



DELIBERA N. 801
Del 14 ottobre 2020

Fasc. Anac UVCS n. 2591/2019

Oggetto Affidamento diretto della gestione di impianto RSU del Comune di Peccioli alla società B. S.p.A.

Riferimenti normativi

art. 112, comma 1, art. 113, comma 5, lettera b) del d.lgs. n. 267/2000; art. 1 comma 2, art. 3 comma 26, art. 19 e art. 27 del d.lgs. n. 163/2006; d.lgs. n. 163/2006; art. 3 r.d. n. 2240/1923; art. 37 comma 1 r.d. n. 827/1924; art. 3, comma 1, lettera d), art. 4 e art. 213, comma 3 lett. a) del d.lgs. 50/2016; comma 2 dell'art. 23-bis del D.L. n. 122/2008; art. 17, comma 6, del d.lgs. n. 175 del 2016.

Parole chiave

Contratti attivi; servizi pubblici locali; organismo di diritto pubblico; società miste.

Visto

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;
Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi,

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 14 ottobre 2020

Delibera

Considerato in fatto

Con esposto acquisito al prot. n. 98709/2018 sono state segnalate presunte criticità relative all'affidamento diretto disposto dal Comune di Peccioli alla società B. s.p.a. - società a prevalente partecipazione del Comune di Peccioli, della gestione di un impianto RSU comunale, nonché rispetto a presunte altre attività parimenti affidate alla società in via diretta dal Comune.

Si è, peraltro, censurata l'inosservanza delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 da parte della soc. B. s.p.a. nell'attività di affidamento a terzi di contratti pubblici.

Ritenuto di dover approfondire la questione segnalata, è stata inoltrata apposita richiesta di informazioni alla società B. s.p.a. e al Comune di Peccioli (prot. n. 47361/2019), con specifica indicazione di voler fornire chiarimenti in ordine alle modalità di costituzione della società e alla relativa composizione azionaria (con particolare riguardo alle modalità di ingresso del socio privato nella compagine societaria), nonché di voler indicare i contratti attualmente in fase di

esecuzione e le rispettive modalità di affidamento, comprese le procedure seguite per l'affidamento di appalti a imprese terze da parte della B. s.p.a.

In riscontro alla citata richiesta di informazioni sono pervenute due note, rispettivamente dalla soc. B. s.p.a. e dal Comune di Peccioli, con allegata documentazione (prot. nn. 56611/2019 e 56686/2019). Il Comune di Peccioli (con nota prot. n. 56686/2019) si è limitato a condividere le informazioni già rese all'Autorità dalla soc. B. s.p.a.

Dalla documentazione pervenuta nella prima fase istruttoria è emerso quanto segue: la soc. B. s.p.a. (originariamente con il nome di Peccioli Servizi s.p.a.) è stata costituita il 21 aprile 1997 dal Comune di Peccioli e dalla società di G. e P. I. s.p.a., in conformità a quanto previsto dalla legge 29 marzo 1995 n. 95 e l'oggetto sociale consisteva ne *"la gestione di pubblici servizi municipali, in conformità alla legislazione vigente"*. A partire dall'anno 2000 sono state collocate sul mercato diverse quote del capitale sociale della B. s.p.a. e, conseguentemente, nel corso degli anni si è modificata la compagine societaria di natura privatistica. In data 22 aprile 2013 è stato modificato lo statuto della società prevedendo quale oggetto sociale *"la gestione di discariche e impianti di trattamento rifiuti compresa ogni attività direttamente o indirettamente connessa"* (art. 3 dello statuto).

Attualmente B. s.p.a. è una società per azioni a prevalente partecipazione del Comune di Peccioli (64%) e con partecipazione residuale del 36% di numerosi soci privati (circa 749).

In base alle informazioni ricavabili dal bilancio approvato nel giugno 2019 risulta che la società è strutturata in 7 settori operativi, in particolare: smaltimento rifiuti, produzione e vendita di energia elettrica da biogas, produzione e vendita di energia elettrica da fonti alternative, attività agricola, gestione del parcheggio comunale e incubatore di imprese, gestione dell'impianto di trattamento rifiuti e attività immobiliare.

