

Proposta di adesione alla Società CEM Ambiente S.p.A. con conseguente affidamento della gestione del servizio di igiene urbana

Allegato 7 - Documento di analisi della sussistenza dei requisiti previsti per l'affidamento *in house*

L'ipotesi di affidamento del servizio di igiene urbana in capo a CEM Ambiente S.p.A. risulta compatibile con la vigente normativa in tema di affidamento *in house*, tenuto conto della natura del servizio quale servizio pubblico di interesse generale a rilevanza economica.

Si evidenzia, a questo proposito, che la strutturazione aziendale di CEM è tale da assicurare il rispetto dei requisiti e dei principi comunitari che legittimano l'affidamento *in house*, riconducibili alla titolarità interamente pubblica del capitale sociale, alla sussistenza di un controllo del socio pubblico analogo a quello che il socio pubblico può esercitare sulle proprie articolazioni organizzative ed alla destinazione prevalente dell'attività in favore dei soci pubblici ed al relativo ambito territoriale, il tutto come meglio evidenziato nel prosieguo della presente relazione.

Il riferimento normativo degli affidamenti *in house* è costituito dall'art. 12 della Direttiva europea 2014/24/UE sugli appalti pubblici "Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico", che si riporta di seguito:

1. Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;*
- b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e*
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante*



sulla persona giuridica controllata. Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice.

2. Il paragrafo 1 si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

3. Un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; e

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Ai fini del primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;

ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e

iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti. IT 28.3.2014 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 94/103

Fatta salva la valutazione tecnico-economica circa la vantaggiosità della proposta gestionale formulata da



CEM Ambiente S.p.A., di cui già si è detto, si evidenzia che la struttura e l'organizzazione aziendale di CEM Ambiente S.p.A. risultano improntate al rispetto dei predetti elementi, funzionali ad assicurare la tutela degli interessi degli enti soci e legittimare pertanto l'affidamento in house. Dallo Statuto e dagli atti generali di CEM Ambiente si evince il l'assetto societario idoneo all'affidamento in autoproduzione come delineato dalla normativa europea richiamata:

- <https://www.cemambiente.it/trasparenza/disposizioni-general/atti-general/atti-amministrativi-general/>

Titolarità pubblica dell'intero capitale sociale. La titolarità pubblica del capitale sociale è sancita e garantita dal combinato disposto degli artt. 5, 7 ed 8 bis del vigente Statuto. In particolare: l'art. 5, comma 2, stabilisce che "Le azioni possono essere sottoscritte e possedute unicamente dai Comuni, dalle Province, dalle Aziende Speciali e dai Consorzi di Enti locali"; l'art. 7, comma 1 che, nel confermare "il vincolo della titolarità pubblica del 100% del capitale sociale", precisa la possibilità di trasferire le azioni limitatamente ai soggetti di cui al richiamato art. 5, prevedendo poi le modalità per dare seguito a tali operazioni; l'art. 8 bis, rubricato specificamente "Partecipazione pubblica", con il quale viene ribadito che "In considerazione dell'attività affidata alla Società e della sua rilevanza di pubblico interesse, il capitale sociale della Società stessa dovrà essere in ogni tempo in proprietà totalitaria di enti pubblici. Per partecipazione totalitaria si intende una partecipazione pari al 100% del capitale sociale", stabilendo poi che "E' inefficace nei confronti della Società ogni trasferimento di quote idoneo a far venir meno la totalità del capitale pubblico ed è fatto divieto di iscrizione nel libro dei soci di ogni trasferimento avvenuto in violazione della presente previsione. La totalità del capitale pubblico deve essere assicurata anche in caso di aumento del capitale sociale".

Sussistenza del controllo del socio pubblico analogo a quello che il socio pubblico esperisce sulle proprie articolazioni organizzative. Per quanto riguarda la sussistenza del controllo analogo si evidenzia come lo stesso sia garantito sia a livello di controllo societario che a livello di concreta possibilità per il singolo Comune di incidere sulla organizzazione e sul dimensionamento dei servizi.

L'effettività del controllo analogo è presidiata da numerose clausole statutarie volte ad assicurare in capo agli azionisti, anche con ridotta partecipazione azionaria, effettivi poteri di controllo e di direzione politica-amministrativa della società, attesa anche la omogenea "diffusione" delle azioni e l'assenza di concentrazioni azionarie tali da consentire il controllo da parte di un unico soggetto o da un ridotto gruppo di soggetti. Si evidenzia, a questo proposito, come gli azionisti di CEM Ambiente S.p.A., rappresentati da 75 Comuni e dalla Provincia di Monza e Brianza, si trovino in condizione di omogeneità di interessi e bisogni rispetto alla partecipazione azionaria ed ai servizi oggetto di affidamento, mentre proprio la "diffusione" delle azioni e la



loro distribuzione in maniera proporzionale alla popolazione residente nei diversi Comuni, costituisce un ulteriore indice di tale omogeneità che si riflette nell'assenza di concentrazioni azionarie tali da consentire il controllo dell'Assemblea e delle relative decisioni da parte di un unico o da un ridotto gruppo di soggetti.

