

Relazione illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti per la forma di affidamento prescelta (ex D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, art. 34 commi 20 e 21)

INFORMAZIONI DI SINTESI

Oggetto dell'affidamento	<i>Servizio di raccolta integrata dei rifiuti solidi urbani e servizi connessi</i>
Ente affidante	<i>Comune di Ceccano</i>
Tipo di affidamento	<i>Procedura aperta con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa</i>
Modalità di affidamento	<i>Gara ad evidenza pubblica in applicazione delle norme inerenti gli appalti o le concessioni di servizi di cui al D.Lgs. 50 del 19 aprile 2016;</i>
Durata del contratto	<i>Anni 5</i>
Specificare se nuovo affidamento o adeguamento di servizio già attivo	<i>Nuovo affidamento a seguito scadenza del precedente contratto di servizio</i>
Territorio interessato dal servizio affidato o da affidare	<i>Comune di Ceccano</i>

SOGGETTO RESPONSABILE DELLA COMPILAZIONE

Nominativo	Sodani Filippo
Ente di riferimento	Comune di Ceccano
Area/servizio	Settore V [^]
Telefono	0775/622307
Email	Settore5@comune.ceccano.fr.it
Data di redazione	27/02/2017

Introduzione

L'art. 34, cc. 20 e 21 DL 179 / 2012 convertito in Legge 221 / 2012, prevede per i 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 effettuata sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, atta ad offrire contezza delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e dei contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico , indicando le compensazioni economiche se previste.

Gli enti devono motivare le proprie decisioni, attraverso una valutazione comparativa di convenienza, nella suddetta relazione che sono tenuti a predisporre e pubblicare prima di procedere all'affidamento del servizio.

La scelta della modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica deve perseguire, nel rispetto della normativa vigente, i seguenti obiettivi:

- (a) efficacia rispetto alle finalità di interesse generale degli enti territoriali;
- (b) economicità in termini di costi di fornitura dei servizi, nell'interesse degli utenti e nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica;
- (c) tutela della concorrenza.

Qualsiasi decisione va motivata, dunque, in base a criteri di efficacia e di vantaggiosità economica. Ulteriori elementi di valutazione possono riguardare i vincoli comparativi a cui sono sottoposte le diverse forme di gestione, quelli derivanti dalla normativa sugli aiuti di Stato e la salvaguardia del valore dell'impresa di proprietà dell'ente territoriale.

L'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali può infatti avvenire mediante una delle seguenti modalità:

- 1) gara ad evidenza pubblica in applicazione delle norme inerenti gli appalti o le concessioni di servizi di cui al D.Lgs. 50 del 19 aprile 2016;
- 2) affidamento a società a capitale misto pubblico e privato con procedura di gara per la scelta del socio privato, a cui attribuire specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (procedura cd. a doppio oggetto);
- 3) affidamento diretto a società c.d. in house.

Al fine di ottemperare a quanto previsto dall'art. 34, comma 13, del D.L. 179/2012, in ordine alla necessità di dar ragione dei motivi e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento in caso di affidamento di un servizio pubblico locale di rilevanza economica il Responsabile del V^ settore ha elaborato la seguente Relazione.

Normativa di riferimento

Il settore dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento ai servizi di “rilevanza economica”, è stato nell’ultimo decennio oggetto di un’intensa attività normativa che, in difetto di una mirata azione di coordinamento, ha prodotto nel tempo una confusa ed a volte contraddittoria stratificazione di norme. Dopo le sentenze n. 24/2011 e n. 199/2012 della Corte Costituzionale, il riferimento generale risulta costituito dalla disciplina e giurisprudenza europea (direttamente applicabile), nonché dalle norme settoriali attualmente in vigore.

In tale nuovo contesto normativo si inserisce la presente relazione, introdotta con l’art. 34, commi 20 e ss., D.L. 179 del 18 ottobre 2012, all’interno della quale il soggetto affidante è chiamato ad indicare le ragioni sottese alla scelta di una determinata forma di affidamento, nonché a dimostrare il rispetto della normativa comunitaria.

Per una corretta attuazione del disposto di cui al citato art. 34, risulta opportuno, in via preliminare, ricostruire il quadro normativo di riferimento.