Per quanto riguarda i contratti attualmente in corso tra la B. s.p.a. ed il Comune di Peccioli si segnala il contratto del 17 dicembre 2018 con cui il Comune ha affidato, in via diretta, la gestione del parcheggio multipiano sito a Peccioli in via Mazzini verso il canone annuo di 15.000,00 euro per il periodo 1 gennaio 2019- 31 dicembre 2020.

Relativamente, invece, ai contratti recentemente conclusi, dagli atti risulta che nel dicembre 2019 è scaduto il contratto stipulato il 6 novembre 2017 con il quale il Comune ha affidato in via diretta alla B. s.p.a. l'uso degli edifici denominati *"incubatori di imprese"*, posti a Peccioli in via Boccioni nn. 1 e 2 verso il canone annuo di 20.000,00 euro; parimenti scaduta (in data 1 gennaio 2019) risulta la convenzione conclusa il 10 aprile 2014 con la quale da una parte il Comune si è assunto l'obbligo di gestione *post mortem* della discarica di proprietà di B. s.p.a. e ha concesso in uso a detta società i terreni su cui insistono gli impianti di trattamento del percolato e le turbine di cogenerazione realizzate da B. s.p.a. e poste a indissolubile servizio dei suoi impianti produttivi e dall'altra parte la B. s.p.a. si è impegnata, a titolo di corrispettivo, a versare una quota percentuale dei ricavi conseguiti con l'esercizio della discarica, nonché ad eseguire alcune attività quali la manutenzione delle aree verdi, spazzamento stradale, trattamento dei rifiuti solidi urbani, fornitura di energia termica alla loc. Legoli.

In ordine alle modalità di affidamento di appalti da parte della Soc. B., nei riscontri sopra richiamati si precisa che la B. assegna a terzi con affidamento diretto contratti di servizi, manutenzione e consulenza, previo accertamento delle migliori condizioni di offerta. L'esternalizzazione di contratti operata dalla B., pertanto, è apparsa del tutto estranea alle garanzie concorrenziali previste per le procedure di evidenza pubblica.

Preso atto delle prime risultanze documentali e in attuazione di quanto deliberato nell'Adunanza consiliare del 29.7.2020, l'Autorità ha contestato, mediante comunicazione di avvio del procedimento prot. 63124 del 25.8.2020, indirizzata sia al Comune di Peccioli sia alla società mista B. S.p.A., l'affidamento diretto del servizio, nonché l'esternalizzazione da parte di quest'ultima di appalti mediante affidamento diretto a terzi, stante la riscontrata assenza di filtri di evidenza pubblica a monte, per le ragioni approfonditamente illustrate nei *considerata* in diritto della presente delibera.

In replica alla comunicazione di avvio del procedimento è pervenuta una memoria di controdeduzioni del Comune di Peccioli, acquisita al prot. n. 70057 del 24.9.2020, sottoscritta anche dal Legale rappresentante della Soc. B., nella quale vengono fornite giustificazioni incentrate sull'inquadramento giuridico del contratto stipulato il 10.4.2014 con la società B, qualificato dal committente non come *"concessione di servizi pubblici"*, bensì in termini di *"locazione di terreni"* appartenenti al patrimonio disponibile del Comune.



Tale diverso inquadramento giuridico, ad avviso dell'Ente, implicherebbe la legittimità sia dell'affidamento diretto, rectius locazione di fondi, a suo tempo formalizzato con la B. S.p.A., sia dell'esternalizzazione a terzi di appalti in via diretta, senza gara, da parte della medesima B.

Più in dettaglio, nella memoria prot. 70057/2020 viene eccepita l'erroneità dei presupposti di partenza assunti dall'Autorità a fondamento della comunicazione di avvio del procedimento.

Stando ai rilievi comunali da ultimo pervenuti, infatti, l'ANAC ha contestato l'affidamento «*in via diretta alla B. s.p.a. della gestione dell'impianto di RSU da parte del Comune di Peccioli*» nella ritenuta violazione dell'art. 23 bis, comma 2, del d.l. 112/2008 che consente il «*conferimento della gestione dei servizi pubblici locali*» a «*società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento*».

Su tale presupposto, ossia del conferimento alla B. s.p.a. della gestione di un servizio pubblico locale, l'Autorità avrebbe altresì individuato ulteriori anomalie nell'operato di detta società per ciò che attiene alla «*esternalizzazione di appalti mediante affidamento diretto a terzi, stante la riscontrata assenza di filtri di evidenza pubblica a monte*».

