

1. Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità nonché l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano a che un'autorità pubblica assegni, senza bandire una gara d'appalto, una concessione di servizi pubblici a una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, allorché dette autorità pubbliche esercitano su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la società in parola svolge la parte essenziale della sua attività con dette autorità pubbliche.

Per valutare se un'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario è soggetto a un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detto ente.

A tale riguardo, ove le decisioni relative alle attività di una società cooperativa intercomunale detenute esclusivamente da autorità pubbliche sono adottate da organi statutari di detta società composti di rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche in parola può essere considerato tale da consentire loro di esercitare sulla società di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi.

(v. punti 28, 42, dispositivo 1-2)

2. Qualora un'autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest'ultima, per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente, a maggioranza.

Infatti, un tale controllo deve essere analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento. L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale.

Allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad un ente concessionario comune, è di norma escluso che una di tali autorità, salvo che detenga una partecipazione maggioritaria nell'ente in questione, eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di tale ente. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale.

Orbene, un risultato del genere non sarebbe conforme al sistema di norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni. Infatti, un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. Detta possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle loro missioni di servizio pubblico può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche.

Pertanto, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano un ente concessionario cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente. Nel caso di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide.

- Consiglio di Stato, Sez. V, 8 Marzo 2011 n. 1447

Sulla legittimità dell'affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti disposto in favore di una società secondo il modulo del c.d. in house providing, interamente partecipata da enti locali.

Nel caso di affidamento in house, conseguente all'istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se esercitato non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo.

- Consiglio di Stato, Sez.V, 29 Dicembre 2009 n.8970

Nel caso di affidamento "in house" di un servizio pubblico ad una società partecipata da più enti, ai fini della legittimità dell'affidamento, non è la circostanza della configurabilità di un controllo totale ed assoluto di ciascun ente pubblico sull'intera società in house, bensì l'esistenza di strumenti giuridici (di diritto pubblico o di diritto privato) idonei a garantire che ciascun ente, insieme a tutti gli altri azionisti della società in house, sia effettivamente in grado di controllare ed orientare l'attività della società controllata. Pertanto, nel caso di specie, è corretto l'operato di un comune e di altre amministrazioni locali che, al fine del perseguimento della migliore gestione economica ed operativa del servizio di smaltimento dei rifiuti nei relativi territori, hanno aderito ad una struttura comune costituita ad hoc e partecipata esclusivamente dai piccoli comuni della comunità. Siffatta modalità operativa di affidamento in house consente, infatti, ai piccoli enti locali, da un lato di gestire il servizio con rilevanti margini di economia, dall'altro di controllare i livelli della prestazione dello stesso servizio pubblico essenziale, collaborando a tal fine con altri comuni limitrofi e creando le premesse per un servizio d'ambito per rendere più efficiente la gestione ed abbattere i costi del servizio.

- Consiglio di Stato, Sez. V, 26 Agosto 2009 n.5082

Sui casi in cui sussiste il requisito del "controllo analogo" necessario per ritenere legittimo l'affidamento "in house" di servizi pubblici, specie nel caso in cui della società affidataria facciano parte più enti pubblici.

- Consiglio di Stato, Sez. V, 9 Marzo 2009 n. 1365

Nel caso di società partecipate da più enti pubblici il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario deve essere effettivo, ancorché esercitato congiuntamente e, deliberando a maggioranza, dai singoli enti pubblici associati. Il requisito del controllo analogo necessario per ritenere legittimo l'affidamento in house di servizi pubblici ad una società di società partecipate da più enti pubblici non sottende una logica "dominicale", rivelando piuttosto una dimensione "funzionale": affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è infatti indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un "controllo" della governance societaria. In particolare, nel caso di specie, attraverso l'istituzione di un organo, denominato Assemblea dei Sindaci, i Comuni soci si sono riservati, oltre a rafforzati poteri di controllo sulla gestione, il potere, ad esercizio necessariamente congiunto (stante il metodo di voto all'unanimità),

di approvare in via preventiva tutti gli atti più rilevanti della società, ovverosia, tra le altre, tutte le deliberazioni da sottoporre all'assemblea straordinaria, quelle in materia di acquisti e cessioni di beni e partecipazioni, quelle relative alle modifiche dei contratti di servizio, quelle in tema di nomina degli organi e quelle in ordine al piano industriale. E' evidente che, in questo quadro, la mancata considerazione della sola gestione ordinaria non esclude la sussistenza di un controllo analogo concreto e reale, posto che gli atti di ordinaria amministrazione non potranno discostarsi dalle determinazioni preventivamente assunte dall'Assemblea dei Sindaci in ordine a tutte le questioni più rilevanti.

