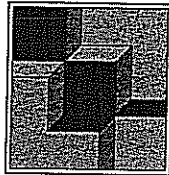


ATI 3



Umbria

ATI 3 UMBRIA

Prot. N° 2902

del 26 NOV. 2013

***PARTECIPAZIONE SOCIO PRIVATO PER IL
RAMO RIFIUTI di VUS SPA: SOLUZIONE
SOCIETARIA E PROCEDURA DI GARA***

novembre 2013

RIAPERTURA DEL PERCORSO DI INGRESSO DEL SOCIO PRIVATO NELLA VUS SPA PER IL SERVIZIO RIFIUTI DI AMBITO.

Nell'Assemblea dei sindaci dell'ATI3 con deliberazione n. 11 bis del 3/7/2013 si è dato mandato ad un gruppo di lavoro composto da:

Direttore ATI3

Segretario generale Comune Foligno

Dirigente servizi finanziari Comune di Foligno

Segretario generale Comune Spoleto

Segretario generale Comune di Norcia

di definire le corrette procedure attuative sia in termini di soluzione societaria che di procedura di gara per l'ingresso del socio privato di VUS spa nel settore rifiuti.

Come noto il percorso inizialmente individuato dall'ATI3 dopo l'approvazione del Piano di ambito avvenuto con deliberazione dei sindaci dell'ATI3 n. 16 dell'11/10/2011 era stato quello della gara per il socio privato.

Con la successiva deliberazione dei sindaci dell'ATI3 n. 29 del 7/12/2011 infatti si definirono le procedure attuative a carico della Vus spa e dei Comuni dell'ambito nonché soci della stessa.

A seguito poi della ennesima modifica legislativa intervenuta con l'art. 25 della legge 27/2012 si mutò l'orientamento individuando nella nuova ipotesi di affidamento triennale in house la soluzione transitoria più adeguata da una parte in attesa di ulteriori chiarimenti legislativi e dall'altra per attuare l'integrazione operativa dei Comuni della Valnerina (che nel frattempo è stata realizzata).

Con l'abrogazione dell'art. 4 della l. 148/2011 da parte della sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, in quanto riproduttivo sostanzialmente dell'art. 23bis del D.L. n. 112 del 2008 che era stato già dichiarato incostituzionale per violazione della volontà popolare emersa dal referendum popolare del giugno 2011, si è decisa, nell'ottobre 2012, la soluzione dell'affidamento in house, che si è attuato con la deliberazione dei sindaci dell'ATI3 n. 18 del 5/10/2012 con decorrenza 1/1/2013.

A distanza di quasi un anno a fronte delle forti difficoltà e rigidità connesse con l'affidamento in house a tutti note, si è formalizzata la volontà nell'Assemblea dei Sindaci tenutasi a Cascia il 3 luglio 2013 di riprendere la strada dell'ingresso del socio privato in Vus per il ramo rifiuti.

Le rigidità assunzionali/operative conseguenti all'affidamento in house sono state in parte superate con la deliberazione dei Sindaci dell'ATI3 n. 12 del 31/7/2013 che ha modificato l'art. 11 della convenzione di affidamento a Vus spa del servizio rifiuti di ambito consentendo il ricorso (come peraltro avviene in altre realtà a livello nazionale), alla esternalizzazione di segmenti minoritari del servizio che il gestore valuterà nella convenienza volta per volta.

In ogni caso la scelta dell'ingresso del socio privato, ferma la volontà di fondo, mai messa in discussione, di mantenere la gestione pubblica del servizio idrico integrato, comporta la necessità di creare un nuovo ed autonomo soggetto societario in cui possa partecipare il privato.

Quanto segue propone la soluzione di ingresso del socio privato ritenuta normativamente corretta dal gruppo di lavoro, sia in termini di soluzione societaria che di procedura di gara.

Soluzione che si limita agli aspetti in un certo senso pregiudiziali di natura normativi e amministrativi, fermo che quindi successivamente dovranno essere analizzate le problematiche fiscali, finanziarie, patrimoniali connesse.

La soluzione che il gruppo di lavoro ritiene NON PRATICABILE ALLA LUCE DEL QUADRO NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE ATTUALE È QUELLA DELLA COSTITUZIONE DI UNA SOCIETÀ "FIGLIA" DA PARTE DI VUS SPA alla quale Vus spa conferirebbe il proprio ramo di azienda rifiuti, e a cui ATIS poi rinnoverebbe l'affidamento non più in house ma a società mista con socio privato scelto con gara a doppio oggetto.

Questa ipotesi sembra in conflitto con la normativa sull'in house in quanto si creerebbe una società partecipata esclusivamente dalla società madre, la quale resterebbe in house svolgendo il ruolo di società cosiddetta "holding" controllante, ma senza affidamento diretto per il ramo rifiuti.

Se cioè la VUS capogruppo che si auto-scinde resta in house si verifica una evidente violazione dello schema comunitario dell'in house, aggirandolo attraverso la creazione di una società ad hoc con il privato. Paradossalmente potrebbero crearsi diverse società figlie con il privato per cui l'in house della società madre sarebbe ampiamente svuotato.

