



COMUNE DI JESI

Piazza Indipendenza, 1 60035 Jesi (AN) - www.comune.jesi.an.it

Tel. 0731 538 200/202/301 – Fax 0731 538 328 - C.F. e P.I. 00135880425

Il Sindaco

segreteria.sindaco@comune.jesi.an.it

Ai Comuni soci di ATA 2 Marche
LORO SEDI

e p.c. all'Assemblea Territoriale d'Ambito
ATA 2 Marche Ancona

OGGETTO: realizzazione di un impianto per il recupero dei rifiuti urbani biodegradabili – risposta ad osservazioni trasmesse da ATA in data 03.02.2020 in merito alla delibera consiliare n.118 del 3 agosto 2019

In riferimento al documento di sintesi, trasmesso a tutti i Comuni soci via PEC in data 03.02.2020, inerente gli aspetti giuridico-amministrativi dell'impianto in oggetto, in considerazione che al punto 6 dell'ordine del giorno dell'assemblea dei soci, convocata per il giorno 18 febbraio 2020, saranno illustrati i pareri trasmessi da ANAC e da AGCM aventi ad oggetto alcuni aspetti attinenti alla realizzazione e gestione dell'impianto tramite società mista, si trasmette in allegato alla presente le precisazioni di questo ente in merito ai contenuti della delibera consiliare n.118 del 3 agosto 2019 adottata dal Comune di Jesi.

Distinti saluti.

Jesi, lì 17.02.2020

Massimo Bacci
Sindaco di Jesi

Impianto biodigestore realizzato e gestito tramite società mista

Come già deliberato dal consiglio comunale con deliberazione n. 118 del 3 agosto 2019, tra le forme di realizzazione e gestione di un impianto per il recupero dei rifiuti urbani biodegradabili è legittima la modalità di gestione attraverso società mista. Tale forma di realizzazione e gestione è stata ritenuta legittima dal parere ANAC in conformità agli articoli 5, comma 9, del D. Lgs. 50/2016 e 17, comma 1, del D. Lgs. 175/2016.

La gara a doppio oggetto (individuazione del socio privato a cui cedere quota delle partecipazioni societarie con contestuale affidamento del contratto di appalto oggetto esclusivo dell'attività della società mista) dovrà essere gestita dall'ATA sulla base delle intese raggiunte in sede assembleare dai Comuni. Nella citata deliberazione n.118/2019 del C.C. di Jesi si riconosce all'ATA la competenza a bandire la gara a doppio oggetto, essendo noto a tutti che, secondo le previsioni degli articoli 198 e 202 del D. Lgs. 152/2006, vi è un'esclusiva competenza dell'Autorità d'Ambito. La proposta del Comune di Jesi è perfettamente in linea con la giurisprudenza nazionale e con il diritto comunitario ritenendo, attraverso tale modalità di affidamento del servizio, che tra i criteri di scelta del socio privato, oltre al capitale da quest'ultimo conferito, debbano rilevare le capacità tecniche del socio e le caratteristiche delle prestazioni da fornire per la gestione del servizio.

Il Comune di Jesi ha solo avanzato la proposta di farsi delegare da ATA le funzioni di stazione appaltante per l'affidamento dell'incarico delle fasi di progettazione dell'impianto. Si riporta di seguito lo stralcio della deliberazione consiliare n. 118 del 3 agosto 2019 e precisamente il punto 2 lettera g) del dispositivo della delibera che testualmente recita:

“ la stipula di accordo di partenariato pubblico-pubblico con cui l'ATA riconosca al Comune di Jesi le funzioni di stazione appaltante per la gara di affidamento dell'incarico delle diverse fasi di progettazione dell'impianto e la facoltà di nominare un proprio consulente che analizzi e verifichi in contraddittorio con i progettisti le scelte ed i contenuti delle diverse fasi di progettazione”.

Tale previsione, conforme alle disposizioni del D. Lgs. 50/2016 attraverso lo strumento del partenariato pubblico-pubblico (ATA – Comune), aveva l'obiettivo di assicurare al territorio del Comune di Jesi che fosse progettato il miglior impianto per le possibili implicazioni di natura ambientale.

Tale accordo avrebbe dovuto essere concordato e validato in seno all'assemblea di ATA.

Il percorso per arrivare ad un affidamento del servizio di trattamento della FORSU attraverso società mista presuppone i seguenti passaggi:

- Scelta condivisa a livello di Comuni aderenti all'ATA di costituire inizialmente una società pubblica per poi cedere una parte del capitale, non inferiore al 30%, mediante gara a doppio oggetto, per la scelta del socio privato che verrebbe a svolgere le funzioni di socio operativo per la realizzazione e gestione dell'impianto. La citata delibera consiliare n.118/2019 prevedeva la cessione del 51% del capitale sociale affinché il socio privato, unico garante dell'investimento effettuato, avesse un'autonomia operativa e gestionale piena. Nulla vieta che un privato possa valutare di sostenere un investimento anche con percentuali di quote societarie da acquisire inferiori, purché si immagina gli venga, comunque, garantito in sede di gara un'autonomia organizzativa ed un'adeguata governance della società nel pieno rispetto della normativa sopra citata.
- Accordo contestuale tra i Comuni con cui vengono definite le percentuali di adesione alla società, inizialmente 100% pubblica, e la quota da cedere al privato. In tale sede il Comune di Jesi ha ritenuto indispensabile possedere almeno il 25% del capitale con possibilità di riconoscere delle quote significative anche ad altri Comuni limitrofi all'area in cui dovrebbe essere realizzato l'impianto, se questi dovessero chiederlo. Vanno altresì definite le forme di governance della costituenda società (es. nomina dei componenti del consiglio di amministrazione, definizione dei quorum assembleari e nomina del collegio sindacale).

