

COMUNE DI CASTEL FRENTANO

Provincia di Chieti

C.so Roma 25 – TEL. 0872/55931 – FAX 0872/5593220 – Cod. Fisc. e Part. IVA 00253170690

Relazione illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti per l'affidamento *in house* dei servizi di manutenzione verde pubblico (ex art. 34, comma 20, del D.L. n. 179 del 18/10/2012 convertito, con modificazioni, dalla L. n. 221 del 17/12/2012 n.) e 192 del D.Lgs. n. 50/2016.

INFORMAZIONI DI SINTESI	
Oggetto dell'affidamento	Affidamento in capo alla ECO.LAN SpA, ai sensi dell'art.2, comma 2, lett. g), dello Statuto sociale dei servizi di manutenzione verde pubblico.
Ente affidante	Comune di Castel Frentano Provincia di Chieti Regione Abruzzo
Tipo di affidamento	Contratto di servizio
Modalità di affidamento	Affidamento diretto a società in house
Durata dell'affidamento
Nuovo affidamento	La relazione riguarda un nuovo affidamento (ex D.L. 179/2012 art. 34 comma 20).
Territorio interessato dal servizio da affidare:	Il servizio oggetto dell'affidamento interessa il singolo Comune di Castel Frentano

Soggetto responsabile della compilazione	Arch. Pian. Terr.le Claudio Esposito
Data di redazione	07.05.2020

1. PREMESSA

La presente relazione è stata elaborata relativamente alla gestione del servizio di manutenzione verde pubblico nel Comune di **CASTELFRENTANO**, che assume il ruolo di ente affidante, e persegue l'obiettivo di dimostrare che l'affidamento diretto dello stesso, in *house providing* in favore della società partecipata "ECO.LAN S.p.a.", con sede in Lanciano, assicura il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, la economicità della gestione. Inoltre, essa deve garantire adeguata informazione alla collettività.

SEZIONE "A"

2. NORMATIVA DI RIFERIMENTO

La materia dei servizi pubblici locali, è stata nell'ultimo decennio oggetto di un'intensa attività normativa e di numerose modifiche e resa più complessa dall'avvicinarsi di un'abrogazione referendaria e un pronunciamento di illegittimità costituzionale.

L'art. 112 del D. Lgs. n. 267/2000, di fatto, non contiene alcuna definizione di tale istituto giuridico, limitandosi a rilevare che i servizi pubblici locali devono avere "per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

La genericità della norma si spiega con la circostanza che gli enti locali sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 T.U.E.L.), nel senso che hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni e di servizi siano assunte come doverose, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 T.U.E.L.), in relazione ai differenti contesti socio-economici e territoriali.

Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di prendere in carico il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della comunità, in linea con il ricordato principio che gli enti locali rappresentano le proprie comunità, ne curano gli interessi e ne promuovono lo sviluppo.

La distinzione fra servizi pubblici locali aventi rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica, introdotta dal D.L. 30/09/2003, n. 269, convertito dalla L. 24/12/2003 n. 350, che ha modificato gli articoli 113 e 113/bis (di cui è stata dichiarata l'illegittimità incostituzionale con Sentenza Corte Costituzionale n. 272/04) del D. Lgs. 267/2000, non è corredata da un'espressa e precisa individuazione delle due fattispecie giuridiche, rendendo, così, necessario il ricorso alle definizioni che ne hanno dato la dottrina e la giurisprudenza.

E' opportuno considerare che nel "Libro Verde sui servizi di interesse generale", presentato il 21/05/2003 dalla Commissione delle Comunità Europee, si afferma che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, così da rendere impossibile la fissazione a priori di un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura "non economica".

Secondo la costante giurisprudenza comunitaria è compito del giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche all'eventuale finanziamento pubblico della stessa (Corte di Giustizia Europea, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Occorre far ricorso, dunque, ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la sua disciplina normativa. (*Parere Corte dei Conti Lombardia n. 195/2009: Cons. di Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072; TAR Puglia 24/2012; Consiglio di Stato, Sezione V, 10 settembre 2010 n. 6529*).

Si afferma che sono classificabili come servizi a rilevanza economica tutti quei servizi pubblici locali assunti dall'ente laddove la tariffa richiedibile all'utente sia potenzialmente in grado di coprire integralmente i costi di gestione e

di creare un utile di impresa che non deve essere di modesta entità.

Quindi, la qualificazione di un servizio pubblico a rilevanza economica è correlata alla astratta potenzialità di produrre un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore (Cons. Stato, sentenza n. 5097/2009, Cons. Stato sez. V, sentenza 23/10/2012 n. 5409) e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività oggetto del servizio.

L'affidamento *in house* è una modalità di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica per mezzo della quale la pubblica amministrazione acquisisce gli stessi attingendo all'interno della propria compagine organizzativa, senza ricorrere a terzi tramite gara e, dunque, al mercato.

E' pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che l'organismo "*in house*" di un'amministrazione pubblica corrisponda alla figura che, seppur soggettivamente distinta, presenta caratteristiche tali da poterla qualificare come derivazione o "*longa manus*" di quest'ultima, ossia come figura incaricata di una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni, secondo un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione inter-organica (Cons. Stato Ad. Plenaria 03/03/2008).

E' un istituto di origine pretoria, delineato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee che, investita di numerose questioni pregiudiziali, ha specificato progressivamente i criteri in base ai quali si può considerare legittimo l'affidamento diretto di appalti e servizi pubblici.

Il modello "*in house*", come sopra delineato, è circoscritto ai casi di sussistenza delle seguenti condizioni:

- Che la società sia a capitale totalmente pubblico;
- Che sia esercitato sulla società un controllo analogo a quello che la p.a. esercita sulle proprie strutture e servizi;
- Che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

I parametri essenziali per il modulo "*in house providing*" sono stati definiti, in modo significativo, dalla Corte di Giustizia CE con la sentenza 8 novembre 1999 sulla causa C-107/1998 tra Teckal S.r.l. e Comune di Viano, nota come "sentenza Teckal", con cui detta Corte ha escluso l'obbligatorietà dell'avvio di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, quando:

- L'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi (elemento strutturale del rapporto *in house*);
- Il soggetto aggiudicatario svolga la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza (elemento funzionale del rapporto *in house*).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sistematicamente recepita dalla giurisprudenza amministrativa costituzionale e amministrativa nazionale) ha modulato i vari profili operativi e funzionali caratterizzanti sia il c.d. "controllo analogo" sia la c.d. "attività prevalente", stabilendo i requisiti affinché possano sussistere tali elementi nel rapporto tra ente affidante e soggetto affidatario nel modello "*in house*". Sui vari aspetti costituenti requisiti per l'affidamento *in house* si è registrata un'evoluzione delle regole comunitarie (come per la partecipazione privata di modesta entità), a seguito dell'emanazione delle direttive n. 2014/23/24/25/UE del 26/04/2014, recepite nella legislazione italiana con il D. Lgs. n. 50/2014, come in appresso indicato.

Nel diritto interno dette direttive sono state recepite dal D.Lgs. 18/04/2016 n. 50 che ha introdotto diverse novità in tema di affidamenti diretti.

L'art. 5 del decreto, recependo i presupposti elaborati nel corso degli anni dalla giurisprudenza comunitaria in materia di affidamenti diretti e i principi contenuti nelle citate Direttive, prevede che le concessioni o gli appalti pubblici, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientrano nell'ambito di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici quando sono soddisfatte tutte (contemporaneamente) le seguenti condizioni:

- Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi: ai sensi del comma 2 dell'art. 5 sussiste "controllo analogo" qualora l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore eserciti sulla persona giuridica affidataria "*in house*" un'influenza determinante, sia sugli obiettivi strategici, che sulle

decisioni significative. Il “controllo analogo” può essere anche esercitato da una persona giuridica diversa dall’amministrazione aggiudicatrice, a sua volta controllata da quest’ultima (il c.d. “controllo analogo indiretto”);

- Oltre l’80% dell’attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da un ente aggiudicatore, nonché da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice; ai sensi del comma 7, per determinare tale percentuale, deve essere fatto riferimento, di norma, al fatturato totale medio per i tre anni precedenti l’aggiudicazione dell’appalto o della concessione. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell’attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull’attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell’attività, che la misura dell’attività è credibile;
- Nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata. E’ una previsione innovativa contenuta nelle direttive del 2014, che in futuro dovrebbe permettere alle società “in house” di allargare la compagine sociale anche a soggetti privati che, tuttavia, al fine di non pregiudicare la legittimità degli affidamenti, potranno ricoprire solo il ruolo di meri soci finanziatori, senza alcuna ingerenza nelle scelte strategiche e gestionali.

Tutti e tre i suddetti requisiti, già più volte affermati dalla giurisprudenza comunitaria a partire dalla famosa sentenza Teckal del 18/11/1999, trovano adesso espressa previsione in una specifica norma di diritto interno.

I commi 4 e 5 dell’art. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici prevedono che il controllo analogo sussiste anche quando le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano tale controllo in forma congiunta.

Secondo il nuovo Codice dei contratti pubblici si ha “controllo congiunto” quanto vengono soddisfatte contemporaneamente le seguenti condizioni:

- gli organi decisionali della persona giuridica controllata (beneficiaria dell’affidamento diretto) sono composti dai rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti al suo capitale. Tuttavia, è previsto che i singoli rappresentanti possano rappresentare anche varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;
- le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano congiuntamente un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica;
- la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, all’art. 192, prevede anche l’istituzione presso l’ANAC dell’elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società “in house”. L’iscrizione in tale elenco dovrà avvenire secondo le modalità e i criteri che verranno definiti dall’ANAC e consentirà di procedere mediante affidamenti diretti dei contratti.