Nell'assunto del Comune e della B., l'ipotesi prospettata dall'Autorità non sarebbe congruente con la fattispecie in esame, in quanto il contratto del 10 aprile 2014, denominato «*convenzione tra Comune di Peccioli e B. s.p.a.*» ha per oggetto:

- a) la concessione dal Comune alla società de «*l'uso dei terreni sui quali insistono gli impianti di trattamento del percolato e le turbine di cogenerazione poste a servizio degli impianti produttivi di B., individuati al catasto terreni del Comune di Peccioli al foglio 20 particella 256*»;
- b) l'assunzione, da parte del Comune, de «*la responsabilità della gestione dell'intero impianto a decorrere dal momento in cui si sarà esaurita la capacità ricettiva della discarica di Legoli (c.d. gestione post mortem), comprensiva di tutti gli ampliamenti succedutisi nel tempo*».

Sul punto viene inoltre evidenziato che alla data della convenzione in parola la discarica di rifiuti insisteva su terreni di proprietà della B. s.p.a., attigui ai terreni (di proprietà del Comune) sui quali erano precedentemente esercitate le discariche ormai esauritesi e perciò chiuse (ossia le discariche c.d. "Legoli 1" e "Legoli 2"), ciò in virtù dell'autorizzazione rilasciata a detta società dalla Provincia di Pisa, giusta determinazione dirigenziale n. 2857 del 20 giugno 2012.

Sul terreno di proprietà del Comune erano alloggiati gli impianti di proprietà della B. s.p.a. di stoccaggio e depurazione del percolato, di cogenerazione di energia elettrica e di aspirazione del biogas.

Tali impianti sono «*posti a servizio degli impianti produttivi di B.*», ossia a servizio della discarica; infatti l'impianto di stoccaggio e depurazione del percolato serve a trattare il percolato prodotto dalla discarica, mentre gli impianti di aspirazione del biogas e di cogenerazione sopra descritti servono a recuperare il biogas dalla discarica per poi smaltirlo valorizzandolo sotto forma di energia termica ed elettrica.

Pertanto, il Comune è proprietario dei terreni sui quali insistono gli impianti di trattamento del percolato e le turbine di cogenerazione al servizio degli impianti produttivi della B. s.p.a. La concessione operata dal Comune ha ad oggetto solo l'uso dei terreni di sua proprietà, rappresentati al catasto fabbricati nel foglio 20 con la particella n. 265.

A fronte degli obblighi assunti dal Comune (quello di concedere in uso del terreno sopra meglio individuato e di assumere a proprio carico la gestione *post mortem* delle discariche di Legoli), la B. s.p.a. si è obbligata a versare il corrispettivo determinato nella medesima convenzione.

Alla luce delle circostanze che precedono, come riferite nella citata memoria comunale da ultimo acquisita al prot. 70057/2020, il committente conclude che il contratto in questione non ha per oggetto l'affidamento di un servizio ma la concessione del diritto di godimento di un bene immobile, ossia il terreno con annessi fabbricati rappresentato nel catasto dei fabbricati del Comune di Peccioli nel foglio 20 con la particella 265. Nel caso di specie, infatti, l'oggetto dell'affidamento non sarebbe un servizio avente ad oggetto la produzione di beni e attività (cfr. art. 112, comma 1, d.lgs. n. 267/2000), ma il godimento di un terreno appartenente al patrimonio disponibile del Comune, destinato a

soddisfare le esigenze industriali della B. s.p.a., che opera nel mercato concorrenziale secondo criteri di economicità e redditività e con assunzione del rischio di impresa.

Come sopra anticipato, il contratto in questione sarebbe riconducibile al tipo legale della locazione, coerentemente con la definizione di cui all'art. 1571 c.c., posto che con esso il Comune si è obbligato a far godere alla B. s.p.a. un immobile per un dato tempo verso un corrispettivo determinato.

Alla qualificazione che precede conseguirebbe che il contratto concluso nell'anno 2014 (anche perché attivo e non passivo, comportando un'entrata anziché una spesa per il Comune) non soggiaceva alla disciplina del d.lgs. n. 163/2006 giusta gli artt. 19, lett. a) e 27.