- Tar Sicilia-Catania, sez. III, 4 Gennaio 2008 n. 52

Sul sistema di gestione del ciclo integrato dei rifiuti in Sicilia a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza nel territorio siciliano. Sulla legittimità da parte dell'ATO dell'affidamento in house del servizio di gestione integrata dei rifiuti a Sicilia Ambiente spa. ... A seguito della emanazione dell'Ordinanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Protezione Civile, n. 2983 del 31 maggio 1999 i Comuni della Sicilia non hanno la possibilità giuridica di "riacquisire" il servizio di raccolta e smaltimento rifiuti urbani, sottraendosi alla società d'ambito e gestendolo in proprio; conseguentemente i Comuni non hanno più funzioni impositive e non possono determinare la tariffa del servizio; non hanno poteri di regolamentazione autonoma dello stesso, disponendo per il proprio territorio una eventuale organizzazione difforme da quella dell'ambito e tutte le funzioni residuali che permangono loro per effetto dell'art. 23 del dlgs. 22/97 i Comuni li esercitano obbligatoriamente "nella" società d'ambito, come socio nell'Assemblea. La società d'ambito per la raccolta e smaltimento dei rifiuti, quindi, è una modalità di gestione di un servizio attribuito in forma associativa e collettiva in capo a tutti gli Enti dell'ambito ottimale, con modalità avente natura e carattere obbligatorio, per via dell'avvenuto commissariamento emergenziale della Regione siciliana e degli Enti locali regionali in materia dei rifiuti; sono state infatti trasferite alla società d'ambito anche le risorse e le funzioni amministrative dell'Ente, nonché (soprattutto) la titolarità dei poteri coattivi di imposizione e riscossione della tariffa, come visto sopra (i quali a loro volta riflettono i costi di gestione e quindi sono il prodotto della traslazione tariffaria dei costi organizzativi dell'ente deputato al servizio sugli utenti); ed infine si è previsto espressamente che alla data di attivazione del servizio da parte della società d'ambito, le funzioni comunali in ordine al servizio vengono a cessare..." (TAR Sicilia - Catania, Sez. I, 26 Ottobre 2006, n. 1993). ... E' legittimo l'affidamento del servizio disposto in favore di Sicilia Ambiente, che a seguito delle modifiche statutarie opera quale soggetto affidatario in house di Ennaeumo, risultando integrati tutti i presupposti e le condizioni necessarie per ravvisare nella specie il cosiddetto controllo analogo, in quanto; la società svolge la propria attività prevalentemente, come oggi richiesto dalla giurisprudenza, nei confronti dell'ente pubblico affidatario; è indiscutibile l'esclusività dell'oggetto sociale, essendo previsto che "...la società ha come oggetto esclusivo lo svolgimento, in regime di affidamento diretto, nell'ambito territoriale degli enti locali soci, e per conto degli stessi, delle attività connesse al servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e al servizio idrico integrato ..."; il capitale sociale è interamente pubblico, non essendo prevista neanche a livello statutario, la possibilità dell'apporto di privati; gli enti pubblici esercitano un incisivo potere di intervento nelle scelte gestionali, senz'altro più pregnante di quello ordinariamente riconosciuto dal codice civile ai soci in ragione della loro partecipazione (tant'è vero che è espressamente attribuita all'Assemblea dei Soci la nomina degli organi sociali nelle società controllate, nonché la nomina ed il compenso del direttore generale ed il compenso dei

componenti di comitato esecutivo); i medesimi enti pubblici inoltre, esercitano poteri di controllo ulteriori (sia in materia contabile che ispettiva) rispetto a quelli ordinariamente spettanti ai soci, in base alle previsioni codicistiche; è prevista la costituzione di uno speciale organismo di controllo, diretta espressione degli enti pubblici, che esercita speciali poteri di controllo sulla qualità dell'amministrazione, sul bilancio e sulle attività rese e poteri ispettivi diretti e concreti, ivi compresi quelli di visitare i luoghi di produzione.