Lo stesso articolo 192 stabilisce che, ai fini del legittimo affidamento di un contratto con modalità “in house”, avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti dovranno effettuare preventivamente una valutazione della congruità economica dell’offerta formulata del soggetto “in house”, avendo riguardo all’oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

In merito alla posizione della giurisprudenza sulla legittimità di avvalersi dell’ in house per affidare un servizio pubblico locale di rilevanza economica, è ormai consolidato in materia l’orientamento secondo cui l’affidamento

diretto, in house - lungi dal configurarsi come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, in house (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineati per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti (Cons. St., sez. V, 30/09/2013, n. 4832; sez. VI, 11/02/2013 n. 762, sez. V, 10/09/2014 n. 4599, Sez. V, sent., 22/01/2015, n. 257, sez. V 12.5.2016 n. 1900, Tar Lombardia-sez. Brescia, sent. 17/05/2016 n. 691).

Da ultimo, in materia di affidamento in house, rilevano le disposizioni contenute nel Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, adottato con D. Lgs. 175/2016.

Il c.d. Decreto Partecipate definisce innanzitutto le società in house come società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto (art. 2, comma 1, lett. o).

La nozione di controllo analogo congiunto è definita mediante rinvio all'art. 5, comma 5, del D. Lgs. 50/2016.

L'art. 4 comma 4 indica poi le attività, rispondenti ad un interesse pubblico, che possono essere svolte dalle società in house: - produzione di un servizio di interesse generale; - progettazione e realizzazione di un'opera pubblica, nelle forme dell'art. 193 del Codice dei Contratti; - autoproduzione di beni e servizi strumentali; - servizi di committenza.

In tutti i casi, la disposizione prescrive che tali società operino in via prevalente con gli enti costituenti, partecipanti o affidanti.

Infine, l'art. 16, interamente dedicato alle società in house, ribadisce che le società domestiche ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano il controllo analogo congiunto, a condizione che non vi sia partecipazione di capitali privati, salva la deroga già prevista nel D. Lgs. 50/2016 (sicché la partecipazione di capitali privati prescritta da norme di legge, che non implichi controllo o potere di veto né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società, è fenomeno compatibile con l'in house providing).

La disposizione precisa poi le modalità attraverso le quali può realizzarsi l'assetto organizzativo rappresentato dal c.d. controllo analogo (art. 16 comma 2).

A tale fine, è ammessa sia la previsione di deroghe alle disposizioni dell'art. 2380 bis Codice Civile (norma che attribuisce agli amministratori la gestione generale ed esclusiva dell'impresa); sia (anche) la sottoscrizione di patti parasociali, anche di durata superiore a cinque anni.

Per quanto riguarda il requisito dell'attività prevalente, il comma 3 dell'art. 16 prescrive che gli statuti delle società in house debbano prevedere che oltre l'80% del fatturato sia effettuato nello svolgimento di compiti affidati dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore sia consentita solo a condizione che permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

La norma precisa che il superamento del predetto limite costituisce grave irregolarità sanabile con le modalità di cui ai commi 5 e 6.

SEZIONE "B"

3. MODALITA' DI AFFIDAMENTO PRESCELTA

Per la gestione del servizio di manutenzione verde pubblico, il Comune di **CASTELFRENTANO** intende optare per l'affidamento in house providing alla Società Eco.Lan Spa.

A tal fine, occorre verificare la sussistenza, in concreto, di tutti i requisiti previsti dall'ordinamento europeo e nazionale, ai quali si è fatto riferimento nella Sezione A che precede.

Su tali condizioni ci si soffermerà, pertanto, qui di seguito.

*

1. La partecipazione pubblica totalitaria.

La prima condizione posta dall'ordinamento riguarda la composizione del capitale sociale.

Eco.Lan Spa è società a capitale interamente pubblico, operante nel settore della gestione del ciclo dei rifiuti, attualmente partecipata da 58 Comuni della Provincia di Chieti oltre che dall'Unione Comuni del Sinello.

Il vigente Statuto della Società approvato dall'assemblea straordinaria dei Soci nella seduta del 30 novembre 2018, garantisce il permanere della condizione in parola, prevedendo che:

- è vietata la partecipazione di capitali privati alla Società (art. 1, comma 4);
- il capitale sociale può essere sottoscritto e posseduto esclusivamente da Enti locali (art. 5, comma 1);
- fatto salvo il diritto di prelazione degli Enti Locali soci, le azioni, le obbligazioni convertibili e i diritti di

opzione sono trasferibili solo ad Enti Locali soci o ad altri Enti Locali, compresi negli ambiti territoriali ottimali della Regione Abruzzo.

*

Conclusioni sulla partecipazione totalitaria

Tenuto conto degli elementi che precedono, risulta che Eco.Lan Spa è interamente partecipata da capitali pubblici e non risulta ammesso l'ingresso di capitali privati.