Stando, pertanto, alla linea difensiva prospettata nella memoria prot. 70057/2020, la procedura di affidamento del predetto contratto del 10.4.2014 sarebbe legittima, non avendo ad oggetto un servizio pubblico, con la conseguenza che nessuna illegittimità riflessa potrebbe configurarsi con riguardo ai contratti di appalto, collegati e strumentali al primo, affidati dalla B. s.p.a.

Infine, per quanto riguarda la gestione del parcheggio comunale multipiano e dell'incubatore di imprese, che l'Autorità ha ritenuto estranee alla predetta modalità operativa d'impresa (nel mercato concorrenziale), nella memoria prot. 70057/2020 si precisa che la B. s.p.a. ne ha curato e ne cura lo svolgimento con organizzazione e personale propri, limitandosi ad acquisire da terzi servizi e prodotti di importo ampiamente inferiore alla soglia di € 40.000,00 (contratti di somministrazione di acqua, energia elettrica e gas, spese per le attività di manutenzione e pulizia degli edifici e degli impianti tecnologici, quali ascensori, impianto elettrico e rete informatica, ecc.).

Considerato in diritto

Esaminati gli atti del fascicolo e in particolare la memoria da ultimo pervenuta al prot. 70057 del 24.9.2020, corredata da documenti, l'Autorità ritiene la persistenza di alcune irregolarità riconducibili alla gestione in oggetto, e pertanto propone di definire il presente procedimento mediante delibera ai sensi dell'art. 19, comma 1, del regolamento, per le ragioni che seguono.

Dalla valutazione delle informazioni e dei documenti acquisiti nella prima fase istruttoria, successiva alla richiesta di informazioni, erano emerse alcune criticità nell'affidamento e nella gestione del servizio in oggetto.

L'affidamento in via diretta alla B. s.p.a., infatti, concernente la gestione dell'impianto di RSU di Peccioli è vicenda risalente nel tempo. Nel 1997 il Comune ha costituito la citata società con il preciso intento di affidarvi sia la gestione dell'impianto di smaltimento rifiuti denominato Legoli 2, sia la gestione dell'impianto a turbina per la produzione di energia elettrica alimentato dal biogas prodotto dalla discarica. Tale precisa volontà è stata cristallizzata mediante sottoscrizione, in data 4 luglio 1997, di apposita convenzione.

Nel corso degli anni, la suddetta convenzione è stata più volte sostituita e modificata: in data 27 ottobre 2000 è stata sottoscritta una nuova convenzione, con la quale il Comune ha confermato l'affidamento a B. s.p.a. della gestione della discarica e dell'impianto di produzione di energia elettrica ma, al contempo, ha affidato alla B. s.p.a. altri servizi, quali il servizio di spazzamento delle aree pubbliche scoperte, la manutenzione delle aree verdi e la fornitura di energia termica da impiegare in favore degli abitanti della frazione di Legoli. Il 23 dicembre 2003 le parti hanno concluso una nuova convenzione (in sostituzione di quella del 2000) il cui contenuto è stato modificato con riferimento alla sola percentuale di fatturato dovuto a titolo di corrispettivo dalla B. s.p.a. al Comune. Nell'anno 2005 in ragione dell'imminente esaurimento della discarica Legoli 2 è stato realizzato un ampliamento dell'impianto, dando vita alla discarica Legoli 3 e i relativi investimenti sono stati sostenuti dalla B. s.p.a.

In ordine cronologico, l'ultima convenzione che risulta conclusa è quella del 10 aprile 2014 con la quale da una parte il Comune si è assunto l'obbligo di gestione *post mortem* della discarica di proprietà di B. s.p.a. e ha concesso in uso a detta società i terreni su cui insistono gli impianti di trattamento del percolato e le turbine di cogenerazione realizzate da B. s.p.a., mentre la B. s.p.a. si è impegnata, a titolo di corrispettivo, a versare una quota percentuale dei ricavi conseguiti con l'esercizio della discarica, nonché ad eseguire alcune attività quali la manutenzione delle aree verdi,



spazzamento stradale, trattamento dei rifiuti solidi urbani, in via temporanea, ossia fino a quando tali attività non saranno affidate al gestore unico dell'ATO Toscana Costa.

