

## **AS1560 - COMUNE DI FERMO (FM) - AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DEL SERVIZIO INTEGRATO DI IGIENE URBANA NELL'ATO4-FERMO**

Roma, 31 dicembre 2018

Sindaco del Comune di Fermo

L'Autorità, nella sua riunione del 20 novembre 2018, ha ritenuto di svolgere le seguenti considerazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990, su una serie di quesiti sottoposti dal Sindaco del Comune di Fermo in merito alla legittimità della partecipazione di una società comunale all'eventuale gara che l'Autorità d'ambito - ATA4 decidesse di indire per l'aggiudicazione della gestione del servizio integrato di igiene urbana nell'ATO4-Fermo che comprende il territorio dei quaranta comuni dell'omonima Provincia, tra cui il Comune di Fermo.

Si osserva preliminarmente che codesta Amministrazione precisa di essere il socio unico della società Fermo Ambiente Servizi Impianti Tecnologici Energia Surl (di seguito anche ASITE o la Società), attuale gestore *in house* del servizio di igiene ambientale<sup>1</sup> nel territorio del Comune di Fermo nonché di altri servizi quali la gestione delle mense scolastiche, del verde pubblico e di servizi minori. La Società, inoltre, gestisce in concessione le reti gas del Comune di Fermo e il servizio di distribuzione del gas naturale, in attesa delle gare previste dalla normativa di settore.

In secondo luogo, si osserva che l'ATA4, competente anche per l'affidamento della gestione del servizio integrato dei rifiuti per il territorio dell'ATO4 si è formalmente insediata lo scorso 10 ottobre 2018 ed è, come previsto dalla normativa regionale di settore, partecipata obbligatoriamente dai Comuni e dalla Provincia ricadenti nell'ATO4 nonchè costituita dai Sindaci dei Comuni e dal Presidente della Provincia ricadenti nell'ATO<sup>2</sup>.

In considerazione, quindi, dell'insediamento dell'ATA4, il Comune di Fermo ha richiesto all'Autorità un parere, articolato nei seguenti quesiti consequenziali, in merito alla legittimità della partecipazione di ASITE alla gara pubblica che l'ATA 4 decidesse di indire per l'affidamento del servizio integrato di igiene urbana nell'ATO4-Fermo:

*i. se la società affidataria diretta può partecipare alla prima gara del servizio pubblico, quale gestore uscente, atteso che tale principio è previsto per legge unicamente per il servizio pubblico di distribuzione del gas, mentre per gli altri servizi pubblici locali la norma, che lo consentiva, era contenuta nell'articolo 23-bis, comma 9, del D.L. n. 112/2008, a oggi abrogata;*

*ii. se il mantenimento degli altri servizi pubblici, ricevuti in affidamento diretto, possa essere pregiudizievole alla partecipazione alla gara del servizio di igiene ambientale, nel senso di preconstituire un indebito vantaggio competitivo ovvero una alterazione delle regole concorrenziali, che possano indurre alla esclusione dalla selezione, come sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa in vigenza dell'articolo 23-bis, comma 9, del D.L. n. 112/2008;*

*iii. se sia rispettoso del principio di tutela della concorrenza partecipare alla gara, dichiarando che in caso di aggiudicazione del servizio di igiene ambientale, la società ASITE si impegna, ora per allora, a dismettere la gestione degli altri servizi gestiti in house nei termini e con le condizioni previste dall'articolo 16, comma 5, del D.lgs n. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica);*

*iv. se la società, gestore uscente del servizio di igiene ambientale e qualora venga data risposta positiva alle soluzioni ipotizzate ai punti precedenti, deve scegliere gli altri partners per formare l'aggregazione per partecipare alla gara, con forme di evidenza pubblica applicando i principi enunciati all'articolo 5, ultimo comma, del Codice dei Contratti Pubblici.*