2. Il c.d. controllo analogo.

La seconda condizione posta dall'ordinamento riguarda la sussistenza del c.d. controllo analogo, anche congiunto, di ciascuna delle amministrazioni affidanti.

Il Comune di **Castel Frentano** è socio di Eco.Lan Spa, con una partecipazione corrispondente al 2,527 % del capitale sociale. In aggiunta ai diritti derivanti dalla qualità di socio, lo Statuto della Società garantisce a ciascun Ente locale socio, che si avvalga di Eco.Lan Spa per lo svolgimento del servizio, adeguati strumenti per l'esercizio del c.d. controllo analogo sulla Società.

Le previsioni a tal fine contenute nello Statuto sono molteplici e consentono l'esercizio di prerogative assai rilevanti, essenzialmente riconducibili ai seguenti tre macro-ambiti:

- a. un primo ambito comprende le disposizioni che regolano la presenza, all'interno degli organi decisionali, di rappresentanti dei soci affidanti, in conformità all'art. 5, comma 5, lett. a) del D. Lgs. 50/2016.

Lo Statuto riserva ai soci affidanti la designazione della maggioranza dei componenti del Consiglio di Amministrazione (art. 25) e del Collegio Sindacale (art. 34); per entrambi gli organi, la riserva di designazione include anche la figura del Presidente.

Il menzionato potere di designazione trova conferma nelle prerogative del Comitato unitario per l'esercizio del controllo analogo di cui all'art. 11 dello Statuto (su cui si tornerà appresso: lett. b che segue).

Le menzionate previsioni statutarie sono completate dal Regolamento societario per l'esercizio del controllo analogo, il quale assicura che i membri dei due organi la cui designazione è riservata ai soci affidanti rappresentino tutti i soci affidanti.

A tale fine, l'art. 5 del suddetto Regolamento prevede che i membri del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale sono indicati da assemblee separate di soci affidanti rappresentati nel Comitato unitario, raggruppati in ragione della popolazione di riferimento, con maggioranze particolarmente qualificate e indipendenti dalla quota di capitale rappresentato.

Il Presidente è indicato dal *plenum* degli Enti locali rappresentati nel Comitato unitario, con maggioranze qualificate.

- b. un secondo ambito include le clausole dello Statuto in deroga all'art. 2380 *bis* Codice Civile, in conformità

all'art. 16, comma 2, lett. a) del D. Lgs. 175/2016.

Tali previsioni sono numerose e particolarmente incisive.

Innanzitutto, gli obiettivi strategici e le decisioni più significative della Società sono sottratti alla competenza esclusiva del Consiglio di Amministrazione e sono sottoposti ad approvazione o, in alternativa, ad autorizzazione dell'Assemblea dei soci e/o degli organismi per l'esercizio del controllo analogo (articoli 13, 28, 36, 37, 38, 39 dello Statuto).

Così, in particolare, sono inderogabilmente sottoposti alla approvazione dell'Assemblea ordinaria, previa autorizzazione del Comitato unitario:- il Piano Programma della Società di cui all'art. 37 dello Statuto, comprensivo del piano degli investimenti programmati; - il Bilancio Pluriennale della Società di cui all'art. 38 dello Statuto; - il Bilancio Preventivo Annuale di cui all'art. 39 dello Statuto.

Ancora, sono inderogabilmente sottoposti alla autorizzazione dell'Assemblea ordinaria, su parere conforme e vincolante del Comitato unitario, i seguenti atti del CDA: - acquisti e alienazioni di immobili e di impianti; -acquisti ed alienazioni di aziende e di rami di azienda e di partecipazioni societarie di valore superiore allo 0,2% del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio approvato, non già previsti nella relazione previsionale e programmatica; - operazioni, di qualsiasi tipo e natura, che comportino un impegno finanziario di valore superiore al 10% (dieci per cento) del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio approvato, non già previsti Bilancio di previsione triennale e/o nel Piano Programma; - costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare; - fusione nei casi previsti dagli artt. 2505 e 2505-bis c.c.; - nomina degli organi di vigilanza qualora la Società adotti un modello organizzativo ai sensi del D.Lgs. 231/2001; - linee guida per la formazione della dotazione organica, per l'organizzazione ed il trattamento del personale della Società.

Sono sottoposti all'approvazione dell'Assemblea, previa autorizzazione del competente Comitato tecnico, i seguenti atti del CDA: - linee guida per la formulazione delle tariffe e dei prezzi dei servizi erogati, quando non soggetti a vincoli di legge o fissati dalle Autorità eventualmente preposte; - carta dei servizi e schema dei contratti per la gestione dei servizi erogati, quando non soggetti a vincoli di legge o fissati dalle Autorità eventualmente preposte; - tariffe e prezzi per la fruizione di beni e servizi, salvo quanto di competenza di altri enti o Autorità preposte.