Con il supplemento istruttorio espletato tramite comunicazione di avvio del procedimento contenente formali contestazioni motivate dalle risultanze istruttorie (prot. 63124 del 25.8.2020), sia il Comune sia la Soc. B. hanno compiutamente controdedotto con memoria pervenuta al prot. 70057 del 24.9.2020, ribaltando la qualificazione giuridica del contratto stipulato nel 2014. Secondo tale nuova impostazione il rapporto tra le parti dovrebbe configurarsi non quale concessione di servizi, soggetta come tale alla normativa del d.lgs. 50/2016, bensì in termini di locazione di terreni di proprietà comunale, destinati all'uso di discarica e trattamento RSU, sui quali insistono impianti di proprietà della B. S.p.A. in rapporto di "servitù industriale" con i detti terreni.

Al riguardo, da un esame delle prestazioni e controprestazioni dedotte in contratto, incentrato su un criterio che valorizza la sostanza sulla forma, sebbene non possa disconoscersi che il negozio in argomento presenti peculiarità proprie della locazione, deve tuttavia pervenirsi alla conclusione che il profilo della "gestione del servizio pubblico" sembra prevalere inequivocabilmente sulle caratteristiche della locazione, rendendo recessiva ogni argomentazione difensiva da ultimo prodotta nel presente procedimento con la citata memoria prot. 70057/2020.

Ed infatti, l'intero impianto contrattuale si fonda sul fine pubblico che l'Ente intende realizzare, consistente nella gestione dell'impianto RSU.

Ad ogni modo, se pur si aderisse alle tesi comunali e del gestore, secondo cui i rapporti intercorrenti tra essi sarebbero regolati da un contratto di locazione, come tale sottratto alla disciplina di matrice pubblicistica, e qualificabile come "contratto attivo" e non passivo, perché comportante un'entrata anziché una spesa per il Comune, anche in tal caso si paleserebbero anomalie.

Con recente delibera n. 272 del 3 aprile 2019, l'Autorità ha rinnovato l'orientamento in tema di affidamento di contratti cd. "attivi", sostenendo che questi sono assoggettati ai principi generali delle norme sulla contabilità di Stato e del Codice dei contratti pubblici.

Infatti già nel r.d. n. 2240/1923 (Nuove disposizioni sull'Amministrazione del Patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato) all'art. 3 si stabilisce che «I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata». Anche nel regolamento di Contabilità Generale dello Stato (r.d. n. 827/1924) si stabilisce che «Tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti» (art. 37 co. 1).

Tali principi risultano consolidati nell'ordinamento e sono posti a presidio dei principi di libertà, di concorrenza, trasparenza, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

L'art. 4 del d.lgs. 50/2016 ad oggi prevede che *«l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica»*.

L'inserimento in forma esplicita della locuzione "contratti attivi" tra quelli esclusi dall'ambito di applicazione del codice nell'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016 è avvenuto ad opera dal decreto correttivo al codice dei contratti, il d.lgs. n. 56/2017, pubblicato nella GURI del 5 maggio 2017 ed è entrato in vigore il 20 maggio 2017. Comunque anche in precedenza era pacifica l'applicabilità anche ai contratti attivi dei principi generali, quali ad esempio trasparenza, pubblicità ed imparzialità.

Infatti, con il parere n. 855 del 1 aprile 2016, reso sullo schema del codice dei contratti pubblici, il Consiglio di Stato aveva espresso l'auspicio che in futuro il codice degli appalti potesse diventare il codice dei contratti pubblici tout court, compresi quelli "attivi" ancora regolati dalla legislazione di contabilità di Stato, ma non disciplinati dal codice, mancando un principio espresso di delega in tale senso.

Allo stesso modo con il parere n. 782 del 30 marzo 2017, relativo allo schema delle disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il Consiglio di Stato per quanto riguarda l'art. 4 del d.lgs.

