

1)

Allegato alla deliberazione
del Consiglio Comunale

N° 89

del 26/11/2015

IL SEGRETARIO GENERALE

Quale premessa, prima di iniziare a trattare l' oggetto di Delibera, voglio rifarmi al Consiglio Comunale del 31/03/2015 dove a maggioranza, con Delibera n 17, e' stato approvato il Piano Operativo di razionalizzazione delle societa' partecipate.

In quella sede ebbi a dire che una societa' puo' definirsi "in House" solo se a totale partecipazione pubblica e se sulla stessa gli Enti affidanti possono effettuare un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi.

Ricordo che alcuni rappresentanti della maggioranza, in quella discussione, sostennero invece, che la minima presenza di capitale privato non avrebbe inficiato il passaggio a "in House" della nostra societa'.

Ribattei che solo citando in Delibera e ricorrendo al parere del Consiglio di Stato n 298 del 30/01/2015, che ha interpretato la Direttiva Comunitaria n 24/2014 Ue, quale "self executing", si sarebbe potuto iniziare l' iter di trasformazione della societa' Asep spa.

Bene, tutto cio' ad oggi e' stato superato da due sentenze, la prima del Consiglio di Stato - Sesta Sezione del 26 maggio 2015 n 2660, e la seconda sempre del Consiglio di Stato Sezione V dell' 11 Settembre 2015 n 4253.

In entrambe e' espresso un concetto fondamentale ovvero che i Comuni/Enti pubblici, non possono affidare direttamente a una societa' partecipata da un soggetto privato il servizio pubblico, mancando in tal caso il requisito del "controllo analogo" necessario per consentire l' utilizzo del "in house providing", in luogo della gara d'appalto.

Nella sentenza del Settembre 2015, richiamando la costante giurisprudenza amministrativa, sulla scorta dei principi fissati dall' Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza del 3 marzo 2008, n 1, i giudici della Quinta Sezione hanno ribadito come indispensabile, per legittimare il procedimento di affidamento diretto, il requisito della sottoposizione dell' affidatario al controllo analogo, ravvisabile esclusivamente nella partecipazione totalitaria della Pubblica Amministrazione al capitale sociale, e quindi nella totale assenza di soggetti privati.

Allo stesso modo, conclusivamente ricostruisce la sentenza, non puo' essere accolta la tesi che ritiene ormai non piu' applicabile il requisito della totale assenza di partecipazioni private, per configurare il requisito analogo, alla luce della disposizione dell' articolo 12, paragrafo 1, della Direttiva 2014/24/UE del parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

Ad avviso del Collegio, tale disposizione, a prescindere dall' effettivo riscontro, nel caso deciso, dei requisiti previsti, non puo' essere pero' considerata di immediata applicazione, prevedendo in ogni caso, lo stesso paragrafo 1 dell' articolo 12 citato, la conformita' alle disposizioni legislative nazionali, tuttora da adottare, non essendo ancora scaduto il termine di recepimento del 18 aprile 2016 per conformare gli ordinamenti degli Stati Membri, non potendo quindi essere considerata suscettibile di utilizzazione immediata, in ragione della sufficiente specificazione delle disposizioni, secondo il cosiddetto meccanismo "self executing" delle Direttive.

E' altresì interessante citare quanto afferma a tal riguardo la sentenza del Consiglio di Stato - Sesta Sezione, del 26 maggio 2015 n 2660; al punto 27 afferma: In ogni caso, anche a prescindere dalle considerazioni appena svolte sul regime giuridico della direttiva in pendenza del termine di recepimento, appare decisivo il richiamo alla consolidata giurisprudenza nazionale (avallata anche dalla Corte Costituzionale) secondo cui l' in house di derivazione comunitaria rappresenta, comunque, una deroga alla regola della concorrenza. Trattandosi di istituto "eccezionale", di esso il legislatore nazionale puo', ma non deve, avvalersi, risultando, pertanto, certamente legittima la scelta di configurare sul piano del diritto interno la possibilita' di ricorrere all' istituto in termini piu' restrittivi rispetto a quelli consentiti (ma non imposti) dal diritto dell' Unione Europea.

Applicando tali principi, deve quindi ritenersi che l' in house aperto ai privati previsto dall' art 12 cit della nuova direttiva, rappresenti non un obbligo, ma una facolta' della quale il legislatore nazionale potrebbe legittimamente anche decidere di non avvalersi, scegliendo di attuare un livello di tutela della concorrenza ancor piu' elevato rispetto a quello prescritto a livello comunitario. La

Corte costituzionale, infatti, nell' affermare le legittimità costituzionale della disciplina nazionale che in materia di servizi pubblici locali prevedeva limiti all' utilizzo dell' in house ulteriori rispetto a quelli enucleati dalla giurisprudenza comunitaria , ha testualmente affermato che “ e' innegabile l' esistenza di un “margine di apprezzamento” del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed idelfettibili, stabiliti dall' ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza “nel” ~~mercato~~ mercato e “per” il mercato.

Ne deriva in particolare , che al legislatore italiano non e' vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali di applicazione piu' ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario” (Corte cost. 17 novembre 2010, n 325 ; intermini analoghi cfr anche Corte cost . 20 marzo 2013, n 46).

L' assunto di tutto cio' e' che senza l'uscita del privato da Asep spa non si puo' trasformare la stessa in “in House”, salvo iniziare un contenzioso legale di durata pluriennale, con il privato che decidesse di non rinunciare alle azioni possedute. A fronte di cio' , questa sera siamo in presenza di una Delibera di Consiglio “subordinata”, e non “libera” , e quindi per noi non suscettibile di approvazione, infatti ad oggi sono presenti nella compagine sociale di Asep spa , dei privati, che non hanno ancora aderito alla proposta di uscire dal capitale della stessa.

