

## **Deliberazione n. 86 Adunanza del 6 ottobre 2011**

Oggetto: Gestione impianto per il trattamento della frazione organica vegetale presente nei rifiuti urbani denominato "Compost Verde";

Stazione Appaltante: Comune di Staranzano (GO);

Segnalazione: Consigliere Comunale;

Riferimento normativo: Artt. 2 e 57 del D.Lgs 163/2006 - D.lgs. 152/2006 - art. 23 della L. n. 65/2005;

### **Il Consiglio**

Vista la normativa sopra richiamata

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Contratti

#### **I. Considerato in fatto**

E' pervenuta all'Autorità una segnalazione da parte di un Consigliere comunale Adriano Ritossa del Comune di Staranzano in merito all'affidamento alla Ditta SAGER della gestione dell'impianto denominato "Compost Verde" per il trattamento della frazione organica vegetale. In tale esposto venivano segnalate le numerose proroghe che il Comune ha concesso in seguito alla scadenza contrattuale del 10.04.2005, proroghe che, a parere dell'esponente, hanno procurato un danno sotto il profilo della concorrenza, non avendo il Comune proceduto ad effettuare una gara di appalto per l'affidamento del servizio in oggetto.

Il Comune di Staranzano, in merito alle contestazioni dell'esponente, ed alla richiesta dell'Autorità di delucidazioni sulla questione oggetto della segnalazione, ha risposto con una nota argomentando le proprie controdeduzioni.

Secondo quanto riportato nella documentazione inviata, il progetto per la realizzazione dell'impianto di compostaggio è stato approvato con deliberazione comunale n. 661 del 03.12.1991. L'importo complessivo, pari a Lire 601.700.000, è stato finanziato in parte dal Comune, in seguito ad un contributo regionale pari a Lire 390.000.000, e per la restante parte dalla ditta concessionaria.

L'importo anticipato dalla ditta doveva essere quindi recuperato nel periodo di durata della concessione, applicando una tariffa agli utenti per la lavorazione del materiale conferito all'impianto e incassando direttamente i proventi derivanti dalla vendita del compost prodotto.

Con la consegna dei lavori, avvenuta in data 02.08.1994, è iniziata a decorrere la concessione del "Servizio di raccolta separata e trasformazione della frazione vegetale dei rifiuti in compost verde tramite apposito impianto da realizzarsi nel Comune" a favore dell'ATI SAGER Srl - RISORSE BTA.

Nei dieci anni di gestione previsti dal contratto, prosegue il Comune, comprensivi del tempo necessario per la sua realizzazione, sono intervenuti diversi accadimenti che hanno riguardato il settore della raccolta dei rifiuti ed i servizi di raccolta differenziata; in particolare:

- è stato affidato nel 1997 alla ditta SAGER, in virtù di quanto previsto all'art.1 della Convenzione, il servizio comunale di raccolta differenziata della frazione umida presente nei rifiuti urbani, provvedendo a consegnare a tutti i nuclei familiari di Staranzano un kit per raccogliere tali materiali all'interno delle abitazioni, conferirli in appositi contenitori e portarli all'impianto per la sua trasformazione in compost;
- a partire da agosto 2001 è stato modificato il ciclo di lavorazione dell'impianto, senza interventi strutturali, con un aumento della sua potenzialità a circa 2500 tonn./anno;
- è stato effettuato un raddoppio strutturale della parte attiva dell'impianto che ha comportato, a partire da giugno 2002, un aumento delle potenzialità a circa 5000 tonn./anno;
- il servizio di raccolta, trasporto, trattamento, smaltimento riguardante il ciclo dei rifiuti, prima assegnato per settori di tipologia a diverse ditte, a far corso dal 2002, è stato affidato interamente ad una società pubblica partecipata dal Comune, che doveva provvedere anche alla raccolta ed al trattamento della frazione umida presente nei rifiuti urbani, che da quel momento non sono stati più conferiti all'impianto di compostaggio di Staranzano, ma ad altri impianti di proprietà o in uso della società partecipata;
- è stata realizzata, all'interno dell'area di pertinenza dell'impianto, una piattaforma per il trattamento delle ramaglie.

