già solo la partecipazione dell'EGA alla compagine societaria di una società mista (quindi: anche al di là dei casi di inclusione di esponenti politici all'interno della *governance* societaria e anche in assenza di disomogeneità nelle quote di partecipazione societaria) costituisca una potenziale criticità in ordine alla coerenza con il vigente assetto normativo, in particolare:

¹ Cfr. Relazione Annuale sullo stato dei servizi e sulla attività svolta d'asta, anno 2019 Capitolo 6.

- con riferimento alla sussistenza di situazione di conflitto di interesse (situazione di conflitto che andrebbe ben oltre la fase di affidamento, tenuto conto dell'esercizio continuativo da parte dell'EGA delle funzioni di regolazione e controllo durante l'affidamento);
- con riferimento alla contestabilità della ipotesi di turbativa d'asta;
- con riferimento alla possibile assunzione di rischi in attività non conformi alla missione istituzionale dell'ATA/ EGA (cfr. art.4 TUSP)

Si ritiene inoltre che la partecipazione dell'EGA alla compagine della società mista (qualora la si ritenesse ammissibile) comunque non potrebbe che esserlo in forma alternativa alla partecipazione diretta e totalitaria dei comuni soci.

Se così non fosse ovvero se fosse ammissibile la partecipazione dell'EGA nella compagine della società mista non alternativamente alla partecipazione diretta e totalitaria dei comuni ma congiuntamente a quella diretta e parziale dei comuni, si proporrebbero le seguenti potenziali criticità.

Innanzitutto, si porrebbe un problema di disomogenea rappresentatività tra comuni "direttamente partecipanti" e comuni "indirettamente partecipanti tramite l'EGA".

Primo, perché i comuni "direttamente partecipanti", tramite la partecipazione anche dell'EGA sarebbero doppiamente rappresentati nella società.

Secondariamente, perché la partecipazione dei comuni nell'EGA (diversamente da quanto avviene per la partecipazione societaria diretta dei comuni) è completamente indipendente dalle dinamiche societarie del gestore essendo commisurata (di norma e, sicuramente, nel caso di specie) a criteri di generale rappresentatività territoriale.

Il che-per inciso- è uno strumento che consente di dare seguito al generale principio di separazione tra regolazione e controllo/gestione.

Infine, la partecipazione alla compagine della società mista in forma congiunta dell'EGA e dei comuni, tanto più in presenza di disomogeneità delle quote di partecipazione societaria, potrebbe comportare un significativo affievolimento, se non azzeramento, dei poteri di regolazione e controllo dell'EGA.

In merito a Q3_A prescindere alla forma di affidamento individuabile dall'EGA (affidamento con gara a doppio oggetto a società pubblica mista/affidamento *in house* a società totalmente pubblica) può l'EGA con propria delibera prevedere espressamente l'obbligo di adesione (mediante acquisizione della qualità di socio) alla società da parte dei comuni che alla data di approvazione della delibera che dispone l'affidamento non sono ancora parte della compagine societaria?

Facendo seguito alle precedenti considerazioni in merito alla alternatività, nella compagine societaria, della partecipazione dell'EGA a quella totalitaria dei comuni, può essere opportuno tener conto anche del fatto che la partecipazione dell'EGA alla compagine societaria -a prescindere alla forma di affidamento individuabile dall'EGA (affidamento con gara a doppio oggetto a società pubblica mista/affidamento *in house* a società totalmente pubblica)- potrebbe essere letta come uno strumento atto a superare l'eventuale volontà di alcuni comuni a non partecipare alla società affidataria, pur partecipando all'EGA.

Indubbiamente non è sottovalutabile la situazione di stallo operativo che la mancata partecipazione - volontaria e totalitaria- dei comuni alla società individuata dall'EGA come affidataria comporterebbe nella fase di affidamento. Si ipotizza, però, che tale situazione potrebbe essere superabile riconoscendo la possibilità che l'EGA possa con propria delibera prevedere espressamente l'obbligo di adesione (mediante acquisizione della qualità di socio) alla società da parte dei comuni che alla data di approvazione della delibera che dispone l'affidamento non sono ancora parte della compagine societaria (cfr. TAR Piemonte n.857/2019).

In merito a Q2_E' coerente con l'assetto normativo vigente che la gara a doppio oggetto prevista per la società mista non sia bandita dall'EGA, tanto più se dotato di personalità giuridica?

La gara a doppio oggetto richiesta per la società mista ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista (cfr. art.17 d.lgs. 175/2016).

La competenza all'affidamento del contratto di appalto/concessione è, sulla base del dettato normativo vigente, indubbiamente riconducibile alle competenze proprie ed esclusive dell'EGA; maggiormente contestabile potrebbe esserne la titolarità a procedere alla procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato (soprattutto nell'ipotesi che la società pubblica non sia partecipata dall'EGA).

Si ritiene, peraltro, che la sottoscrizione/l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato sia funzionale all'affidamento del servizio e che, in virtù di questo nonché della partecipazione indiretta dei comuni all'EGA, possa ritenersi "attratta" dalla prevalente competenza dell'EGA in materia di affidamento qualunque altra competenza ipoteticamente interferente.

In alternativa (volendo tener comunque particolar conto della rilevanza delle partecipazioni societarie nell'assetto del "gruppo" comunale) si ritiene coerente con l'attuale assetto delle competenze il ricorso a delega all'EGA da parte del Comune, per gli aspetti eventualmente riconducibili alla propria competenza, o la attivazione di un "accordo" tra EGA/comuni con partecipazioni societarie. Ad ogni modo, pur tenendo conto delle istanze eventualmente rappresentabili dai comuni con riferimento alla gestione delle proprie partecipazioni societarie, si ritiene che, per coerenza con la normativa vigente, la gestione della gara a doppio oggetto dovrebbe mantenersi nella competenza dell'EGA.