50/2016, si è espresso evidenziando che «Per tali contratti attivi non si dubita che, oltre a doversi rispettare eventuali specifiche regole contenute nella legislazione di contabilità di Stato e nelle discipline settoriali, vanno rispettati i principi generali di tutela della concorrenza e parità di trattamento. L'art. 1, lett. n), della legge delega pone tra i criteri direttivi quello della individuazione dei "contratti esclusi" dall'ambito di applicazione del codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione. Il principio di delega è stato già interpretato, dal codice, nel senso che oltre a individuarsi i contratti esclusi, vada per essi dettato un "nucleo minimo" di "principi" applicabili, e a tanto provvede l'art. 4 del codice. Non vi è dubbio che i "contratti attivi" rientrino tra i contratti esclusi».

L'orientamento del Consiglio di Stato sopra evidenziato è stato successivamente recepito dal parere della Commissione Speciale del Consiglio n. 1241/2018 del 10 maggio 2018, che ha interpretato l'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, confermando che ai contratti attivi, in particolare i contratti di alienazione e di locazione stipulati dalla p.a. nella qualità di locatore, si applicano i principi generali di pubblicità e concorrenza. Il relativo iter procedimentale va perciò improntato quantomeno al rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Occorre fare riferimento, inoltre, alla giurisprudenza del Consiglio di Stato che in fattispecie simili a quelle oggetto di istruttoria ha affermato come i principi in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, d'imparzialità e di trasparenza, si applicano anche a materie diverse dagli appalti, essendo sufficiente che si tratti di attività suscettibile di apprezzamento in termini economici, cioè un'occasione di guadagno per i soggetti operanti sul mercato.

Si tratta in particolare delle pronunce in tema di concessioni su beni pubblici economicamente contendibili, che possono essere affidate a privati solo all'esito di una procedura comparativa ad evidenza pubblica (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5; Cons. Stato., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3642; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145; Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2016, n. 4911, Cons. Stato., sez. VI, 31 gennaio 2017 n. 394).

In tema di criteri di assegnazione degli spazi pubblicitari, il giudice amministrativo ha ribadito la necessità, da parte della pubblica amministrazione, di sottoporre a procedure pubbliche e trasparenti ogni tipo di attribuzione di vantaggi economici a privati. Essendovi potenzialmente più soggetti interessati all'utilizzo del bene, l'amministrazione non può che indire una procedura di selezione che preveda un'adeguata pubblicità all'avvio ed allo svolgimento del procedimento, in modo da garantire l'imparzialità e la trasparenza (TAR Lombardia, Milano, sent. n. 1871 del 17.10.2017).

Anche la Corte di Giustizia UE, in tema di compatibilità con il diritto comunitario delle proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime di tipo balneare per finalità turistico ricreative, ha sottolineato come anche in questo caso è necessario sottoporre l'aggiudicazione a procedure di selezione che assicurino l'imparzialità, la trasparenza e la pubblicità, così attuando in questo settore il principio di libera concorrenza (Corte Giustizia UE, sez. V, 14.7.2016 in Cause riunite C- 458/2014 e C67/2015).

Ne consegue che anche nella disattesa ipotesi che il contratto in esame possa configurarsi come contratto di locazione, quindi "escluso", ai sensi dell'art. 213, comma 3, lett. a) d.lgs. 50/ 2016 l'Anac svolgerebbe comunque funzione di vigilanza sui contratti in questione per quanto di propria competenza, in ordine al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, come richiamati all'art. 4 del d.lgs. n. 50/ 2016.

Alla luce di quanto ricostruito risulta che la gestione diretta dell'impianto di RSU concessa alla B. s.p.a. tramite apposita convenzione, sebbene possa ritenersi conforme alla normativa di riferimento relativamente al momento originario in cui è stata concessa (1997), deve essere considerata, ad oggi, alla stregua di un qualsiasi affidamento diretto disposto in assenza delle condizioni previste dalla vigente normativa di riferimento. Infatti, la natura giuridica della soc. B. s.p.a. - società mista a prevalente partecipazione pubblica, non esime il Comune di Peccioli dall'affidare la gestione di un impianto comunale ad operatore economico selezionato tramite procedura ad evidenza pubblica, ancor più in presenza di un affidamento dal valore superiore alle soglie previste dal d.lgs. 50/2016 per poter procedere con affidamenti diretti: la stessa B. s.p.a. ha comunicato che la sola gestione dell'impianto di trattamento rifiuti ha inciso, sul risultato operativo complessivo dell'ultimo esercizio nel valore di € 3.200.000,00 circa (40,84%).