Inoltre, nell'ottica di incrementare le prerogative dei soci che si avvalgano di Eco.Lan Spa per lo svolgimento di servizi, con correlativa riduzione delle competenze del CDA, lo Statuto prevede la costituzione di appositi organismi per l'esercizio del controllo analogo, ai quali partecipano di diritto tutti, e solo, i soci che si avvalgano di Eco.Lan Spa per lo svolgimento di servizi. Tali organismi sono: il Comitato unitario per il controllo analogo, di cui all'art. 11 dello Statuto; e i Comitati tecnici di controllo, di cui all'art. 12 dello Statuto.

Essi hanno composizione diversa e consentono ai soci l'esercizio di un controllo analogo congiunto ma differenziato in ragione dei servizi affidati.

In dettaglio, secondo l'art. 11 dello Statuto, il Comitato unitario è formato da un rappresentante per ogni socio affidante i servizi del ciclo integrato dei rifiuti (c.d. Divisione "A"), individuato nella persona del Sindaco dell'Ente Locale socio, o di un suo delegato. A tale organismo sono attribuite funzioni consultive, di indirizzo e decisionali ai fini dell'esercizio del controllo analogo sui servizi del ciclo integrato dei rifiuti (Divisione "A") ed in particolare: - designa i rappresentanti dei soci affidanti in seno al Consiglio di Amministrazione della Società, ivi incluso il Presidente, e ne dispone la revoca nei casi indicati dallo Statuto; - designa i rappresentanti dei soci affidanti in seno al Collegio Sindacale della Società, ivi incluso il Presidente, e ne dispone la revoca nei casi indicati dallo Statuto; - detta gli indirizzi per la nomina dell'eventuale Direttore Generale della società; - autorizza l'adozione, da parte del Consiglio di Amministrazione, del bilancio di esercizio, del piano programma, del bilancio economico di previsione pluriennale, del bilancio economico di previsione annuale e del rendiconto consuntivo annuale, con potere di valutazione di tutte le questioni comunque relative ai servizi del ciclo integrale dei rifiuti; - esprime parere vincolante sugli altri atti del Consiglio di Amministrazione oggetto di autorizzazione assembleare nei casi previsti dallo Statuto; - autorizza il Consiglio di Amministrazione ad istituire o sopprimere sedi secondarie, uffici, filiali,

succursali, agenzie e rappresentanze; - effettua audizioni degli organi di vertice della società sentendo, almeno una volta l'anno, il Presidente del Consiglio di Amministrazione e/o il Direttore Generale; - riceve relazioni annuali da parte degli organi di vertice della Società sullo svolgimento dei servizi affidati direttamente dagli Enti locali soci; - detta gli indirizzi ai Comitati tecnici di settore ai fini della gestione coordinata ed unitaria dei servizi, nonché nelle materie e per gli aspetti coinvolgenti più settori; - propone all'Assemblea l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli Amministratori, ai sensi dell'art. 2393 c.c.; - promuove l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli Amministratori, ai sensi dell'art. 2395 c.c.; - assume le necessarie iniziative nei confronti del Consiglio di Amministrazione a fronte delle segnalazioni pervenute dai Comitati tecnici ai sensi dell'art. 12 che segue, ivi incluso l'annullamento e/o la revoca degli atti in contrasto con gli interessi pubblici della collettività e del territorio a cui si riferisce il servizio.

In aggiunta, è istituito un Comitato tecnico di controllo per ciascuna delle seguenti divisioni aziendali: - Divisione A, per il servizio di gestione del ciclo integrale dei rifiuti; - Divisione B, per i servizi di committenza relativi all'affidamento e/o gestione delle attività di cui all'art. 2 dello Statuto.

Secondo l'art. 12 dello Statuto, ciascun Comitato tecnico è formato da un rappresentante di ogni socio che affidi il relativo servizio (individuato fra i segretari, direttori generali ovvero i dirigenti o responsabili dei servizi), con competenze e funzioni su tutti gli aspetti di organizzazione e funzionamento dei servizi oggetto di affidamento limitatamente alle materie di competenza della divisione aziendale e nel rispetto delle direttive del Comitato unitario. Il Comitato tecnico, in particolare: - supporta il Comitato unitario nelle decisioni inerenti l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi di competenza della divisione aziendale; - esercita le funzioni delegate dal Comitato unitario; - autorizza gli atti più significativi relativi alla erogazione dei servizi, quali la carta dei servizi e gli schemi generali dei contratti di servizio e impartisce al Consiglio di Amministrazione indirizzi e direttive vincolanti sulla politica aziendale, con particolare riferimento alla qualità dei servizi e alle caratteristiche da assicurare per il perseguimento dell'interesse pubblico; - autorizza le decisioni più significative del Consiglio di Amministrazione relative all'organizzazione e/o gestione dei servizi oggetto di affidamento diretto; - segnala al Consiglio di Amministrazione eventuali disfunzioni nella gestione dei servizi affidati e propone i necessari correttivi; - può porre il veto sulle operazioni ritenute non congrue o non compatibili con gli interessi pubblici della collettività e del territorio interessati dal servizio; - segnala al Comitato unitario eventuali violazioni e/o scostamenti del Consiglio di Amministrazione dalle direttive e dagli indirizzi impartiti.