E' il caso classico della elusione di norme amministrative, civilistiche e fiscali che potrebbe essere sollevata da qualsiasi controllore (Ministeri, Autorità, Finanza, imprese operanti sul mercato, ecc.).

Né può applicarsi, nel caso di specie, l'istituto del c.d. "in house indiretto" di cui alla Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Sez. I, "Carbotermo" (11 maggio 2006, C-340-04), in quanto mancherebbe il requisito essenziale della proprietà interamente pubblica in capo alla società indirettamente affidataria; nella sentenza in discorso, infatti, si chiarisce che "...pur riconoscendo come astrattamente possibile la scelta di un'amministrazione aggiudicatrice di affidare senza gara un servizio ad un soggetto economico solo indirettamente controllato a condizione, però, che non fosse previsto alcun ingresso di risorse private all'interno del pacchetto azionario dell'affidataria e che il capitale della società che direttamente controllava quest'ultima fosse integralmente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice."

Vi è poi l'aspetto della governance di non poco rilievo. Nel caso di società emanazione di Vus spa anche a seguito della cessione di azioni al privato, socio di maggioranza resterebbe Vus spa per cui nella assemblea ordinaria e straordinaria non sarebbero convocati i Sindaci dei comuni soci ma gli amministratori della Vus spa.

Cioè i Sindaci dei comuni titolari del servizio di igiene urbana non potrebbero nemmeno annualmente in sede di bilancio partecipare all'Assemblea della società emanazione di Vus spa che gestisce il ramo rifiuti.

Detta situazione sembra confliggere in maniera forte con tutte le recenti normative, risoluzioni e sentenze in particolare della Corte dei Conti sezione autonomie n. 14 e 15 del 2010 e n. 4 e 5 del 2013 in materia di linee guida per i controlli sugli Enti Locali, che impongono un controllo sempre più diretto, penetrante e stringente sulle società partecipate da parte dell'Ente locale fino ad affermare il danno erariale per il solo fatto di non attuazione dei controlli.

Anche le pronunce delle sezioni regionali della Corte dei Conti sono univoche in tal senso. Vedasi tra le molte C. conti Toscana n. 267/2009, C. conti Lazio n. 67/2009, C. conti Veneto n.293/2012 che impone agli amministratori degli ee.ll. di agire esercitando i poteri dei soci anche operando scelte drastiche come l'azione di responsabilità dell'art. 2393 del codice civile.

Adottare una soluzione che estromette i Sindaci dall'organo assembleare appare dunque in palese contrasto con le pronunce e linee guida della Corte dei conti.

Di recente anche la Corte dei conti sezione regionale di controllo dell'Umbria ha espresso un parere negativo (par. n. 117/2013) sulla possibilità di costituire una holding in capo ad una delle società possedute dal comune.

Vi è, da ultimo, l'ostacolo dell'art. 4 ultimo periodo dello statuto VUS spa che si ricorda, modificato proprio per rispondere alle esigenze del rispetto dell'in house, vieta alla stessa di costituire società e acquisire partecipazioni.

La costituzione di una società per il servizio rifiuti emanazione diretta di Vus spa imporrebbe preventivamente, oltre tutti i successivi adempimenti, che tutti i Consigli comunali dei comuni soci modificassero lo statuto all'art. 4 sopracitato; tale modifica dovrebbe inoltre essere estesa anche alla parte di statuto che prevede lo svolgimento del servizio rifiuti.

Qui si evidenzia una ulteriore criticità in quanto se si espelle dallo Statuto la competenza sui rifiuti Vus non potrebbe esercitarla né direttamente né indirettamente; se invece si adotta una modifica statutaria che prevede l'esercizio indiretto del servizio rifiuti con una società figlia, allora, si ripete, si violerebbe l'in house in quanto si configurerebbe nello statuto l'ingresso possibile del privato seppur in maniera indiretta.

Conclusivamente, prescindendo da valutazioni che non attengono alla sfera tecnica ma a quella dei decisori politici in relazione alla rappresentazione e alla cura dell'interesse pubblico, il concreto rischio di porre in essere atti illegittimi connesso alla soluzione qui criticata produrrebbe conseguenze negative dirette sui soci pubblici della Vus spa.

Occorre quindi esaminare soluzioni diverse.

La soluzione relativa alla creazione di società' neocostituita da parte dei Comuni dell'Ambito Territoriale n. 3 con successiva cessione del ramo di azienda rifiuti VUS spa e con successiva cessione di partecipazioni al socio privato, seppur emersa nei precedenti documenti come ipotesi da approfondire, va esclusa in quanto comporterebbe la duplicazione di strumenti societari in mano ai Comuni per le medesime finalità e la necessità di acquisire, da parte della neo-costituita società, il ramo rifiuti da VUS spa, con tutte le conseguenti implicazioni di aggravii notevoli di carattere fiscale.

La soluzione che si ritiene adatta alla fattispecie, oltre che normativamente corretta, è quella della
SCISSIONE IN SOCIETA' DEL RAMO AZIENDALE RIFIUTI DA PARTE DI
VUS SPA CON SUCCESSIVA CESSIONE DI PARTECIPAZIONI AL SOCIO
PRIVATO.