La visione consortile della linea politica di CEM si declina, per quanto riguarda la ripartizione delle quote azionarie, in una divisione delle stesse secondo una proporzionalità demografica "corretta", in cui i Comuni più piccoli partecipano con un pacchetto di azioni per abitante proporzionalmente maggiore rispetto ai Comuni di maggiore dimensione, per cui un Comune piccolo ha un peso assembleare maggiore di quanto non avrebbe se fosse preso in considerazione il suo peso demografico effettivo. Trattandosi dell'Assemblea dei soci dell'organo principale attraverso il quale si esprime il controllo dei soci¹, questo schema è mirato ad avvicinare il criterio di rappresentanza (e di voto) pro quota a quello pro-capite, nonostante nella configurazione azionaria di CEM non ci siano situazioni di dominio fattuale di uno o pochi soggetti rispetto ai soci minoritari. Il sistema è pensato per fornire un primo accorgimento come soluzione alla questione della rappresentanza "pulviscolare", ampiamente osservata e trattata dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria come questione rilevante del controllo analogo.

Nel dettaglio, fatto salvo quanto più oltre si dirà sullo stringente controllo che è in ogni caso posto in capo ai Comuni sulle modalità di effettuazione dei servizi, si evidenziano i seguenti elementi che certificano la sussistenza in capo all'Assemblea dei soci di precipui poteri di controllo sulla gestione della società, che si qualificano in maniera certamente più ampia di quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale:

- in prima battuta per quanto riguarda in generale la direzione ed il controllo politico-amministrativo dei soci, si rimanda a quanto previsto dagli artt. 8 *ter*, 8 *quater* ed 8 *quinqüies* dello Statuto;
- per quanto riguarda, invece, una seconda forma di controllo da esercitare in maniera congiunta da parte dei soci (che si affianca al controllo riservato a ciascun socio), si rimanda alle funzioni di indirizzo strategico ed alle attribuzioni riservate dall'art. 21 *ter* dello Statuto al "*Comitato per l'indirizzo e il controllo delle amministrazioni titolari delle partecipazioni*", al quale spetta, nell'ambito delle proprie attribuzioni di vigilanza sull'attuazione degli indirizzi, obiettivi, piani, priorità della società, di esprimere il proprio parere preventivo sugli atti relativi ai seguenti argomenti:
 - *Andamento economico-patrimoniale aziendale su base semestrale;*

¹ In questo senso si esprime il Consiglio di Stato Sez. V nella sentenza n. 3554 del 18-7-2017, approvando un sistema di controllo analogo che si fonda sull'assemblea: "*L'istituzione del Comitato e l'adozione del patto parasociale, dunque, per il giudice di prime cure non fondano certo l'in house providing (già esistente) [...] Lungi dall'attribuire un illimitato potere gestionale al consiglio di amministrazione, lo statuto di Garda Uno s.p.a. attribuisce ai soci - tramite l'assemblea ed il Comitato di coordinamento - dei penetranti poteri di controllo e di cogestione (in particolari materie): l'art. 13 p.to 1 dello statuto, in particolare, sottopone i principali atti della società alla preventiva autorizzazione dell'assemblea dei soci, laddove i successivi p.ti 5 e 6 prevedono particolari obblighi di informazione e facoltà di convocazione dell'assemblea a quote minoritarie di soci.*"



- *Orientamenti generali sulla politica e gestione aziendale e adeguatezza dell'assetto organizzativo adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento per il perseguimento dell'oggetto sociale;*
- *Programmi di investimento per lo svolgimento dei servizi affidati e programmi di acquisto e alienazione di immobili e di diritti reali su immobili, ovvero implicanti la costituzione di garanzie sugli immobili;*
- *Programmi di partnership con soggetti pubblici e privati.*
- circa i poteri e le attribuzioni riconosciuti all'Assemblea degli azionisti, costituita dai Sindaci dei Comuni soci o da loro delegati, si evidenzia come gli stessi siano particolarmente ampi e penetranti, essendo espressamente previsto che l'Assemblea:
 - a) *determina gli indirizzi programmatici vincolanti per il Consiglio di Amministrazione, o per l'Amministratore unico, anche in relazione ai piani di investimento e finanziari, alle politiche tariffarie ed alla costituzione e/o partecipazione a società di scopo; nel determinare i predetti indirizzi programmatici, l'Assemblea è comunque tenuta a dare attuazione agli indirizzi espressi dagli enti pubblici soci ai sensi del precedente articolo 8 ter, dal momento che agli stessi dovranno uniformarsi gli obiettivi strategici finali stabiliti dall'Assemblea degli Azionisti per il Consiglio di Amministrazione, o per l'Amministratore unico; in particolare, l'Assemblea opera affinché i diversi indirizzi siano resi tra loro omogenei e sia salvaguardato il principio della sana gestione societaria, adoperandosi se del caso per il giusto temperamento delle eventuali diverse esigenze*
 - a2) *verifica, con cadenza almeno annuale, lo stato di attuazione degli indirizzi, fatta salva la facoltà per gli azionisti, con i quorum indicati dal precedente art. 9, comma 7, di convocare l'Assemblea per ulteriori verifiche ritenute opportune;*
 - b) - c) - d) - e) - f) *omissis ...;*
 - g) *approva il budget annuale di previsione della società;*
Sono approvate con la maggioranza di due terzi del capitale sociale e con la maggioranza di due terzi dei soci le seguenti deliberazioni:
 - a) *le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società;*
 - b) *la trasformazione della società;*
 - c) *le operazioni straordinarie di fusione e di scissione;*
 - d) *la revoca dello stato di liquidazione.*
- circa i poteri dell'organo di Amministrazione, si evidenzia come - ferma restando l'autonomia decisionale dello stesso organo - detti poteri debbano essere esercitati "in modo da osservare gli indirizzi pro-grammatici stabiliti dall'Assemblea e gli indirizzi a mezzo dei quali gli enti pubblici soci esercitano il controllo analogo sulla società e sui servizi svolti dalla stessa nonché la direzione politico-ammini-