Nell'ambito delle disposizioni sul funzionamento degli organismi di controllo, particolare rilievo assume la previsione dello Statuto dell'art. 11, secondo cui ciascun membro del Comitato può esprimere un solo voto, a prescindere dalla quota azionaria rappresentata.

Il funzionamento degli organismi per il controllo analogo è disciplinato più nel dettaglio da apposito Regolamento, che assicura la più ampia condivisione delle decisioni assunte dai membri che ne fanno parte.

c. Un terzo ed ultimo ambito del controllo analogo riguarda le prerogative attribuite al singolo socio affidante, il quale, a norma dell'art. 10 ultimo comma dello Statuto, può sempre impartire al Consiglio di Amministrazione direttive e indirizzi relativamente alle decisioni sulla organizzazione e gestione del servizio affidato che abbiano esclusiva attinenza al proprio territorio di riferimento. L'eventuale dissenso espresso sull'operato del CDA ha carattere vincolante e consente l'esercizio del diritto di recesso dal contratto di servizio.

*

Ai poteri previsti dallo Statuto si aggiungono quelli derivanti dai patti parasociali sottoscritti da tutti i soci affidanti, in conformità all'art. 16 comma 2 lett. c) del D. Lgs. 175/2016.

Tali patti hanno ad oggetto la costituzione, in sindacato di voto, delle partecipazioni rispettivamente detenute dai soci affidanti e obbligano questi ultimi ad esercitare il diritto di voto nell'Assemblea dei soci di Eco.Lan Spa secondo le decisioni assunte dall'Assemblea dei partecipanti al Sindacato, relativamente a tutte le decisioni nelle materie indicate dall'art. 13 dello Statuto o comunque rimesse all'organo assembleare per volontà degli amministratori.

Conclusioni sul c.d. controllo analogo.

Gli indici della presenza del controllo analogo di cui agli artt. 5 del Codice dei Contratti e 16 del D. Lgs. 175/2016 sono molteplici.

In relazione al **controllo sugli organi**, rilevano le già citate previsioni dello Statuto che riservano ai soci affidanti la **designazione della maggioranza dei membri del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale**, per il tramite del Comitato unitario.

In ordine al **controllo sugli atti**, è possibile concludere che ciascun socio affidante può effettivamente orientare le decisioni e gli atti di gestione più significativi della Società e tutti quelli relativi allo svolgimento del servizio nel proprio territorio, essendo chiamato ad esprimere la propria posizione in più sedi e a più livelli, sia ex ante, sia contestualmente, sia ex post: nell'Assemblea dei Soci, competente non solo nelle materie previste dalla legge, ma anche su una serie di importanti decisioni che, di norma, appartengono alla competenza esclusiva degli amministratori; nei Comitati per il controllo analogo, per l'autorizzazione o l'espressione di pareri vincolanti sulle decisioni soggette ad approvazione o autorizzazione dell'Assemblea; nell'assemblea dei partecipanti al sindacato di voto, chiamato ad orientare il voto espresso dai soci affidanti nell'Assemblea dei soci in quelle stesse materie già sottoposte agli organismi di controllo analogo.

Il controllo sugli atti è completato dalla già citata previsione di poteri di indirizzo vincolante del singolo socio affidante.

Ai sensi di quanto previsto dall'art. 5, comma 4, lett. c) del D. Lgs. 50/2016, si segnala che non emergono elementi per ravvisare il perseguimento, da parte di Eco.Lan Spa, di interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

In tale quadro, è possibile concludere nel senso che il Comune di Castel Frentano può esercitare su Eco.Lan Spa un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici, particolarmente articolato ed incisivo, che si realizza sia attraverso il controllo sugli organi sia attraverso il controllo sugli atti.

*** **

3. La destinazione prevalente dell'attività in favore degli Enti soci.

La terza ed ultima condizione posta dall'ordinamento riguarda l'attività svolta dalla Società, rivolta in via prevalente in favore degli Enti Locali soci.

Come si è anticipato nella Sezione A, la nozione di attività prevalente si è tradotta, a livello normativo, nella indicazione di una soglia percentuale, pari all'80%, in presenza della quale la condizione può per ciò solo considerarsi rispettata.

A tale criterio quantitativo fa riferimento, anzitutto, il D. Lgs. 175/2016, il quale, nel disciplinare il contenuto dello statuto della Società, si riferisce all'80% del fatturato prodotto.