In merito al primo quesito appare dirimente considerare l'incidenza sulla problematica sollevata dell'evoluzione del quadro normativo nazionale di riferimento intervenuta a seguito dell'abrogazione referendaria dell'articolo 23-bis del D.L. n. 112/2008<sup>3</sup> e della declaratoria di incostituzionalità dell'articolo 4 del D.L. 138/2011<sup>4</sup>; quest'ultima, travolgendo

<sup>1</sup> [All'ASITE sono stati, precisamente, assegnati i seguenti servizi ambientali: raccolta dei rifiuti solidi urbani; gestione del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani; gestione del Centro Integrato di Gestione dei Rifiuti Urbani (CIGRU); servizio di spazzamento stradale e servizio di pulizia della spiaggia (cfr. sito internet: <http://www.asiteonline.it/index.php/azienda/chi-siamo/>).]

<sup>2</sup> [La normativa della gestione dei rifiuti nel territorio della Regione Marche è prevista dalla L.R. n. 24/2009, recante "Disciplina regionale in materia di gestione integrata dei rifiuti e bonifica dei siti inquinati", da ultimo modificata dalla L.R. 25 ottobre 2011, n. 18, recante "Attribuzione delle funzioni in materia di servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e modifiche alla legge regionale 12 ottobre 2009, n. 24". L'art. 7 della L.R. n. 24/2009 e s.m.i. stabilisce, in particolare, che le funzioni già esercitate dalle Autorità d'Ambito siano svolte dall'Assemblea Territoriale d'Ambito (ATA) alla quale partecipano obbligatoriamente i Comuni e la Provincia ricadenti in ciascun ATO ed è costituita, pertanto, dai Sindaci dei Comuni e dal Presidente della Provincia ricadenti nell'ATO. La stessa L.R. n. 24/2009 e s.m.i. ha previsto che gli Ambiti per la gestione dei rifiuti coincidano con il territorio di ciascuna Provincia e, pertanto, nella Regione Marche sono cinque in corrispondenza con le Province di Pesaro e Urbino (ATO1); di Ancona (ATO2), di Macerata (ATO3), di (ATO4) e Ascoli Piceno (ATO5).]

<sup>3</sup> [Decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 e recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria".]

la deroga in favore delle società quotate in borsa rispetto al principio generale di esclusione delle società affidatarie dirette di servizi dalla partecipazione alle gare pubbliche ha, altresì, comportato il venir meno anche del divieto generale, contestualmente previsto, di partecipazione alle gare pubbliche per le società affidatarie dirette.

Del pari, un divieto espresso e generalizzato di partecipazione a gare pubbliche per l'affidamento di un servizio pubblico a carico di imprese che hanno conseguito affidamenti diretti non trova fondamento neppure nella disciplina comunitaria. L'Autorità ritiene, quindi, che a seguito dei richiamati interventi ablativi sia venuto meno ogni fondamento giuridico al divieto, per le imprese titolari di affidamenti diretti in ambito nazionale o europeo, di partecipare a gare pubbliche per l'affidamento di altro servizio pubblico di interesse economico generale, quale il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani.

L'Autorità, per completezza, rileva, infine, che nell'ordinamento interno un divieto generale per le società affidatarie dirette di un servizio pubblico di partecipare a una gara per l'affidamento di altro servizio pubblico non possa derivare neppure dall'articolo 13 del D.L. n. 223/2006<sup>5</sup>. Tale disposizione, infatti, è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa in senso restrittivo, confinandone l'applicazione alle sole società c.d. strumentali, vale a dire a società costituite o partecipate da amministrazioni per la produzione di beni e servizi strumentali alla loro attività escludendone, di conseguenza, la sua applicazione al settore dei servizi pubblici locali<sup>6</sup>.