Contesto comunitario

In tema di Servizi di interesse economico generale (SIEG), l’art. 36 della Carta di Nizza introduce il principio del libero accesso agli stessi disponendo che: “Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell’Unione, questa riconosce e rispetta l’accesso ai servizi d’interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati.” L’art. 14 TFUE definisce i SIEG quali “valori comuni” dell’Unione in riferimento al loro ruolo “di promozione della coesione sociale e territoriale”, e prevede che l’Unione e gli Stati membri, secondo i rispettivi poteri e le rispettive competenze, “provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti...”. L’art. 106 TFUE disciplina gli “obblighi di servizio pubblico”, prevedendo che anche alle imprese pubbliche siano applicate le regole sulla concorrenza, purché esse non ostino all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. L’articolo 106, paragrafo 2, prevede, dunque, un’eccezione alle norme sulla concorrenza contenute nel trattato, a condizione che: a) vi sia un atto d’incarico mediante il quale lo Stato conferisce ad un’impresa la responsabilità dell’esecuzione di un determinato compito; b) il conferimento dell’incarico deve essere relativo ad un servizio d’interesse economico generale; c) l’eccezione deve essere necessaria per l’esecuzione dei compiti assegnati e proporzionale a tale scopo («requisito della necessità»); d) lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità. L’art. 106 TFUE va poi letto in combinato con il successivo art. 107 TFUE ai sensi del quale, salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti di stato, sotto qualsiasi forma concessi che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. Sempre in tema di norme specifiche, il protocollo n. 26 al Trattato di Lisbona prevede che l’Unione adotti le misure destinate all’instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati. Detto protocollo inoltre valorizza: 1. il principio di sussidiarietà riconoscendo l’ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di individuare, disciplinare e organizzare SIEG il più vicino possibile alle esigenze degli utilizzatori; 2. la diversità tra i vari SIEG e le differenze delle esigenze e delle preferenze degli utenti, che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse e da peculiarità socioculturali delle collettività di riferimento; 3. un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, parità di trattamento e promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utente.

Contesto nazionale

L'art. 3-bis, comma 1, del D.L. 138/2011 dispone l'obbligo in capo alle regioni, a tutela della concorrenza e dell'ambiente, di organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi.

La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale.

Precisa che, le regioni, possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socioeconomica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio.

Il successivo comma 1 bis stabilisce che 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 suddetto articolo.

Per quanto riguarda le scelte della modalità di affidamento, l'ordinamento interno, se pur indirizza la scelta con meccanismi premiali verso l'apertura al mercato, non indica un modello preferibile – ossia non predilige né l'in house, né la piena espansione della concorrenza nel mercato e per il mercato e neppure il partenariato pubblicoprivato – ma rinvia alla scelta concreta del singolo ente affidante.

L'affidamento diretto in house a società partecipate da enti pubblici è, comunque, una delle ordinarie modalità di gestione dei SPL consentita, purché ne ricorrano i presupposti giuridici.

A fronte della citata possibilità di scelta tra i diversi modelli gestionali da parte della pubblica amministrazione, l'opzione tra modello in house e ricorso al mercato, deve basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire:

- valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti;
- individuazione del modello più efficiente ed economico;
- adeguata istruttoria e motivazione.

Il D.L. 179/2012 è intervenuto sulla specifica questione disciplinando l'istituto della relazione a motivazione dei presupposti della scelta di un modello di gestione distinto dalla procedura di evidenza pubblica, prevedendo che (art. 34 comma 20 del D.L. 179/2012) detta scelta debba avvenire in base ai principi di parità tra gli operatori, di economicità della gestione e di adeguata informazione alla collettività di riferimento. L'obiettivo della relazione è, dunque, quello di esternare le ragioni della scelta concretamente operata dall'Ente, nonché la sussistenza delle condizioni giuridiche necessarie a supportarne la legittimità; il tutto al fine di favorire obiettivi di trasparenza dell'azione amministrativa, di vagliarne e valutarne la validità e legittimità delle scelte operate.

Sotto il profilo della disciplina sostanziale, poi, la relazione dovrà definire “obblighi di servizio pubblico e servizio universale” nonché le relative compensazioni economiche.

In aggiunta a quanto riportato, il quadro normativo di riferimento individua altri limiti e vincoli dei quali occorrerà dare conto ai fini della giustificazione della scelta del modello operativo, tanto più se di natura

societaria, con particolare riferimento al modello gestionale e al perimetro settoriale dei servizi erogati. Nello specifico, per quanto concerne il modello di gestione dell'affidamento in house a società partecipate, occorre tenere conto dell'art. 13 del D.L. n. 223 del 04/07/2006 che introduce i due principi rispettivamente: di esclusività della prestazione in favore degli enti partecipanti (divieto dell'operatività extra moenia) per le società che forniscono beni e servizi strumentali alla pubblica amministrazione (con esclusione delle società che erogano le funzioni di stazione unica appaltante, nonché che erogano servizi pubblici locali) e di esclusività dell'oggetto sociale (cd "esclusività oggettiva").