Sotto tale profilo, lo Statuto di Eco.Lan Spa risulta conforme alla disciplina di riferimento, avendo previsto, conformemente all'art. 16 del D. Lgs. 175/2016, che *"la Società è tenuta a svolgere l'attività prevalente in favore degli Enti locali soci, di modo che oltre l'80% del fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti affidati dagli Enti Locali soci"*; e che *"la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della Società"* (art. 2, comma 3).

Si segnala che, rispetto alla condizione in esame, secondo le Linee Guida ANAC n. 7 di attuazione del D. Lgs. 50/2016, la conformità della clausola statutaria all'art. 16 del D. Lgs. 175/2016 è condizione necessaria e sufficiente per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del Codice dei Contratti.

Il calcolo/valutazione della percentuale delle attività prevalente della società Eco.Lan SpA è stato tra l'altro oggetto di una sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, la n. 2599 del 30/04/2018 che ha precisato sul tema "prevalenza quanto segue:

<<... il giudice europeo ha affermato che, al fine di stabilire se il requisito dell'attività prevalente sia soddisfatto,

occorre considerare che una società partecipata da enti pubblici, che svolge attività nell'interesse di questi ultimi, può a sua volta essere «attiva sul mercato e (...) pertanto entrare in concorrenza con altre imprese» (§ 60); e che la deroga all'obbligo dell'evidenza pubblica può giustificarsi solo se le attività svolte dalla medesima società siano «sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente» (§ 62).

In questa linea, il fatturato computabile nell'attività prevalente può essere rappresentato solo «da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante», nell'ambito del quale va comunque «compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni» (§ 65). A questo specifico riguardo la Corte di giustizia ha precisato che le attività rientranti nell'in house providing «sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni» (§ 66); e che non assume per contro rilevanza accertare «chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente» (§ 67). La Corte di giustizia ha concluso nel senso che nell'ipotesi di in house pluripartecipato «la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati» (§ 70).

Applicando tali principi al caso di specie si deve concludere nel senso che la Eco.Lan. soddisfa il requisito dell'attività prevalente, nella misura di legge dell' 80% del proprio fatturato. In quest'ultimo vanno infatti considerati i proventi derivanti dalla gestione della discarica di località Cerratina.

Si tratta infatti di un'attività che si colloca nella gestione del ciclo dei rifiuti statutariamente devoluta alla Eco.Lan. e che viene svolta attraverso un cespite patrimoniale che prima della costituzione di quest'ultima era appartenuto al dante causa Consorzio comprensoriale smaltimento rifiuti del Comune di Lanciano, costituito l' 11 novembre 1994. Rispetto a tale attività non vi è quindi alcuna acquisizione di nuovi mercati da parte della società in house, e il conseguente svolgimento di attività di impresa privata in parallelo con quella prestata a favore degli enti pubblici partecipanti. Si tratta per contro di una modalità di organizzazione e gestione del servizio affidato alla società in house dagli enti pubblici partecipanti.

Per le considerazioni svolte la gestione di tale discarica e degli impianti ivi esistenti non dà pertanto luogo ad un'attività di impresa svolta in concorrenza con privati, ma rientra nella missione di interesse pubblico affidata all'odierna contro interessata dai Comuni partecipanti al suo capitale.>>.

Dall'applicazione dei principi risultanti dalla richiamata sentenza deriva che le attività svolte da ECO.LAN. S.p.A. rientrano tutte fra quelle ad essa affidate dall'amministrazione aggiudicatrice controllante, di cui all'art. 5, commi 1 e 8 del Decreto legislativo - 18/04/2016, n. 50, e che, pertanto, la percentuale dell'attività prevalente riferita al triennio precedente supera abbondantemente l'80%.

Conclusioni sull'attività prevalente.

Per tali considerazioni il requisito dell'attività prevalente nel caso di specie è rispettato.

Dall'applicazione dei principi risultanti dalla richiamata sentenza deriva che le attività svolte da ECO.LAN. S.p.A. rientrano tutte fra quelle ad essa affidate dall'amministrazione aggiudicatrice controllante, di cui all'art. 5, commi 1 e 8 del Decreto legislativo - 18/04/2016, n. 50, e che, pertanto, la percentuale di attività prevalente è pari al **100%**.

4. ANALISI DI EFFICIENZA, ECONOMICITA' ED UNIVERSALITA' DELLA SCELTA

Il servizio di manutenzione del verde pubblico è un servizio pubblico locale a rilevanza economica, così come sottolineato con deliberazione n. 6/2015 dal Comitato per lo Sviluppo del Verde Pubblico istituito presso il MATTM (Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare).

A partire da tale inquadramento occorre comprendere anche quali sono gli obblighi di servizio pubblico, trattandosi di *“servizi forniti dietro retribuzione, che assolvono missioni d’interesse generale e sono quindi assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico”* (cfr. Commissione Europea).