Voglio pero' soffermarmi su altri punti che ci inducono a dir di no a questa Delibera .

Nella gia' citata sentenza del 26 maggio 2015 si configurano inoltre i requisiti necessari per l' esercizio del controllo analogo in forma congiunta : “tale possibilita' si materializza nel momento in cui piu' autorità pubbliche possiedono in comune l' entita' affidataria, senza che sia indispensabile , a tal fine , che detto controllo venga esercitato individualmente . In altre parole , viene chiarito che, se piu' autorità pubbliche si rivolgono allo stesso soggetto affidatario per l' adempimento di un compito comune di servizio pubblico, il controllo esercitato sull' Ente “in house” deve essere svolto da tutte le autorità pubbliche partecipanti : in caso contrario , e cioe' se il controllo venisse concretamente eseguito dall' autorità che detiene la partecipazione di maggioranza, non avrebbe piu' ragion d'essere la nozione di controllo congiunto.

Oltre a cio' voglio citare anche quanto affermato dal Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte – Torino, Sezione 1, Sentenza del 13/06/2014, n 1069 che al riguardo afferma :

“.... Peraltro, pur non richiedendosi che ciascun partecipante detenga da solo un potere di controllo individuale, nondimeno si esige che il controllo esercitato sull' entita' partecipata non si fondi soltanto sulla posizione dominante dell' autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza del capitale sociale. E' necessario, infatti , che anche il singolo socio possa vantare una posizione piu' che simbolica, idonea, per quanto minoritaria, a garantirgli una possibilita' effettiva di partecipazione alla gestione dell' organismo del quale e' parte; sicche', una presenza puramente formale nella compagine partecipata o in un organo comune incaricato della direzione della stessa, non risulterebbe sufficiente. La giurisprudenza comunitaria sottolinea inoltre la necessita' che detto controllo analogo si espliciti sotto forma di partecipazione sia al capitale, sia agli organi direttivi dell' organismo controllato.

A tale scopo voglio richiamare anche quanto affermato dalla Corte di Giustizia UE, Sez III, sentenza del 29 novembre 2012, cause C- 182 / e C – 183/11 , (punto 33) , la quale dichiara che quando piu' entita' pubbliche , nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune u' entita' incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un' autorità pubblica aderisce ad un' entita' siffatta , la condizione enunciata dalla Giurisprudenza della Corte , secondo cui tali autorità , per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformita' alle norme del diritto dell' unione, debbono esercitare congiuntamente sull' entita' in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, e' soddisfatta qualora ciascuna delle autorità partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell' entita' suddetta.

Questo e' il secondo motivo per cui noi non voteremo a favore di questa Delibera, infatti riteniamo che nello Statuto, nella Convenzione e nel Regolamento del controllo analogo, il principio della

totale partecipazione delle entita' pubbliche, agli organi direttivi della nuova societa' in House, non venga rispettato. Tutto cio' inoltre danneggia la costituenda societa' non permettendo di fatto la possibilita' ad altri Enti Pubblici di parteciparvi.

Oltre a cio', agli atti non risulta, e ci domandiamo del perche', non si siano informati gli altri soci pubblici della trasformazione che verra' decisa in questo Consiglio, in "in house" di Asep spa, nonche' condiviso con loro lo Statuto, Convenzione, Regolamento del controllo analogo. Anche gli Enti attualmente soci in Asep spa, saranno chiamati ad un analogo passaggio nei singoli Consigli Comunali, ed e' nell' interesse della nostra societa' che rimangano ancora soci della srl per poter vedere incrementati gli attuali affidamenti.

Inoltre avremmo voluto vedere agli atti, una proiezione di sostenibilita' economica della nuova Asep srl, i servizi affidati, ovvero le motivazioni e la dimostrazione del come e del perche' si e' arrivati a questa decisione. ~~Quindi come abbiamo visto.~~

Ora passo ad enunciare l' ultimo e terzo motivo per cui voteremo contro questo atto di Consiglio. Accanto alle avvertenze di carattere organizzativo, e' necessario prestare attenzione all' efficienza della formula gestionale prescelta, in questo caso in house, che deve essere accuratamente analizzata sotto l'aspetto del rapporto tra costi e benefici; inoltre il tutto deve essere dettagliatamente descritto e motivato in Delibera.

Infatti nella sentenza n 762/2013 il Consiglio di Stato ha affermato che valutazione comparativa e l'analisi di mercato sono necessarie non solo se prescritte dalla normativa di settore, ma anche in base al principio di imparzialita' e di buon andamento della Pa (articolo 97 Cost) e all' obbligo di motivazione dell' atto (articolo 3 della legge 241/1990).

La suddetta pronuncia mette in luce che "la scelta dell' Ente locale sulle modalita' di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare l' opzione tra modello in house e ricorso al mercato, deve basarsi sui consueti parametri d' esercizio delle scelte discrezionali, cioe' :

- a) valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati coinvolti
- b) individuazione del modello piu' efficiente ed economico
- c) adeguata istruttoria e motivazione.

In quella sede il collegio ha rilevato- proprio come nella sentenza in esame - che "trattandosi di scelta discrezionale, la stessa e' sindacabile se appaia priva di istruttoria e motivazione, viziata da travisamento dei fatti, palesamente illogica o irrazionale.

Noi riteniamo che i punti a), b), c) prima elencati, non siano, in questa Delibera, adeguatamente affrontati ed esplicitati, per cui il nostro voto, anche per tutte le motivazioni prima espresse, sara' contrario.