Dal divieto di cui al comma 1 dell'art. 13 (ma non anche dall'obbligo di esclusività dell'oggetto sociale di cui al comma 2) sono escluse, come detto, le società che erogano servizi pubblici locali. Resta, tuttavia, fermo che dette società, ove preposte all'erogazione di servizi pubblici come consentito, tuttavia, non debbono in alcun modo essere affidatarie di servizi strumentali nel senso specificato sopra a meno che, come recentemente affermato dalla giurisprudenza: "svolgano di fatto e residualmente attività strumentali, come fase del processo di produzione di servizi di interesse generale cui sono preordinate.

Per tali società, infatti, non si può affermare sussista una violazione del decreto Bersani, in quanto l'oggetto sociale rimane omogeneo e non qualificabile attività strumentale. Solo in questo caso si può parlare di "prevalenza" non incompatibile con la prescrizione di esclusività di cui al comma 2, dell'art. 13, del Decreto Bersani e, al contempo, rilevante ai fini dell'esclusione di cui al comma 3, dell'art. 4 della Spending Review".

D'altra parte ciò che la disciplina in esame vuole evitare è che la società che eroghi servizi pubblici possa svolgere anche attività d'impresa godendo dei benefici che le derivano dall'essere anche pubblica amministrazione, al fine di evitare pericolose distorsioni del regime concorrenziale. Il quadro normativo è completato dall'art. 3 comma 27 L. n. 244/2007, dall'art. 4 D.L. 95/2012 e dall'art. 14 (in particolare commi 27 ss.) del D.L. 31-5-2010 n. 78. L'art. 3, comma 27 L. n. 244/2007 prevede un divieto speculare a quello di cui all'art. 13, in quanto rivolto direttamente alle amministrazioni (e non agli organismi societari) alle quali è precluso di costituire società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi non strettamente necessarie al proseguimento delle proprie finalità istituzionali. Inoltre la Corte Costituzionale con sentenza 4 maggio 2009, n. 148 ha evidenziato che, con la previsione in parola: da un lato, il legislatore ha mirato a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici; dall'altro, ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione.

L'art. 14 del D.L. 78/2010 prevede, a sua volta alcuni obblighi di detenzione di partecipazioni azionarie e dismissione delle partecipazioni in essere (per comuni con meno di 30.000 abitanti) ovvero limita la partecipazione ad una sola società (per i comuni con un numero di abitanti compreso fra 30.000 e 50.000).

L'art. 4 del D.L. 95/2012 (essenzialmente supportato da ragioni di risparmio di spesa), a sua volta, prevede: a) l'obbligo di scioglimento e/o di dismissione delle partecipazioni azionarie per le società controllate che abbiano conseguito – per l'anno 2011 – un fatturato da prestazioni di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% dell'intero fatturato; b) l'esclusione degli obblighi di cui alla lett a) alle società che svolgono servizi di interesse generale; c) l'esclusione degli obblighi di cui alla lett a) alle società di produzione di beni e servizi strumentali qualora per le loro caratteristiche e peculiarità territoriali non sia possibile il ricorso al mercato e sia effettuata l'analisi di mercato che attesti l'impossibilità del ricorso al mercato.

Chiaramente le società strumentali in questione dovranno essere in regola con le condizioni di esclusività di cui al citato art. 13 D.L. 223/2006 riportate al punto 2, lett b). In questo contesto si deve, altresì considerare che ai sensi dell'art. 6, comma 19 del D.L. 78/2010, gli enti locali non possono operare aumenti di capitale delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio

ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Tuttavia la norma citata consente 6 “i trasferimenti di cui al primo periodo” a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti.

Contesto regionale

Il Piano di Gestione dei Rifiuti tuttora vigente è stato formalmente adottato con deliberazione di Consiglio Regionale nl. 14 del 2012.

In particolare il Piano Regionale dei Rifiuti, approvato con deliberazione del Consiglio Regionale n 14 del 2012 è il documento programmatico degli interventi che la Regione Lazio pone in essere per la costituzione di un sistema organico e funzionalmente integrato di gestione dei rifiuti nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria.