strativa della Società ai sensi di cui al precedente articolo 8 ter..." (cfr. art. 20), competendo all'organo di amministrazione "l'attuazione degli indirizzi generali dell'attività aziendale nel rispetto delle direttive approvate dall'Assemblea degli azionisti e degli indirizzi approvati dagli enti pubblici soci";

- *il tutto fermo l'onere per l'organo di amministrazione "di trasmettere agli enti pubblici soci relazioni an-nuali sullo stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità della gestione; le relazioni annuali devono riguardare, in particolare, l'andamento della gestione dei servizi pubblici svolti dalla Società per conto dei singoli soci. Tali relazioni potranno altresì essere oggetto di apposita e specifica illustrazione nel corso di incontri appositamente richiesti dall'ente socio"; o ancora, l'onere - parimenti stabilito dall'art. 20, di "rassegnare ai soci una relazione semestrale sintetica riferita all'andamento della società ed agli scostamenti verificati sul budget di previsione annuale approvato dall'Assemblea, nonché di relazionare prontamente ai soci in merito ad eventuali situazioni tali da determinare, nel corso dell'esercizio, rilevanti scostamenti rispetto alle previsioni operative e/o economiche contenute nel predetto documento di budget".*
- ancora, l'art. 15 dello Statuto, rubricato "Composizione e nomina dell'organo di amministrazione" garantisce in sede di nomina dell'organo di amministrazione alcune forme di tutela degli azionisti di minoranza;
- da ultimo, si rileva come le decisioni più importanti siano preventivamente sottoposte al vaglio dell'ente affidante: ci si riferisce da una parte all'approvazione degli indirizzi programmatici per l'organo di amministrazione, in cui sono formulate le linee strategiche essenziali della società, ma anche alle singole decisioni particolarmente rilevanti per la società quali la riorganizzazione dei servizi di raccolta e trasporto rifiuti la cui strutturazione è stata preventivamente discussa e approvata dai soci, che hanno poi approvato la relativa documentazione prima di disporre l'affidamento della relativa gestione al CEM).

Un ulteriore, fondamentale, livello di controllo è esercitato dal Comune sulle modalità di organizzazione e gestione dei servizi, che può a pieno titolo essere considerato "analogo" a quello esercitato sui servizi svolti direttamente, in ragione del fatto che agli stessi Comuni (a prescindere dalle dimensioni del Comune e dalla quote azionarie detenute), sono assicurate:

- la preventiva verifica ed approvazione della documentazione relativa alle modalità di strutturazione del servizio oggetto di affidamento nei suoi diversi aspetti tecnico-operativi ed economici;
- la possibilità di personalizzare il servizio in funzione delle specifiche esigenze manifestate dall'Amministrazione comunale;
- la valutazione e la decisione finale in ordine ad eventuali modifiche organizzative e/o gestionali del servizio così come l'attivazione di nuovi servizi, che non potranno invece essere attivati autonomamente dal CEM al di fuori di specifiche precisioni convenzionali o altrimenti autorizzate;



Operatività aziendale rivolta in maniera pressoché esclusiva in favore dei Comuni azionisti ed al bacino territoriale di riferimento. La recente revisione statutaria approvata dall'Assemblea degli azionisti di CEM Ambiente, in attuazione alle disposizioni del D.Lgs. 175/2016 ha espressamente stabilito - all'art. 4 dello Statuto - che *"La società è tenuta a realizzare e gestire i servizi e le attività di cui al presente articolo per conto degli enti locali soci in misura superiore all'80% del fatturato annuo. 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"*, formalizzando peraltro una situazione consolidata, per cui la quasi totalità del fatturato e dei servizi svolti da CEM Ambiente S.p.A. sono riferiti a prestazioni rese in favore dei soci, mentre le prestazioni ed i servizi svolte in favore di soggetti terzi assumono valore assolutamente residuale e poco significativo, in ogni caso ampiamente contenute entro tale limite del 20%.