Si tratta di servizi che le autorità pubbliche ritengono di interesse generale e che, se affidati al mercato, potrebbero non essere garantiti. Il riconoscimento di un’attività come di interesse economico generale comporta il suo assoggettamento ad una disciplina regolatoria in misura e con modalità correlate e proporzionali all’obiettivo che l’autorità pubblica ha assegnato al servizio.

Il servizio di verde pubblico assume la veste di servizio a domanda collettiva con carattere di universalità rivolta alla collettività in generale.

I servizi oggetto dell’appalto sono da considerare ad ogni effetto servizi pubblici, finalizzati ad assicurare un’elevata qualità e protezione dell’ambiente.

I servizi non potranno essere sospesi o abbandonati, salvo comprovati casi di forza maggiore e/o di impossibilità sopravvenuta di tutte o di parte delle prestazioni richieste. Il gestore dovrà tempestivamente e senza ritardo segnalare per iscritto all’Amministrazione le ragioni oggettive che giustificano l’interruzione di parte o di tutto il servizio.

In caso di abbandono o sospensione del servizio da parte del Gestore, al di fuori dei casi sopra indicati, l’Amministrazione intimerà per iscritto di proseguire il servizio, applicherà le penali previste e/o risolverà il contratto nei casi previsti, con riserva di quantificare i danni patiti a seguito del mancato rispetto delle obbligazioni previste nel contratto. Per l’esecuzione dei servizi non rimandabili e/o per la messa in sicurezza delle aree affidate, l’Amministrazione potrà utilizzare una Ditta di propria fiducia per far fronte alle obbligazioni non eseguite dall’Impresa, addebitando alla stessa le relative spese sostenute.

L’affidamento comprende tutte le prestazioni ed i servizi specificati nel capitolato prestazionale che sarà redatto ed allegato al contratto di servizio e comunque ogni onere relativo al personale e alla sua gestione, alle attrezzature e ai mezzi e alla loro manutenzione, alle aree e agli uffici.

Si ritiene quindi, per le motivazioni suddette, opportuno affidare in house alla Eco.Lan. S.p.A, il servizio di manutenzione verde pubblico, come previsti dell’art.2, comma 2, lett. g), dello Statuto sociale, in considerazione delle seguenti motivazioni:

- le ragioni e le finalità di adesione ai servizi della ECO.LAN. SpA di cui sopra sono connesse all’attuazione di quanto previsto dall’art. 192 del D. Lgs. n. 50/2016;
- la ECO.LAN. SpA possiede i requisiti delle società in house in quanto sono soddisfatte tutte le condizioni previste all’art. 5 del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i.;
- il servizio di manutenzione verde pubblico di che trattasi risulta ricompreso nell’oggetto statutario e la società risulta strutturata e attrezzata per tale finalità;
- il servizio di che trattasi riveste carattere di universalità in quanto rivolto all’intera collettività di Castel Frentano.

Con nota prot. n. 2003 del 25.02.2020 si provvedeva a richiedere alla Soc. Eco.Lan. SpA il preventivo offerta per la manutenzione del verde pubblico del Comune di Castel Frentano;

Con nota prot. n. 4615 del 21.04.2020 la Soc. adita ha rimesso il preventivo richiesto;

Dall’analisi comparata dei costi si può ricavare quanto segue:

- A) Decespugliazione
- Costo storico del servizio/annuo

MI. 68.400 x € 0,15/ml = € 10.260,00*

- Costo Eco.Lan. SpA del servizio/annuo

MI. 68.400 x € 0,091/ml = € 6.224,40*

*: I dati sono riferiti ad un intervento, non alla spesa complessiva annua.

B) Potatura alberi: Non c'è uno storico per quanto riguarda il costo per la potatura di alberi di alto fusto.

I costi che abbiamo sono riferiti a interventi realizzati per taglio di alberi (singoli o multipli).

- Costo storico del servizio/annuo n. 10 piante x € 500,00
- Costo storico stimato del servizio/annuo n. 10 piante x € 287,50 (costo medio)

Riepilogando:

ATTIVITA'	COSTO STORICO	COSTO ECOLAN
Decespugliazione	€10.260,00	€ 6.224,40
Potatura alberi	€ 5.000,00	€ 2.875,00

Per quanto sopra, avuto riguardo all'oggetto e al valore dei servizi offerti, alla convenienza economica della proposta che giustificerebbe il mancato ricorso al mercato, si ritiene che l'affidamento in house del servizio di manutenzione verde pubblico alla Ecolan SpA, come disciplinati dell'art.2, comma 2, lett. g), dello Statuto sociale della società, garantisce il perseguimento degli obiettivi di efficienza, di economicità, universalità e di qualità del servizio relativo alla manutenzione del verde pubblico, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche, a beneficio della collettività.

Castel Frentano, lì 07.05.2020

IL RESPONSABILE SETTORE TECNICO
Arch. Pian. Terr.le Claudio ESPOSITO