Al contempo, però, non può non tenersi conto del fatto che la citata convenzione, è recentemente venuta a scadenza (nel dicembre 2019); per la prosecuzione della gestione in oggetto il Comune è pertanto sollecitato ad attenersi alle disposizioni vigenti.

Dovendo contestualizzare *ratione temporis* la presente disamina alla disciplina vigente nel 2014, anno di conclusione dell'ultima convenzione stipulata tra il Comune e la Soc. B. (10 aprile 2014), giova richiamare a riguardo un parere sulla normativa reso sull'argomento dall'ANAC il 21.5.2014 (rif. AG 28/14), nel quale è stato ribadito un orientamento consolidato secondo cui il legislatore nazionale, con il D.L. 25 settembre 2009 n. 135, convertito con modifiche dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, ha sostituito il comma 2 dell'art. 23-bis del D.L. n. 122/2008 annoverando tra le modalità ordinarie di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, l'affidamento *"a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica che abbiano ad oggetto la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, e che al socio venga attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento"* e, quindi, qualificandola formalmente quale procedimento ad evidenza pubblica (cfr. già C. di Stato, parere n. 456/2007; Comunicazione della Commissione europea del 5 febbraio 2008). L'affidamento "diretto" del servizio alla società mista, inclusa la società mista affidataria di servizi pubblici locali, è conforme ai principi comunitari di concorrenza e *par condicio* nei limiti in cui il servizio stesso è oggetto di confronto concorrenziale nella procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato, ovvero, nei limiti in cui è *"messo a gara"*, mentre ogni affidamento ulteriore rispetto a quanto previsto nell'originaria procedura ad evidenza pubblica deve essere oggetto di una nuova procedura di gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824)¹.

Ne deriva che, stante il mancato affidamento della convenzione in esame tramite gara di evidenza pubblica e preso atto del mancato espletamento a monte della cd. gara a "doppio oggetto", deve escludersi l'ammissibilità di una gestione affidata in assenza delle garanzie procedurali e concorrenziali previste per le procedure di evidenza pubblica.

Parimenti è a dirsi anche nell'ipotesi in cui si volesse inquadrare il contratto *de quo* nella fattispecie della locazione di beni immobili, stante anche in tal caso l'assenza di procedure di scelta del contraente improntate al rispetto dei principi sopra richiamati di *par condicio*, d'imparzialità e di trasparenza.

Per quanto attiene, invece, agli affidamenti diretti disposti dal Comune alla B. s.p.a. relativi alla gestione del parcheggio multipiano sito a Peccioli (contratto attualmente in corso) e all'uso degli edifici denominati "incubatori di imprese", posti a Peccioli in via Boccioni (contratto già scaduto), non si ravvisano rispetto ad essi significative anomalie e, pertanto, si ritiene di soprassedere dal procedere con ulteriori iniziative istruttorie, considerato l'esiguo valore contrattuale (rispettivamente di € 15.000,00 e di € 20.000,00 annui) che legittima la stazione appaltante a ricorrere all'affidamento diretto.

Per quanto riguarda, infine, gli affidamenti diretti disposti in favore di terzi dalla Soc. B., occorre distinguere gli affidamenti correlati e strumentali all'espletamento dei servizi contemplati dalla convenzione del 2014 da quelli estranei alla stessa e quindi riconducibili agli ordinari schemi che disciplinano l'affidamento di appalti da parte di società a partecipazione mista pubblico/privata.

Per quanto riguarda i primi, il collegamento funzionale che li lega alle prestazioni della convenzione fa sì che essi non possano giustificarsi autonomamente e, pertanto, in quanto sprovvisti di un valido titolo contrattuale, essendo la

¹ Cfr. altresì Deliberazione ANAC n. 22 del 06/06/2014, nella quale si afferma che le modalità di affidamento dei Servizi Pubblici Locali sono disciplinate dalla normativa dell'Unione europea e dai principi comunitari di *par condicio*, economicità, trasparenza e pubblicità, ai sensi dell'art. 34, commi 20-27, del D.L. 179/2012, convertito in legge n. 221/2012. Conseguentemente, poiché le uniche modalità legittime di affidamento dei SS.PP.LL. sono le procedure di gara previste dalle disposizioni comunitarie e dal D. Lgs. n. 163/2006 e le ipotesi di legittima esclusione dall'applicazione della citata normativa sono costituite dagli affidamenti diretti a società c.d. in house, gli affidamenti diretti dei servizi pubblici locali di un Comune a una società pubblica possono essere considerati legittimi - in assenza di gara - solamente ove si verifichi appunto la fattispecie dell'in house providing.

convenzione inficiata da vizi della fase genetica del rapporto per violazione delle richiamate procedure di evidenza pubblica, questi si rivelano non conformi alla normativa di settore.