In conclusione, l'Autorità, condividendo quanto peraltro già espresso sul punto dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP ora Autorità Nazionale Anticorruzione-ANAC) nel parere n. 42/2013<sup>7</sup>, ritiene che non sussistano motivi ostativi alla partecipazione di ASITE, a titolo individuale o in RTI, alla gara che l'ATA intendesse bandire per l'affidamento del servizio integrato di igiene urbana per il territorio dell'intero ATO4, in cui rientra anche il territorio del Comune istante.

In merito al secondo e al terzo quesito, inerenti entrambi al potenziale effetto del mantenimento da parte di ASITE degli affidamenti diretti di cui è attuale titolare<sup>8</sup> sul corretto svolgimento del confronto competitivo in sede di gara, si osserva, preliminarmente, che l'Autorità competente a vigilare sul corretto svolgimento delle gare pubbliche, anche attraverso il rilascio di pareri, è l'ANAC.

In questa sede pertanto l'Autorità, fermo quanto già risposto in ordine al primo quesito, si limita solo a richiamare l'attenzione del Comune di Fermo sulla necessità di valutare se l'eventuale aggiudicazione della gara in questione possa pregiudicare la persistenza dell'insieme dei requisiti cumulativi di legittimità dell'*in house providing* con riferimento agli affidamenti diretti in essere, avendo, in particolare, riguardo al requisito della c.d. attività prevalente che impone alle società *in house* di svolgere oltre l'80% della propria attività in favore dell'Amministrazione affidataria del servizio<sup>9</sup>.

In relazione, infine, all'ultimo quesito posto dal Comune di Fermo, l'Autorità osserva che esso non appare conferente rispetto alla problematica relativa alla legittimità o meno della partecipazione di ASITE all'eventuale gara per affidamento del servizio integrato di igiene urbana per l'ATO4 in RTI con altri operatori. La norma richiamata si riferisce, infatti, alla diversa ipotesi di affidamento diretto di un servizio di interesse economico generale a una società mista pubblico-privata: questo modello di affidamento - alternativo alla gara e all'*in house providing* - impone, infatti, all'Amministrazione/stazione appaltante di indire un'unica gara per l'individuazione del socio e per il contestuale affidamento del servizio.

In risposta al quesito in esame, si rileva, pertanto, che la disposizione richiamata non ha alcuna attinenza rispetto al problema della legittimità o meno della partecipazione di ASITE in RTI all'eventuale gara pubblica per l'aggiudicazione della gestione del servizio integrato di igiene urbana nell'ATO4-Fermo, in relazione al quale si rinvia, pertanto, alle argomentazioni e conclusioni svolte in merito alla liceità della partecipazione - in forma individuale o in raggruppamento - di una società pubblica, già titolare di affidamenti *in house*, a una gara per l'aggiudicazione della gestione di altro servizio di interesse economico generale.

---

<sup>4</sup> [Decreto-Legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con la legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148 recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo". L'art. 4, rubricato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea" è stato dichiarato incostituzionale, con sentenza n. 199/2012.]

<sup>5</sup> [Decreto-Legge 4 luglio 2006, convertito con legge 4 agosto 2006, n. 248, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale" (c.d. Decreto Bersani).]

<sup>6</sup> [Vd. C. Stato, Sez. V, n. 4346/2009].]

<sup>7</sup> [Parere n. 42 del 27 marzo 2013, consultabile sul sito internet istituzionale dell'ANAC <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/>.]

<sup>8</sup> [Vale a dire, la gestione dei parcheggi pubblici a pagamento, delle mense scolastiche, del verde pubblico e di servizi minori.]

<sup>9</sup> [Vd. art. 16, comma 3, D.lgs n. 175/2016, c.d. T.U. sulle partecipate pubbliche e art. 5, comma 1, lett. a) del D.lgs. n. 50/2016 c.d. Codice degli appalti.]

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/1990, salvo che non vengano rappresentate, entro trenta giorni dal ricevimento della presente comunicazione, eventuali ragioni ostantive alla pubblicazione.

IL PRESIDENTE *f.f.*  
*Gabriella Muscolo*