L'assemblea dell'ATA dovrà approvare il percorso con la scelta della modalità di realizzazione e gestione dell'impianto (società mista) e definire i rapporti tra il gestore unico del ciclo integrato dei rifiuti (in house) e la costituenda società mista in termini di quantitativi di FORSU che il gestore unico dovrà conferire all'impianto (2/3 o altra percentuale, atteso che AGCM ha stabilito che non può esserci un obbligo di conferimento di tutti i rifiuti ma che una parte va lasciata al libero mercato). A tal proposito occorre domandarsi come potrebbe mai essere autorizzato il conferimento a livello di ambito nell'impianto di Ostra atteso che si tratta di un impianto che opererebbe a mercato con capitale pubblico (non di tutti i soci ATA) – privato in cui non è stata svolta nessuna gara a doppio oggetto per la realizzazione e gestione dell'impianto. A tal fine si riporta il punto 2 lettera b) del dispositivo della delibera che testualmente recita:

“la qualificazione da parte di ATO 2 Ancona di tale procedura come necessaria per realizzare l'autosufficienza dell'ATA nello smaltimento dei rifiuti urbani in base all'art. 7.4, lett. b) LR 24/2009”.

- Proposta di partecipazione diretta dell'ATA alla costituenda società. Il Comune di Jesi, in conformità all'art.56 dello statuto dell'ATA (ved. pagina 9 del documento Conclusioni ATA), aveva previsto una partecipazione diretta dell'ATA nella società, che poi sarebbe divenuta mista, in qualità di soggetto pubblico aggregatore di diversi Comuni, per una semplificazione amministrativa in quanto l'ATA avrebbe rappresentato indirettamente tutti gli altri Comuni soci non aderenti direttamente, fermo restando che la partecipazione indiretta a tale società andrebbe comunque deliberata dai consigli comunali dei Comuni aderenti per effetto del combinato disposto degli articoli 5 e 7 del D. Lgs. 175/2016 (TUSP). L'affermazione che l'ATA non possa detenere o partecipare direttamente o indirettamente a società di capitali non risulta dalla lettura del parere dell'ANAC. Infatti, come riportato nella relazione dell'ATA, i diversi pareri legali acquisiti hanno ammesso tale possibilità, addirittura considerando ultronea la partecipazione al capitale societario di tutti i Comuni. ANAC, nel proprio parere, non ha mai affermato che ATA non possa partecipare a società di capitali.

La gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato garantisce il rispetto della concorrenza. Non c'è un conflitto di interessi di ATA in qualità di soggetto regolatore e soggetto gestore in quanto la partecipazione di ATA nella società è minima e nelle società di capitali il socio non può avere la gestione che è demandata esclusivamente all'organo amministrativo. Paradossalmente sarebbero fuorilegge tutte le aziende municipalizzate nelle quali i Comuni hanno una partecipazione ed in tal caso dovrebbero essere privatizzate tutte le società miste.

Il regolatore non è il gestore diretto che infatti è una società mista. C'è un'autonomia patrimoniale perfetta. Dato che una delle missioni istituzionali dell'ATA è proprio quella di individuare un sito per lo smaltimento dei rifiuti è possibile affermare che per l'ATA, partecipare al capitale di una società mista pubblico-privata che abbia lo scopo di costruire e gestire un biodigestore, rientra tra i suoi compiti istituzionali. Rientra tra i servizi ad interesse generale. Il TUSP parla sempre di amministrazioni pubbliche e non di enti locali. All'art.2 in cui si tratta di definizioni, il comma 1 lett.a) stabilisce che ai fini del presente decreto per amministrazioni pubbliche si intendono le amministrazioni di cui all'art.1, comma 2, del D. Lgs. 165/2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti ... Per tale ragione l'ATA rientra nel perimetro di applicazione del TUSP.

- Come illustrato nella scelta condivisa, il presupposto per partecipare al capitale di una società è comunque la delibera assembleare con cui i soci approvano tale scelta analogamente a quella di costituire una società solo partecipata dai Comuni, previa deliberazione dei rispettivi consigli comunali. A tal proposito occorre rammentare l'iter già seguito per l'acquisizione delle partecipazioni in CIR33 Servizi s.r.l. (delibere dei consigli comunali e delibere assembleari). La circostanza che ATA non faccia parte della compagine sociale alla luce di quanto sopra evidenziato comunque non costituisce un problema in ordine al percorso condiviso per la costituzione di una società mista, a

condizione che ci sia un accordo tra i Comuni aderenti e l'assemblea dell'ATA individuati come forma di realizzazione e gestione dell'impianto, la società mista stessa (sull'iter da seguire un importante spunto viene da una delibera ANAC n.1065 del 13.11.2019 in merito alla gestione del servizio integrato dei rifiuti dell'ATO Costa della provincia di Pisa, citata nello stesso parere ANAC rilasciato all'ATA).