- TAR Lombardia, Milano, sez. III, 10/12/2008 n. 5759

E' legittimo un affidamento in house anche nel caso di una partecipazione esigua di un comune al capitale sociale di una società affidataria di un servizio pubblico. Sulla verifica della sussistenza del controllo analogo. L'esiguità della partecipazione al capitale di una società affidataria di un servizio pubblico da parte di un comune non è di per sé indice dell'impossibilità, per il comune, di esercitare sulla predetta società il cd. controllo analogo. Ed invero, nel caso di specie, essendo statutariamente imposto che società affidataria indirizzi la parte più rilevante della propria attività alla collettività degli Enti locali soci, è in tal maniera soddisfatto uno dei due requisiti che la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia CE richiede perché si possa ammettere la configurazione di un affidamento in house. La verifica del controllo analogo non può che effettuarsi sul piano dell'esistenza di previsioni che conferiscano, agli Enti aventi una partecipazione esigua alla società affidataria, dei poteri di controllo nell'ambito in cui si esplica l'attività decisionale della società tramite gli organi di questa: poteri che si esplichino non solo in forma propulsiva, sub specie di proposte da portare all'ordine del giorno di detti organi, ma anche e principalmente di poteri di inibizione di iniziative o decisioni che contrastino con gli interessi dell'Ente locale nel cui territorio si esplica il servizio, quali rappresentati dall'Ente stesso con le suindicate proposte. Occorre, inoltre, che i predetti poteri inibitivi siano esercitabili dall'Ente pubblico come tale, a prescindere dalla misura della partecipazione di esso al capitale della società affidataria, ma per il semplice fatto che l'Ente, nel cui territorio si svolge il servizio, consideri le deliberazioni o le attività societarie contrastanti con i propri interessi ed abbia per tal ragione il potere di paralizzare le suddette deliberazioni e attività. La giurisprudenza ha in particolare rinvenuto l'esistenza del controllo analogo in presenza di clausole, contenute nello statuto societario e nel contratto di servizio, attribuite all'Ente locale affidante delle seguenti prerogative, che l'Ente stesso può esercitare, ai fini del controllo sul servizio, indipendentemente dalla quota di capitale posseduta:- potere dell'Ente di effettuare nei confronti dell'organo amministrativo proposte di iniziative attuative del contratto di servizio;- diritto di veto sulle deliberazioni assunte in modo difforme dal contenuto delle proposte;- diritto di recesso dalla società, con revoca dell'affidamento del servizio, qualora il Comune abbia diritto di far valere la risoluzione o comunque lo scioglimento del contratto di servizio, nonché nel caso di violazione delle competenze assembleari, quando cioè l'organo amministrativo assuma iniziative rientranti nelle competenze dell'assemblea senza l'autorizzazione di questa. A ciò si sono poi aggiunte la riserva all'assemblea ordinaria del potere di trattare argomenti inerenti a pretese o diritti delle società sugli Enti locali nascenti dal contratto di servizio e il diritto di veto di ogni Ente locale interessato sulle relative determinazioni. Nel caso di specie, sussistono un complesso di elementi sufficiente, per quantità ed importanza, a configurare il cd. controllo analogo e, per l'effetto, a far rientrare la fattispecie stessa nell'in house providing, essendo fuori discussione l'altro requisito prescritto (cioè lo svolgimento, da parte della società, della parte più importante della propria attività con l'Ente o gli Enti pubblici che ne detengono il capitale: Corte di Giustizia CE, 17 luglio 2008, in C-371/05).

Gli strumenti a mezzo dei quali quanto sopra evidenziato si realizza sono individuabili nello statuto consortile, nei contratti di servizio, nella convenzione che deve sussistere tra gli enti consorziati.