Tali eventi riguardanti il ciclo dei rifiuti hanno influito sulla reale potenzialità di trattamento dell'impianto e sulle quantità della frazione umida presente nei rifiuti urbani conferita allo stesso, su cui si basava il meccanismo di rientro degli importi anticipati dalla concessionaria in fase di costruzione. Pertanto, non sempre l'impianto è riuscito a lavorare al meglio delle sue capacità, sia a

causa della difficoltà di reperire adeguati quantitativi di materiale da trattare, dovuto ad una scarsa cultura sulla raccolta della frazione umida, sia per il fatto che sono stati realizzati altri piccoli impianti privati che hanno determinato una concorrenza sui prezzi. Oltretutto, la società partecipata dal Comune alla quale è stato affidato l'intero servizio inerente il ciclo dei rifiuti, ha costruito un proprio impianto di compostaggio di medie dimensioni presso il quale vengono conferiti gli scarti umidi di tutta la provincia di Gorizia.

Questo ha fatto sì che la ditta concessionaria abbia dovuto rivolgere la propria attenzione anche ad altri bacini extra-provinciali, al fine di reperire il materiale per mantenere, comunque, alimentato l'impianto.

Il Comune, prima della realizzazione dell'impianto da parte della società partecipata, ha inoltre posto in essere una trattativa, senza conseguire risultati, per il trasferimento della proprietà dell'impianto in argomento dal Comune alla partecipata stessa.

Il Comune di Staranzano, nel frattempo, ha richiesto alla ditta concessionaria la predisposizione di un piano finanziario di massima dove fosse evidenziato (sulla base della cifra anticipata in sede di costruzione e dell'effettiva produttività annua) l'andamento del processo di rientro del capitale anticipato. Dall'analisi di tale documento, risultava che la ditta concessionaria sarebbe potuta rientrare del capitale anticipato, presupponendo da quel momento in avanti, un completo sfruttamento della potenzialità impiantistica, nel mese di dicembre 2014.

Pertanto, all'approssimarsi della scadenza della convenzione (10.04.2005), il Comune con deliberazione n. 23 del 09.03.2005, ha provveduto ad una prima proroga della scadenza della convenzione, adducendo le seguenti motivazioni:

- che l'Amministrazione comunale non è in grado di gestire direttamente l'impianto suddetto, per cui sono in corso una serie di trattative sia con la Ditta Sager, attuale gestore dell'impianto, che con la Ditta Iris, alla quale l'Ente ha affidato fino al 31.12.2006 la gestione del servizio dei rifiuti, e che è intenzionata ad utilizzare l'impianto suddetto per conferire la frazione umida presente su gran parte del territorio provinciale;
- che nell'attesa dell'esito delle trattative suddette, che riguardano sia la futura gestione che la possibile alienazione dell'impianto, per non vanificare la raccolta differenziata, l'Amministrazione provvede a prorogare la convenzione per un ulteriore anno e quindi fino al 10.04.2006.

Tale proroga, avrebbe dovuto consentire al Comune di effettuare tutte le valutazioni necessarie in merito alla futura gestione dell'impianto.

Il Comune ha poi prorogato la concessione, adducendo le stesse motivazioni, altre due volte: la prima volta con la deliberazione n.37 del 15.03.2006 per un altro anno (scadenza al 10.04.2007) e la seconda volta con la deliberazione n. 27 del 14.03.2007 per ulteriori tre anni (scadenza al 10.04.2010).

Nel frattempo, con la deliberazione n.11 del 26.02.2010, è stato approvato il "piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari" contenente gli immobili non strumentali all'esercizio delle funzioni istituzionali del Comune suscettibili di valorizzazione ovvero dismissione. Tra questi figura anche l'impianto di trattamento rifiuti denominato "Compost Verde" per il quale viene prevista l'alienazione, previa effettuazione di una procedura di gara tra i vari soggetti potenzialmente interessati. Stante l'impossibilità strutturale del Comune di gestire direttamente l'impianto, ed al fine di evitare un suo fermo nell'attesa dello svolgimento della gara per la sua vendita, la convenzione è stata ulteriormente fino alla data del 10.04.2011.