L'ipotesi in questione riguarda un effettivo scorporo di un ramo di azienda che verrà conferito in una nuova società la quale successivamente procederà, secondo la normativa esistente, all'assegnazione di una parte delle azioni ad un soggetto privato terzo.

Nel caso di scissione, va precisato, la nuova società controllata dai Comuni soci di VUS avrà la stessa ripartizione tra i Comuni delle azioni di Vus spa originaria, salve diverse successive determinazioni.

Non si evincono particolari problematiche in ordine all'assegnazione di quota parte del capitale sociale della società scissa ad un socio privato esterno sia tramite delibera di aumento del capitale sociale della società scissa, sia tramite cessione di quota parte delle azioni di proprietà da parte dei Comuni soci.

Un vantaggio particolare di questa ipotesi di scissione di azienda è costituito dal risparmio di tempo ed economico in quanto qualora la scissione è fatta mantenendo le stesse percentuali

azionarie della società madre non c'è bisogno, ai sensi del codice civile, di procedere alla nomina del perito da parte del Tribunale e della relativa perizia di stima.

Per quanto riguarda la procedura di gara per il socio privato con contestuale affidamento del servizio, a partire dalla competenza in merito all'approvazione del bando e all'espletamento della relativa procedura, preso atto del dato normativo sia nazionale che regionale e trattandosi di gara a doppio oggetto in cui si sceglie non solo un partner ma si decide anche quali servizi/segmenti del servizio affidare, si ritiene che debba essere l'Autorità di Ambito a dover procedere. Infatti, sia l'art. 202 D.Lvo n. 152 del 2006 "Testo unico ambientale" sia l'art. 16 della legge regionale umbra n. 11 del 2009 individuano il primo l'Autorità di ambito, il secondo l'ATI3, quale soggetto che aggiudica la gara e affida il servizio.

Sarà necessario, comunque, stabilire mediante quali strumenti (e atti) la Società risultante dalla scissione (quindi i Comuni proprietari) dovrà indicare l'ATI3 quale soggetto che espleta l'intera procedura anche per la parte strettamente legata alla scelta del socio privato, parte ricadente nella disponibilità della Società. Trattandosi di gara a doppio oggetto si ritiene che il mandato ad ATI3 per la scelta di quale socio privato (oltre all'affidamento del servizio di competenza esclusiva di ATI3) possa essere dato con l'atto di cui al n. 4 dello scadenziario che segue.

In merito, infine, all'iter da porre in essere per avviare il complesso percorso necessario al raggiungimento delle finalità indicate, salvi successivi imprescindibili approfondimenti, si ritiene che si debba seguire il seguente scadenziario di adempimenti:

- 1) pronunciamento di indirizzo dell'ATI 3 sull'ipotesi prescelta, nell'ambito dell'indirizzo già adottato in merito all'affidamento a società mista;*
- 2) eventuale (da approfondire) pronunciamento da parte dei Consigli Comunali soci di VUS spa in merito alle modifiche societarie; qualora ciò fosse necessario, occorrerebbe l'approvazione da parte dei Comuni soci di VUS spa in numero che rappresenti almeno i due terzi delle azioni della società;*
- 3) se, come indicato nel presente documento, l'ipotesi prescelta sarà la scissione societaria, si dovranno avviare le procedure, da parte della società VUS spa, previa approvazione dell'Assemblea di VUS spa della ipotesi di scissione, per giungere all'obiettivo (progetto di scissione redatto dal CDA e relativa approvazione da parte della Assemblea straordinaria della società con contestuale approvazione dello statuto della nuova società derivante dalla scissione);*

- 4) *approvazione da parte dei Comuni dell'ambito in numero che rappresenti almeno i due terzi delle azioni di Vus spa, del progetto di scissione, degli statuti delle società (VUS spa come risultante dalla scissione e nuova società derivante dalla scissione) con la percentuale da attribuire al soggetto privato e le modalità di ingresso dello stesso (cessione azioni esistenti o aumento di capitale), nonché con la delega all'ATI per lo svolgimento della gara anche per la parte relativa alla scelta del socio;*
- 5) *a questo punto verrà costituita la nuova società e modificato lo statuto di VUS spa, per poi avere, dall'Assemblea dell'ATI3, le necessarie approvazioni di tutti i documenti di gara per l'ingresso del socio privato con contestuale affidamento del servizio.*

Particolare attenzione, inoltre, dovrà essere posta in merito alla continuità del servizio in affidamento; cioè l'ATI3 dovrà, con appositi atti, garantire il passaggio nella gestione del servizio, senza soluzioni di continuità, fra l'attuale VUS spa e la nuova società derivante dalla scissione.

Direttore ATI3 Fausto Pillei
 Segretario gen. Comune di Foligno Roberto Accuscelli
 Dirigente servizi finanziari Comune Foligno Sandra Despre
 Segretario gen. Comune di Spoleto Mario De Preti
 Segretario gen. Comune di Norcia *)

**) Assenza di firma per mancata partecipazione alle sedute del gruppo di lavoro.*