Quanto alla coerenza dell'impostazione specifica di ASM in relazione ai criteri individuati dalla giurisprudenza, dalla dottrina e dalla migliore prassi a che un affidamento si possa ben qualificare come *in house providing*, si richiama quanto affermato dalla sentenza Consiglio di Stato, sezione V, 24/09/2010 n. ■■■, specificamente riferita ad ASM Pavia SpA

... 2.2. Trova, dunque, applicazione [tuttora, quale riferimento, ancorché abrogato] la previsione dell'art. 113, comma 5 lett. c), d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, secondo cui i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere affidati "a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

Secondo orientamento consolidato di questo Consiglio, da cui non v'è motivo di discostarsi, nel caso di affidamento *in house*, conseguente alla istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se svolto non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo, dovendo il requisito del controllo analogo essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente (v. C.d.S., Sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082; Cd.S. 9 marzo 2009, n. 1365). Occorre, in particolare, verificare che il consiglio di amministrazione della società di capitali affidataria *in house* non abbia rilevanti poteri gestionali, e che l'ente pubblico affidante (rispettivamente la totalità dei soci pubblici) eserciti(no), pur se con moduli societari su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della governance rispetto alla maggioranza azionaria, sicché risulta indispensabile, che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di *in house* frazionato – come nella fattispecie in esame –, della totalità degli enti pubblici soci (v. C.d.S., Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514).

Secondo la giurisprudenza comunitaria, formatasi segnatamente con riferimento a compagini multicomunali, la circostanza che l'autorità pubblica concedente/affidante detenga, da sola o insieme ad altre autorità pubbliche, l'intero capitale di una società concessionaria/affidataria, costituisce indice significativo in ordine all'esercizio, da parte di tale autorità pubblica, di un controllo su detta società, analogo a quello esercitato sui propri servizi; ai fini di un legittimo affidamento *in house*, occorre:

- (i) che l'attività della società affidataria sia limitata allo svolgimento dei servizi pubblici nel territorio degli enti soci,
- (ii) che venga esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi,
- (iii) che si svolga tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti,
- (iv) che gli enti soci esercitino un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società (v. C. giust. CE, Sez. II, 17 luglio 2008, C-

371/05, caso Comune di Mantova; C. giust. CE, Sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, caso Coditel Brabant; C. giust. CE, Sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07, caso Sea;).

2.3. Orbene, applicando le enunciate coordinate normative e giurisprudenziali al caso di specie, deve pervenirsi alla conclusione della corretta declaratoria di legittimità, nella gravata sentenza, della delibera consiliare di affidamento del servizio in esame all'A.S.M. Pavia s.p.a., interamente partecipata da enti pubblici locali (Comune di Pavia e Comuni minori limitrofi, sul piano socio-economico facenti parte di un'area urbana in gran parte integrata, riflettentesi tra l'altro sull'integrazione dei servizi pubblici locali), e precisamente al 99,49% dal Comune di Pavia, allo 0,50% da altri Comuni minori e allo 0,01% dal Comune di San Martino Siccomario, ente affidante, tenuto conto dei seguenti indici significativi connotanti l'assetto organizzativo della società affidataria in rapporto agli enti locali affidanti:

- secondo le previsioni statutarie dell'A.S.M. Pavia s.p.a., quali risultanti dalle modifiche apportate nel dicembre 2007, si tratta di società "a totale capitale pubblico locale", con divieto di cessione di partecipazioni societarie a privati, finalizzata alla gestione di servizi degli enti locali soci nell'interesse delle comunità locali (art. 1 dello statuto);

- è espressamente escluso il perseguimento in via principale di scopi di lucro (art. 28 dello statuto), ed è previsto che la parte più rilevante dell'attività sociale deve restare "rivolta alla collettività degli enti locali soci e che l'espletamento di tali servizi risulti funzionale al perseguimento dei propri fini istituzionali" (art. 4, comma 4, dello statuto);

- tra gli enti locali soci affidanti servizi all'A.S.M. Pavia s.p.a. è costituito un organismo comune – sulla base di convenzione stipulata ai sensi dell'art. 30 d. lgs. n. 267/2000 – denominato "Assemblea di coordinamento e controllo intercomunale", formato dai Sindaci dei Comuni affiliati con paritario diritto di voto indipendentemente dall'entità della partecipazione societaria, che definisce gli indirizzi operativi sui servizi affidati, vincolanti per il consiglio di amministrazione della società affidataria, tenuto ad adattare l'operato delle strutture gestionali societarie, ed esercita il controllo di efficacia complessiva dei servizi affidati all'organismo societario (artt. 1, comma 6 lett. b), e 20, commi 1 e 2, dello statuto; art. 3 della convenzione intercomunale);

- a ciascun Comune affidante sono attribuiti poteri propulsivi nei confronti del consiglio di amministrazione della società affidataria, consistenti in proposte di specifiche iniziative inerenti all'esecuzione dei singoli contratti di servizio, nonché poteri di veto sulle deliberazioni del c.d.a. riguardanti l'attuazione del contratto di servizio (art. 1, comma 6 lett. c), dello statuto; art. 16 del contratto di servizio stipulato tra il Comune appellato e l'A.S.M. Pavia s.p.a. in relazione al servizio di cui è causa);

- l'assetto societario è caratterizzato da un aumento dei poteri decisori dell'assemblea sociale rispetto al c.d.a., divergente dal modello ordinario, con attribuzione alla prima del potere di formulare indirizzi vincolanti in ordine al piano industriale – con la previsione di una maggioranza qualificata formata non solo in relazione all'entità delle quote sociali, ma anche al numero dei Comuni soci – e agli atti più significativi relativi all'erogazione dei servizi, quale la predisposizione della carta dei servizi e degli schemi generali dei contratti di servizio (art. 1, comma 6 lett. a), dello statuto).

Sulla base di una valutazione unitaria e globale dei riferiti indici ricostruttivi dell'assetto organizzativo connotante struttura e funzione della società affidataria A.S.M. Pavia s.p.a. ed i rapporti tra la società predetta e i Comuni soci affidanti, deve pervenirsi alla conclusione che ricorre un modulo organizzativo istituzionalizzato –fondato sullo statuto

sociale, sull'organismo intercomunale costituito in forza di convenzione ex art. 30 d. lgs. n. 267/2000 e sui singoli contratti di servizio, e dunque su strumenti organizzativi espressamente riconosciuti dall'ordinamento –, il quale assoggetta l'attività della società affidataria, anche sul piano dell'effettività, a poteri di indirizzo, vigilanza e controllo dei Comuni soci affidanti, sganciati dall'entità della partecipazione societaria e divergenti dal comune modello societario codicistico, che appaiono indubbiamente idonei ad integrare il requisito del controllo analogo ai sensi dell'art. 113, comma 5 lett. c), d. lgs. n. 267/2000, con conseguente infondatezza dei dedotti motivi di gravame.

vi) Le considerazioni correlate all'obbligatorio svolgimento delle gestioni in esclusiva territoriale ed al servizio universale

Con riferimento agli obblighi di servizio pubblico ed universale in tema di ciclo dei rifiuti, si consideri quanto segue.

Gli obblighi in questione, richiamati esplicitamente dall'art.34, c.20 DL 179 / 2012 sono indiscutibilmente correlati all'impossibilità di interrompere il servizio per evidenti ragioni igienico – sanitarie e di qualità della vita nelle comunità locali.

Risulta opportuno evidenziare come da una parte sia la stessa normativa ad imporre l'obbligatorio svolgimento del servizio di igiene ambientale, e dall'altra come non trovi applicazione l'opzione di concorrenza totale nel mercato di cui alla verifica antitrust già ex art.4, cc. da 1 a 4 DL 138 / 2011, ora incostituzionale come da sentenza Corte Cost 199 / 2012, ma pur sempre di riferimento in termini di valutazione tra l'alternativa della concorrenza totale nel mercato, rispetto all'approccio con attribuzione di esclusiva ad un unico affidatario.

Circa l'obbligatorietà dello svolgimento del ciclo dei rifiuti, il già sopra riportato art.200 DLgs 152 / 2006 tratta del servizio come di una gestione a svolgimento obbligatorio, a cura dell'ente d'ambito.

Del resto, sempre in ottica obbligatoria, in base allo stesso art.198, cc.2 e ss. DLgs 152 / 2006 già sopra richiamato (Competenze dei Comuni):

2. I comuni concorrono a disciplinare la gestione dei rifiuti urbani con appositi regolamenti che, nel rispetto dei principi di trasparenza, efficienza, efficacia ed economicità e in coerenza con i piani d'ambito ..., stabiliscono in particolare:

a) le misure per assicurare la tutela igienico-sanitaria in tutte le fasi della gestione dei rifiuti urbani;

b) le modalità del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani;

c) le modalità del conferimento, della raccolta differenziata e del trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati al fine di garantire una distinta gestione delle diverse frazioni di rifiuti e promuovere il recupero degli stessi;

d) le norme atte a garantire una distinta ed adeguata gestione dei rifiuti urbani pericolosi e dei rifiuti da esumazione ed estumulazione ...;

e) le misure necessarie ad ottimizzare le forme di conferimento, raccolta e trasporto dei rifiuti primari di imballaggio in sinergia con altre frazioni merceologiche, fissando standard minimi da rispettare;

f) le modalità di esecuzione della pesata dei rifiuti urbani prima di inviarli al recupero e allo smaltimento;

g) l'assimilazione, per qualità e quantità, dei rifiuti speciali non pericolosi ai rifiuti urbani

3. I comuni sono tenuti a fornire alla regione, alla provincia ed alle Autorità d'ambito tutte le informazioni sulla gestione dei rifiuti urbani da esse richieste.

4. I comuni sono altresì tenuti ad esprimere il proprio parere in ordine all'approvazione dei progetti di bonifica dei siti inquinati rilasciata dalle regioni.

In tema di obbligatorietà del servizio, infine può essere richiamato l'art.59, c.2 DLgs 507 / 1993. Fermo restando il potere di determinazione dei perimetri entro i quali è obbligatoriamente istituito il servizio dei rifiuti urbani interni ai sensi degli articoli 3 e 8 del decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1982, n. 915 (peraltro abrogato ex DLgs 152 / 2006), previa ricognizione dei perimetri del centro abitato, delle frazioni e dei nuclei abitati, ivi compresi i centri commerciali e produttivi integrati, i Comuni possono estendere il regime di privativa di smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni ed equiparati ad insediamenti sparsi siti oltre le zone perimetrate sopra menzionate.

La conferma del fatto che il ciclo dei rifiuti deve essere gestito in esclusiva (evidenziandosi un ente pubblico affidante, ed un affidatario unico per territorio e periodo di tempo) e non in regime di concorrenza totale (venir meno del ruolo di affidante da parte dell'ente pubblico, libero dispiego della concorrenza tra più gestori contestualmente operanti sul territorio), a livello di singolo Comune, soprattutto quando quest'ultimo sia di dimensioni medio - piccole, può derivare dalle considerazioni che seguono.

Il ciclo dei rifiuti appare caratterizzato dai seguenti aspetti, elaborati per i singoli segmenti del servizio (raccolta; spazzamento stradale; smaltimento finale; altri segmenti).

Quanto alla raccolta dei rifiuti, appare in teoria possibile che più operatori nel mercato, in contestuale concorrenza tra loro, intrattengano rapporti diretti con gli utenti finali del servizio, i quali potrebbero anche cambiare il proprio fornitore a seconda della convenienza economica e del livello del servizio reso ma, nel concreto, la questione non risulta attuabile.

Più operatori all'interno dello stesso Comune causerebbero probabilmente problemi di traffico pesante, di sovrapposizione, di necessità di identificazione del rifiuto di spettanza di ciascuno i quali non appaiono (facilmente) risolvibili, come pure risulterebbe arduo raggiungere facilmente obiettivi predeterminati di raccolta differenziata in un sistema multi - gestore che richiederebbe un non facile coordinamento.

Inoltre, dal punto di vista dello strumento stesso di relazione tra il singolo operatore e l'utente finale, la sentenza Corte Costituzionale 239 / 2009 ha ritenuto, diversamente dalla prassi sino a quel punto adottata, che la tariffa di igiene ambientale ex art.49 DLgs 22 / 1997 ed ex DLgs 152 / 2006 nelle varianti possibili (c.d. "tia 1", "tia 2", "tia 3") fosse nella maggior parte delle applicazioni da considerarsi un tributo e non una tariffa commerciale ex artt. 3 e 4 DPR 633 / 1972.

Dopo una serie di prese di posizione ondivaghe da parte dei diversi soggetti chiamati ad esprimersi a vario titolo (Agenzie delle Entrate a mezzo di circolari, commissioni tributarie, Corte di Cassazione), con soluzioni adottate nella prassi e suggerite dalla dottrina le quali non potevano che tener conto della precarietà del quadro di riferimento, solo con la sentenza della Corte di Cassazione 15.02.2012, n.3294 si è ribadita in via pressochè definitiva la natura tributaria della tariffa di igiene ambientale.

La questione di cui sopra dovrebbe essere superata dall'introduzione, con decorrenza 01.01.2013, della TARES ex DL 201 / 2011, la quale prenderà il posto della tassa rifiuti ex DLgs 507 / 1993 e della tariffa di igiene ambientale nelle sue diverse versioni.

Pertanto, non risulta quindi nemmeno sussistere uno strumento che possa legittimamente correlare, dal punto di vista commerciale, più operatori e più utenti nell'ottica della concorrenza del mercato (ciò non risulta più poter valere per la tariffa di igiene ambientale, e ciò certamente non varrà per la TARES, tributo a gestione diretta comunale, salvo il caso della c.d. TARES – corrispettivo, a fronte di modelli di raccolta con misurazione puntuale della quantità dei rifiuti, modello che in ogni caso non trova e non troverà applicazione nel territorio di riferimento di

Pavia); il transito della remunerazione del gestore in concorrenza totale per l'erogazione di un corrispettivo comunale pare di fatto essere di impossibile attuazione.

Quanto allo spazzamento stradale, si tratta in tutta evidenza di un segmento per il quale l'esclusiva (unico operatore per Comune per periodo di tempo determinato) non può che essere mantenuta; si tratta infatti di accedere al suolo pubblico per effettuare operazioni di pulizia, e solo l'ente proprietario del suolo può ordinatamente definire quale sia l'(unico) affidatario che si occupi del segmento specifico; la concorrenza nel mercato non appare nemmeno concepibile.

Quanto agli altri possibili segmenti del ciclo dei rifiuti, come anche da parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 16 Maggio 2012, n. AS940, relativa ai servizi pubblici locali di rilevanza economica concernenti la filiera ambientale del Comune di Torino (AS940), a fronte della delibera di Giunta dello stesso Comune (17.04.2012, n.ord. 78 2012 01917/064), quanto segue è da considerarsi già liberalizzato (con le precisazioni di cui alla citata delibera): selezione / trattamento dei rifiuti speciali non pericolosi; trattamento dei rifiuti pericolosi prodotti da aziende; noleggio di attrezzature di raccolta e trasporto rifiuti; bonifiche di manufatti contenenti amianto; rimozione di graffiti da superfici orizzontali e verticali; analisi di laboratorio limitatamente alla composizione del rifiuto; studio dei parametri quali / quantitativi per la definizione degli indici di produzione specifica dei rifiuti da parte delle diverse categorie di produttori; raccolta e demolizione di carcasse di auto; rimozione, radiazione e rottamazione di autoveicoli; pronto intervento discariche abusive; derattizzazione e disinfestazione; asporto rifiuti in ossequio ad ordinanza di sgombero; posizionamento e pulizia di servizi igienici.

In esito alle considerazioni di cui sopra, pare potersi concludere che il ciclo dei rifiuti si caratterizzi per obblighi allo svolgimento del servizio, e ciò in forma di esclusiva da parte di un ente affidante ad un solo affidatario per territorio e periodo di tempo.

vii) Le compensazioni economiche (Aiuti di Stato)

Si consideri quanto segue in materia di compensazioni economiche (aiuti di Stato), come previsto si debba evidenziare alla luce dell'art.34, c.20 DL 179 / 2012:

In attuazione del pacchetto della Commissione UE di cui sopra in data 20.11.2012, è stato approvato il Regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione del 25 Aprile 2012 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore («de minimis») concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale; quest'ultimo prevede tra l'altro che, all'art.2 (Aiuti "de minimis"): 1. Sono considerati non corrispondenti a tutti i criteri dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, e pertanto esenti dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del trattato, gli aiuti concessi alle imprese per la fornitura di servizi di interesse economico generale che rispettano le condizioni stabilite ai paragrafi da 2 a 8 del presente articolo. 2. L'importo complessivo degli aiuti "de minimis" concessi a un'impresa che fornisce servizi di interesse economico generale non supera i 500 000 EUR nell'arco di tre esercizi finanziari.

Giacchè il corrispettivo ad ASM a fronte del contratto di servizio non configura certamente un aiuto di Stato, si ritiene di dover dare atto del fatto di non dover effettuare alcuna segnalazione sul tema.

Infatti, il corrispettivo (da Comune e / o da utenti) per la gestione del servizio è attinente esclusivamente a quest'ultimo, e non si rileva l'utilizzo gratuito, da parte di ASM SpA, di infrastrutture di proprietà pubblica a titolo gratuito (o situazioni analoghe), né enti pubblici erogano contributi a fondo perduto a supporto di ASM SpA ad altro titolo (ad esempio, per la realizzazione di impianti, per la sostituzione del parco cespiti o altro).