Il Comune termina le sue controdeduzioni, dichiarando che le aspettative iniziali di poter far funzionare al meglio l'impianto realizzato, si sono scontrate con varie difficoltà (servizi comunali di raccolta carenti, poca volontà dei cittadini nel modificare le proprie abitudini per effettuare la differenziata, diffidenza degli operatori agricoli nell'acquisto di compost prodotto dai rifiuti, ecc.), che hanno determinato un lento avvio dell'iniziativa, non permettendo un veloce recupero dei fondi privati inizialmente investiti. I fatti e le considerazioni riportati nelle suddette controdeduzioni hanno contribuito a determinare un procedimento complesso e soggetto a numerose variabili, non sempre prevedibili e/o dipendenti dalla volontà delle parti, che hanno influito sulla durata del rapporto convenzionale, contribuendo alla concessione di numerose proroghe.

Sulla base della documentazione sopra riportata, l'Autorità ha ritenuto necessario chiedere ulteriori chiarimenti in merito all'affidamento a far corso dal 2002 alla società pubblica partecipata dal Comune e, in particolare, di conoscere il tipo di procedura adottata per l'affidamento stesso, la durata e la natura della società.

Con un'ulteriore nota la stazione appaltante ha quindi spiegato che nel 2002 ha affidato il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti e le varie raccolte differenziate alla società ENAM - Energia e Ambiente Multiservizi S.p.A., società multiservizi nata dall'accorpamento di diversi consorzi intercomunali nei quali il Comune di Staranzano partecipava insieme ad altri comuni limitrofi.

Nel 2003 la società ENAM si è fusa insieme ad altre realtà territoriali analoghe presenti nella provincia di Gorizia dando vita alla società IRIS - Isontina Reti Integrate e Servizi S.p.A.. Dall'esame della documentazione allegata dal Comune si evince che, almeno dal 2008, il servizio del ciclo dei rifiuti veniva affidato ad IRIS. In ogni caso, con la determinazione n. 72 del 16.02.2010 è stato disposto l'affidamento diretto a favore di IRIS della gestione del servizio inerente il ciclo dei rifiuti per l'anno 2010.

Nello stesso 2010, a seguito dell'applicazione delle varie norme di settore, IRIS ha creato una nuova azienda per la gestione dei servizi ambientali, la società AMBIENTE NEWCO s.r.l. a socio unico. A quest'ultima società il Comune di Staranzano ha affidato direttamente il servizio per la gestione del ciclo dei rifiuti per l'anno 2011. Nell'atto di indirizzo contenuto nella delibera della Giunta Comunale n. 30 del 02.03.2011 si legge che "pur sussistendo ancora tutte le condizioni per l'affidamento diretto della gestione del servizio [...] alla neo costituita AMBIENTE NEWCO s.r.l., sia necessario, nell'attesa di un più chiaro scenario sulle vicende societarie (completamento dell'operazione di vendita del settore gas ed energia, ricerca del socio operativo da parte della nuova società per la gestione del settore ambiente)" provvedere all'affidamento diretto alla AMBIENTE NEWCO s.r.l. per la gestione del servizio inerente il ciclo dei rifiuti per l'anno 2011.

## **II. Ritenuto in diritto**

Tenuto conto della documentazione presentata dall'esponente e dal Comune di Staranzano sulla questione in oggetto, si rileva quanto segue.

L'utilizzo dell'istituto della proroga non appare illimitato e discrezionale, poiché esistono dei limiti nell'esercizio di tale potere che non possono discostarsi dai principi generali e devono contenere specifica motivazione e indicazione delle norme cui derogano, in ragione della proporzionalità del provvedimento e della situazione oggettiva considerata.

Sulla questione in argomento si è espresso il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n.2882 dell'11.05.2009, che fornisce ampi chiarimenti in materia di proroghe contrattuali, ovvero "il codice dei contratti pubblici stabilisce che le circostanze di estrema urgenza adducibili a giustificazione di una procedura negoziata senza gara "non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti" (art. 57, secondo comma 2, lett. c). Ciò vuol dire che se una stazione appaltante non si dà un'adeguata programmazione e non decide per tempo come sostituire alla scadenza un rapporto di appalto, non per questo è autorizzata a procedere (a più riprese) alla procedura negoziata. Le proroghe in questione, oltre a violare il disposto dell'art. 23 della L. n. 65/2005, contraddicono al generale principio dell'evidenza pubblica, il cui rispetto è imposto anche dal dovere di preservare il diritto alla libera concorrenza, garantito a livello comunitario in materia di appalti pubblici.