Relativamente, invece, agli appalti affidati a terzi dalla B. s.p.a., pur senza il rispetto delle procedure di evidenza pubblica, deve preliminarmente farsi una riflessione sulla natura giuridica della società.

Nella memoria acquisita al prot. n. 56611 del 12.7.2019, condivisa *in toto* dal Comune, la B. s.p.a. precisa di operare nel mercato concorrenziale esclusivamente secondo criteri di economicità e redditività, con assunzione del rischio di impresa nel perseguimento dell'utile da distribuire fra i propri soci e senza usufruire di trasferimenti economici dal socio pubblico. Esclude da tale modalità operativa d'impresa la sola gestione del parcheggio comunale e incubatore di imprese.

Le caratteristiche societarie, pertanto, non appaiono riconducibili alla natura di organismo di diritto pubblico, come declinato nei parametri di cui all'art. 3, comma 1, lettera d), del d.lgs. n. 50 del 2016, immutati peraltro rispetto alla disciplina previgente (art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163/2006), quali:

1) finalizzazione specifica dell'avvenuta istituzione dell'organismo di diritto pubblico per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

2) possesso di personalità giuridica (senza distinzioni fra natura pubblica o privata della stessa);

3) attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri, dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

L'attuale normativa (art. 17, comma 6, del d.lgs. n. 175 del 2016) dispone che, qualora le società miste non siano qualificabili come organismi di diritto pubblico, sono escluse dall'applicazione del codice degli appalti (d.lgs. n. 50 del 2016) qualora ricorrano tre condizioni:

a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;

b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;

c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Tuttavia, come sopra anticipato, l'indagine deve essere contestualizzata *ratione temporis* all'anno 2014.

La B. rientra nella categoria delle società miste a capitale pubblico-privato per le quali il socio privato non è stato selezionato con gara di evidenza pubblica connessa all'affidamento del servizio (cd. gara a doppio oggetto).

Si tratta, pertanto, di una forma di partenariato pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici dove il capitale pubblico e l'attività espletata dalla società vale a connotare gli affidamenti in termini pubblicistici.

Il previgente art. 113, comma 5, lettera b), del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, abrogato dall'art. 12, comma 1, del d.P.R. n. 168 del 2010, prevedeva che la gestione del servizio potesse aver luogo a mezzo di società a capitale misto pubblico privato, ove il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica.

Il principio di matrice comunitaria secondo cui l'esternalizzazione a terzi di un servizio pubblico impone il previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica comporta che anche prima della riforma operata con d.lgs. n. 175 del 2016 l'affidamento di appalti a terzi da parte di società miste presupponesse il filtro della gara pubblica. Ed infatti, l'allora vigente art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva che *"nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica"*.

In assenza di tali forme concorrenziali, pertanto, deve escludersi la conformità degli affidamenti disposti dalla B. alle norme di settore.

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- 1.- l'affidamento diretto della gestione del servizio in oggetto alla società mista B. s.p.a. non risulta conforme alle disposizioni vigenti in materia, stante la riscontrata assenza di filtri di evidenza pubblica a monte, nei limiti e per le argomentazioni di cui in motivazione;
- 2.- l'esternalizzazione di appalti mediante affidamento diretto a terzi operata dalla B. s.p.a. presenta significative criticità per le ragioni e nei limiti di cui in motivazione;
- 3.- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera al Comune di Peccioli in persona del Sindaco p.t. e del responsabile del procedimento, nonché alla B. s.p.a. in persona del Legale rappresentante p.t., ed infine all'Ufficio Vigilanza Lavori dell'Autorità.

Il Presidente

Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 ottobre 2020

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente