

i) L'evoluzione normativo – giurisprudenziale in materia di servizi pubblici

L'art.34, cc.20 e 21 DL 179 / 2012 convertito in Legge 221 / 2012 prevede quanto segue:

20. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

21. Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013.

La presente relazione è elaborata relativamente a raccolta, trasporto, spazzamento, smaltimento dei rifiuti (società interamente pubblica a partecipazione multicomunale) in territorio del nostro Comune, che assume la veste di ente concedente / affidante, ma dovendosi tener conto di quanto al successivo numero ii); la relazione dimostra la coerenza dell'affidamento diretto *in house*, il quale peraltro deve essere assunto quale soluzione transitoria, in vista di una conferma e / o di un superamento verso altra forma di gestione, alla luce di quanto sarà evidenziato al già citato successivo § ii).

Appare innanzitutto necessario operare la classica distinzione tra servizio pubblico locale ed attività resa a favore dei Comuni (diverse dai servizi pubblici) al fine di collocare il ciclo dei rifiuti in una delle due famiglie.

Tra molte, la sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 9/9/2011 n. 5068, *Sul criterio distintivo tra concessione di servizi ed attività resa al Comune* evidenzia la distinzione come segue: *Le concessioni [di servizi], nel quadro del diritto comunitario, si distinguono [dalle attività] non per il titolo provvedimentale ..., né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale ..., ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato. La giurisprudenza della Corte di Giustizia CE ha ribadito che si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione [spesso con tariffa a carico degli utenti], mentre in caso di assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione, l'operazione rappresenta [un'attività resa al Comune].*

Circa il dibattuto tema della *rilevanza economica*, va innanzitutto evidenziato quanto espresso con la sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 23/10/2012 n. 5409, la quale sintetizza gli argomenti che hanno animato la pluriennale discussione, articolatasi secondo l'evoluzione della normativa, della giurisprudenza, della dottrina e della prassi.

La distinzione tra [servizi ed] attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non è possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura economica (secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al 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 dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione. In sostanza, per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno si deve prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi). Dunque, la distinzione può anzitutto derivare da due presupposti, in quanto non solo vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato, presenta o non presenta tale rilevanza economica. Saranno, quindi, privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo (invero, la dicotomia tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica può anche essere desunta dalle norme privatistiche, coincidendo sostanzialmente con i criteri che contraddistinguono l'attività di impresa nella previsione dell'art. 2082 Cod. civ. e, per quanto di ragione, dell'art. 2195 o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso). Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto se le modalità di erogazione, ne consentano l'assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica.

... 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

Alla luce di tutto quanto sopra, per raccolta, trasporto, spazzamento e smaltimento dei rifiuti risultano ricorrere le caratteristiche sopra evidenziate perché il ciclo possa ben rientrare nell'alveo dei servizi pubblici, come peraltro stabilito anche dai pareri dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato ("AGCM") AS705 - AS684 - AS678 - AS612 - AS604 - AS573 - AS570 - AS564 - AS558 - AS544 - AS530 - AS526 - AS562 - AS561 - AS548 - AS594 - AS599 - AS601 - AS620 - AS627 - AS706 - AS708 - AS726 - AS727 - AS728 - AS739 - AS740 - AS742 - AS743); inoltre, il ciclo dei rifiuti è individuato esplicitamente quale servizio, oltre che da previgenti leggi (tra altre, l'art.23bis, c.10 DL 112 / 2008 nella sua versione originale), dall'art.200, c.1 DLgs 152 / 2006 (norma nazionale in materia di ambiente).

Si deve quindi innanzi tutto concludere che il ciclo dei rifiuti, quando oggetto di affidamento, deve essere oggetto della relazione ex art.34, c.20 DL 179 / 2012.

Si deve quindi innanzi tutto concludere che il ciclo dei rifiuti, quando oggetto di affidamento, deve essere oggetto della relazione ex art.34, c.20 DL 179 / 2012.

La tumultuosa evoluzione normativo - giurisprudenziale degli ultimi anni, afferente le forme di gestione dei servizi pubblici locali ed il ciclo dei rifiuti, può essere riassunta come segue:

- con l'art.34, cc.20 e ss DL 179 / 2012, il legislatore torna ad interessarsi della materia dei servizi, delle attività e delle società pubbliche locali;
- la sentenza Corte Cost. 199 / 2012 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art.4 DL 138 / 2011, convertito in Legge 148 / 2011, ed anche delle modifiche ed integrazioni allo stesso apportate dall'art.9 Legge 183 / 2011, dall'art.25, c.1 DL 1 / 2012 convertito in Legge 27 / 2012, dall'art.53 DL 83 / 2012;
- il DPR 113 / 2011 ha abrogato l'art.23bis DL 112 / 2008 convertito in legge 133 / 2008, modificato ed integrato dall'art.15 DL 135 / 2009 convertito in Legge 166 / 2009, nonché ha abrogato il DPR 168 / 2010, regolamento di attuazione del citato art.23bis;

- l'art.12, c.1 ha abrogato l'art.113, cc. 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater DLgs 267 / 2000;

ii) Fattori di instabilità dell'attuale quadro normativo / giurisprudenziale

Come anticipato, la transitorietà del modello di affidamento *in house* oggetto della presente relazione si correla ai fattori di seguito esaminati.

Dal punto di vista degli Enti Locali concedenti / affidanti il ciclo dei rifiuti, appare necessario evidenziare il complesso quadro normativo - giurisprudenziale di riferimento.

Un primo aspetto di notevole rilevanza è correlato all'individuazione, ai fini del governo e della gestione del servizio, per ambiti sovracomunali.

In tempi ormai remoti, fu l'art.200 DLgs 152 / 2006 ad introdurre la logica della gestione per ambiti nel ciclo dei rifiuti, ma la Regione Lombardia, con comunicazione della Direzione Generale reti e Servizi prot.17129 del 06.08.2007 *Chiarimento in merito all'organizzazione territoriale di gestione dei rifiuti urbani*, espresse la propria posizione circa la non individuazione degli ambiti multi comunali, giacchè la Regione si avvale dell'opzione ex art.200, c.7 DLgs 152 / 2006 di non individuare gli ambiti, purchè il modello adottato rispettasse i principi ispiratori (di concorrenza e liberalizzazione), e così si affermava fossero le previsioni ex LR 26 / 2003 (come modificata ed integrata dalla LR 18 / 2006 e dalla LR 1 / 2009), cosicchè era il singolo Comune a mantenere il ruolo di ente concedente / affidante, salva la facoltà dei Comuni di associarsi volontariamente ai fini di svolgimento del servizio su base territoriale più ampia.

Il vigente art. 3-bis, c.1 (*Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali*) DL 138 / 2011, introdotto dall'art.25, c.1 DL 1 / 2012 convertito in Legge 27 / 2012 ... prevede quanto segue: *A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le Regioni ... organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete [per cui si veda il capoverso successivo] di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio, entro il termine del 30 Giugno 2012. La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Le Regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio - economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei Comuni presentata entro il 31 Maggio 2012 previa lettera di adesione dei Sindaci interessati o delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'art.30 del testo unico degli enti locali di cui al DLgs 18 Agosto 2000, n.267. Fermo restando il primo periodo di cui al presente comma, è fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in sede di attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, ai sensi delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali di dimensione non inferiore a quella del presente comma. ...*

Si consideri inoltre l'art.25, c.4 DL 1 / 2012 convertito in Legge 27 / 2012, per cui *Per la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate ai sensi dell'art.202 DLgs 3 Aprile 2006, n.152 [di nuovo, a livello d'ambito], e nel rispetto della normativa nazionale ed europea, le seguenti attività: a) la gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti; b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e recupero nonché,*

ricorrendo le ipotesi di cui alla precedente lettera a), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani ed assimilati prodotti all'interno dell'ATO. Nel caso in cui gli impianti siano di titolarità di soggetti diversi dagli enti locali di riferimento, all'affidatario del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani devono essere garantiti l'accesso agli impianti a tariffe regolate e predeterminate e la disponibilità delle potenzialità e capacità necessarie a soddisfare le esigenze di conferimento indicate nel piano d'ambito.

Recentemente, con l'art.34, c.23 DL 179 / 2012, Dopo il comma 1 dell'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni, è inserito il seguente: «1-bis. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo».

Al riguardo, la scheda di lettura della Camera dei Deputati n.737 del 06.12.2012, a commento della norma parla di una riserva esclusiva di funzioni per gli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei per servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica.

Per completezza, risulta coerente con il principio delle gestioni efficienti per ambiti vasti anche l'art.6, c.1 (Modifica all'articolo 200 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in materia di organizzazione territoriale del ciclo di gestione dei rifiuti) Disegno di legge n. 3162 (Modifiche al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e altre disposizioni in materia ambientale), approvato dal Senato il 9 Maggio 2012 a fronte del DDL 4240 ricevuto dalla Camera dei Deputati, ora ritrasmissione dal Senato alla Camera quale atto 4240b, ai fini dell'approvazione definitiva o della ritrasmissione con modifiche ed integrazioni (ma, a quanto risulta, senza possibilità di approvazione definitiva entro al fine della corrente legislatura nazionale), il quale prevede che Al comma 1 dell'articolo 200 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, è aggiunta, in fine, la seguente lettera: «f-bis) l'azienda costituita da soli enti locali, anche in forma di società di capitali partecipata unicamente da enti locali, derivante dalla trasformazione di consorzi o aziende speciali ai sensi dell'articolo 115 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, risultante dall'integrazione operativa, perfezionata entro il termine del 31 dicembre 2012, di preesistenti gestioni dirette o in house tale da configurare un unico gestore del servizio a livello di bacino, può costituire ambito territoriale ottimale, purché la popolazione servita sia pari o superiore a 250.000 abitanti, salvo che la regione fissi un limite inferiore per particolari situazioni locali. In tale caso detta azienda diventa autorità d'ambito a tutti gli effetti e l'affidamento dei servizi di raccolta e di smaltimento o comunque afferenti al ciclo integrato dei rifiuti avviene direttamente all'azienda stessa anche in deroga all'articolo 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148. I contratti stipulati a seguito di regolare gara mantengono efficacia fino alla naturale scadenza. Singoli comuni non facenti originariamente parte dell'azienda possono entrare a farne parte, se ricorrano per gli stessi motivate esigenze di efficacia, efficienza ed economicità. Nel caso in cui i predetti comuni facciano parte di ambiti territoriali ottimali differenti, essi devono chiedere autorizzazione alla regione».

Circa gli ambiti del ciclo dei rifiuti, la Regione non si è espressa entro il 30.06.2012, pur a fronte numerose proposte da parte di gruppi di Comuni entro il 31.05.2012 e pur essendo ciò previsto dal già citato art.3bis, c.1 DL 138 / 2011; sempre in base a quest'ultima norma, nonostante sia decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei Ministri, a tutela