L'art.23 della legge 62/2005 (legge comunitaria 2004), norma che abroga quelle clausole contrattuali che avevano previsto l'ammissibilità del rinnovo contrattuale, in conformità al regime previgente, stabilisce che "i contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".

In tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara. (Cons. di Stato n.3391 dell'8.07.2008). La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. (Parere 12 ottobre 2005, n. 3260/2005 - Sezione I).

La conseguenza è che la proroga è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), nei soli limitati ed eccezionali casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente.

Nel caso in specie, le diverse proroghe che si sono succedute dal 10.04.2005, data originaria della scadenza della convenzione, fino al 10.04.2011, hanno determinato il prolungarsi del rapporto contrattuale di sei anni, periodo durante il quale il Comune avrebbe potuto predisporre il bando per una nuova procedura concorsuale per l'individuazione di un nuovo gestore, senza dover ricorrere al suddetto istituto della proroga.

Oltretutto, le motivazioni espresse nelle diverse deliberazioni di Giunta adottate dal Comune al fine di prorogare la convenzione in oggetto, non sono sufficienti a giustificare il maggior tempo occorso per effettuare le giuste valutazioni in merito alla futura gestione dell'impianto. Non si ha riscontro nei documenti presentati neppure di quanto citato nelle deliberazioni suddette, ovvero delle

trattative poste in essere dal Comune con la Ditta Sager in merito alla futura gestione, alienazione o trasformazione dell'impianto in parola.

Neppure rileva il fatto che negli anni siano intervenuti diversi accadimenti che hanno rallentato il rientro economico dell'investimento privato dal momento che la peculiarità dell'istituto della concessione risiede proprio nell'alea economica che il concessionario si assume.

Ciononostante, l'Autorità ha riscontrato il rispetto del termine dell'ultima proroga a favore dell'ATI Sager-Risorse BTA (10.04.2011) e che l'impianto "compost verde" è al momento fermo, in attesa di valutazione per la sua dismissione.

In merito all'approfondimento richiesto sulla società partecipata dal Comune e sugli affidamenti in suo favore, sono state riscontrate le seguenti criticità.

La società AMBIENTE NEWCO s.r.l., attuale affidataria del servizio di gestione del ciclo dei rifiuti, è detenuta al 100% dalla società IRIS S.p.A..

Nella compagine azionaria di quest'ultima società, oltre al Comune di Staranzano che detiene una quota pari al 3,5%, e ad altri enti locali, sono presenti Equiter S.p.A. (8,3%), Fondazione Cassa di Risparmio di Gorizia (4,2%), Amga - Azienda Multiservizi S.p.A. (1,2%). La presenza ed il peso di soggetti privati all'interno della proprietà è disciplinato dall'art. 5 dello statuto della società dove si legge che "la quota di partecipazione degli Enti pubblici territoriali non potrà in ogni caso essere inferiore al 51% (cinquantuno per cento) del capitale sociale".

Risulta quindi evidente che le due società non possano qualificarsi come società in house difettando di almeno uno dei requisiti cardine (quello del "controllo analogo") elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Infatti per poter qualificare qualsiasi società come organismo in house di una determinata pubblica amministrazione è necessaria la ricorrenza di due elementi: il controllo analogo della seconda sulla prima e l'attività della prima prevalentemente svolta nei confronti della seconda.

Il c.d. "controllo analogo a quello svolto sui propri servizi", necessariamente esercitato dall'ente pubblico nei confronti dell'impresa affidataria si sostanzia infatti in alcuni precisi elementi, di seguito illustrati.

Condizioni dello stesso sono:

- a) il capitale sociale interamente posseduto dall'ente di appartenenza, anche se sono ammesse previsioni statutarie che consentano l'ingresso di partecipazioni private, la cui operatività va valutata in concreto, (CGCE 10 settembre 2009, causa C-573/07);
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito di esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale;
- c) l'impresa non deve aver acquisito, nella sostanza, una vocazione commerciale (sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - Mödling o Commissione c/ Austria);
- d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. di Stato, V sez., 8 gennaio 2007, n. 5).

Del resto l'impossibilità di qualificare la società IRIS S.p.A. come organismo in house emerge anche dagli atti dello stesso Comune. Nella delibera n. 57/2010, con la quale il Comune approva l'operazione societaria per la costruzione della società AMBIENTE NEWCO per la gestione del ramo ambiente di IRIS alla luce del nuovo quadro normativo dei servizi pubblici locali riconosce che "non sussistono i requisiti per l'affidamento diretto a società in-house previsti in via eccezionale e residuale dal legislatore" e che "IRIS può ottenere un affidamento in via diretta delle nuove concessioni relative ai servizi pubblici locali in materia ambientale soltanto a condizione che - contestualmente a tale affidamento - sia esperita una procedura ad evidenza pubblica per la selezione di un socio operativo al quale attribuire una partecipazione nel capitale sociale non inferiore al 40%". Inoltre "alla luce dell'attuale composizione dell'azionariato di IRIS [...] è necessario dismettere le attuali quote di partecipazione in IRIS che non appartengono a soggetti pubblici, per bandire la nuova procedura di selezione competitiva".

La società IRIS S.p.A. risulta quindi essere qualificabile non tanto come organismo in house quanto piuttosto come società mista (pubblico-privata) e, sotto questa veste, devono essere valutati gli affidamenti diretti ricevuti dal Comune di Staranzano ed eventuali altri affidamenti diretti ottenuti dagli altri Comuni proprietari di IRIS.

Se IRIS S.p.A. non può essere considerata società in house, tanto meno lo può essere la società AMBIENTE NEWCO, società controllata al 100% dalla prima.

L'affidamento diretto del servizio di gestione dei rifiuti a favore della società AMBIENTE NEWCO, risulta, quindi, contrario alle previsioni previste dal Codice dei contratti, dal momento che, relativamente ai servizi ed alle forniture, prevede la possibilità di affidamento diretto solo nelle limitate ipotesi di cui all'art. 57, comma 2 lett. b) (affidamento ad un operatore determinato, per ragioni di natura tecnica od artistica), e dell'art. 125, comma 11, secondo periodo (affidamenti di importo contenuto nei limiti di 20.000 euro, limite vigente al momento dell'affidamento in questione). Fattispecie tra le quali non rientra l'affidamento fatto in favore della AMBIENTE NEWCO, sia per la natura che per l'importo del servizio.

Sebbene non sia stato indicato dal Comune l'importo dell'affidamento per l'anno 2011, si presume infatti che tale cifra non possa essere molto dissimile da quella impegnata per l'anno 2010 a favore della società IRIS S.p.A., ovvero 895.000,00 euro (crf. Determinazione n. 72 del 16.02.2010 "Affidamento all'IRIS di Gorizia dello svolgimento del servizio di gestione del ciclo dei rifiuti per l'anno 2010").

In base a quanto sopra considerato,

### **Il Consiglio**

- Ritiene che, il ripetuto ricorso da parte del Comune di Staranzano agli istituti della proroga e del rinnovo, utilizzabili solo in via eccezionale, nella gestione dell'impianto denominato "Compost Verde" ha costituito una violazione dei principi di cui all'art. 2 del codice dei contratti pubblici ed in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza;
- Ritiene che, gli affidamenti diretti effettuati dal Comune alle Società IRIS S.p.A. e AMBIENTE NEWCO s.r.l. si pongono in violazione del principio dell'evidenza pubblica imposto dal diritto comunitario e dall'ordinamento interno.
- Invita il Comune di Staranzano a dare riscontro alla presente delibera entro trenta giorni dalla ricezione postale della stessa, rendendo note le eventuali iniziative assunte in autotutela;
- Dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Contratti perché comunichi la presente deliberazione al Comune di Staranzano e al segnalante, nonché al Nucleo di Polizia Tributaria di Gorizia, interessata ad acquisire le risultanze dell'istruttoria dell'Autorità.

Il Consigliere Relatore: Alfredo Meocci

Il Presidente supplente: Piero Calandra

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 ottobre 2011

Il Segretario: Rosetta Greco