“I principi ispiratori essenziali del Piano sono:

- la previsione di interventi tesi a favorire la riduzione a monte della produzione di rifiuti;
- l’attivazione di un sistema efficace di raccolte differenziate da avviare all’effettivo recupero;
- la minimizzazione dei costi e degli impatti connessi con le soluzioni tecnologiche di recupero/smaltimento e localizzative individuate dal Piano;
- la massima valorizzazione del sistema impiantistico esistente a livello regionale;
- l’autosufficienza del Bacino regionale;
- la massimizzazione dei recuperi ivi compreso quello energetico;
- l’uso residuale della discarica nel sistema integrato di smaltimento;
- il coinvolgimento dei cittadini attraverso una campagna di sensibilizzazione;

Il sistema di raccolta differenziata che il Piano di Gestione vuole avviare dovrà garantire i seguenti obiettivi immediati:

- recuperare buona parte dei materiali riciclabili;
- organizzare in modo più adeguato tutta la raccolta dei rifiuti, pensando ad una tipologia di “raccolta integrata”;
- raggiungere con rapidità gli obiettivi di intercettazione prefissati.
- delineare i principi guida della pianificazione regionale in tema di prevenzione della produzione di rifiuti e della raccolta differenziata;
- individuare scenari programmatici alternativi di gestione;
- definire i quantitativi di rifiuti che per ognuno degli scenari di gestione esaminati verrebbero avviati alle varie tipologie di trattamento (meccanico-biologico, termovalorizzazione per combustione diretta o indiretta, digestione anaerobica, ecc.);

-quantificare (in massa e volume) gli ammontari dei residui da conferire in discarica per valutare i quantitativi di materie recuperabili dalle filiere del riciclo e l'entità del recupero energetico conseguibile attraverso i processi termici e biologici;

- mappare i dati essenziali della pianificazione dell'impiantistica regionale, indicando localizzazioni definite o programmate, fonti di finanziamento, gestori, stime dei costi di investimento e di gestione;

- proporre soluzioni impiantistiche per il trattamento in sicurezza ed in tempi ragionevoli dei rifiuti stoccati da anni sul territorio regionale;

-selezionare criteri per l'analisi delle problematiche di localizzazione, in piena sintonia con quanto già definito per il Piano Regionale di Gestione dei Rifiuti Speciali.

Sebbene l'art. 200 del D. Lgs 152/2006 preveda l'organizzazione della gestione dei rifiuti sulla base di ambiti territoriali ottimali (denominati anche ATO) secondo criteri contenuti nell'art. 195 del decreto medesimo e la programmazione inerente gli ATO per la gestione dei rifiuti sia di competenza regionale, la Regione Lazio a tutt'oggi non ha provveduto in tale adempimento nonostante l'art. 3 bis del D.L. 138/2011 introdotto dall'art. 25 c. 1, del D.L. 1/2012 convertito nella legge 27/2012.

La gestione obbligatoria per ambiti sovracomunali è ulteriormente ribadita dall'art. 34 c.23 del D.L. 179/2012 convertito nella legge 221/2012 più volte citata.

E' bene ricordare che l'art. 20 del decreto legislativo 152/2006 indica il servizio come gestione a svolgimento obbligatorio, a cura dell'ente d'ambito.

Non essendo stato individuato l'ambito, la competenza di gestione ricade sul Comune ai sensi dell'art. 198 c. 2 del ripetuto D. LGS 152/2006 il quale attribuisce ai Comuni i seguenti compiti:

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

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

c) le modalità per il conferimento della raccolta differenziata e del trasporto dei rifiuti ommissi..

La normativa sopra richiamata induce a ritenere che il ciclo inerente il servizio dei rifiuti deve

Analisi delle diverse modalità gestionali compatibili con le norme vigenti nazionali e comunitarie

Individuati i possibili moduli gestori cui l'Amministrazione comunale può ricorrere per l'affidamento del servizio integrato raccolta dei rifiuti urbani e servizi connessi, si ritiene opportuno esaminare, seppur sinteticamente, ogni singolo modello anche al fine di fornire, ferma ed impregiudicata la discrezionalità amministrativa in capo all'Ente, elementi utili alla scelta di un modello gestorio piuttosto che un altro.

L'ipotesi di gestione in house providing.

Già l'art. 113, comma 5, lett. c), T.U.E.L. e s.m.i., stabiliva che l'erogazione del servizio pubblico locale può avvenire attraverso il conferimento della titolarità del servizio «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 lo controllano». Secondo la giurisprudenza amministrativa e comunitaria, "per controllo analogo si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario" (così Consiglio di Stato, Sez. V, 30.08.2006 n. 5072, Cons. Stato, VI Sez., 25/1/2005 n°168, Corte Giust. C. E. 18/11/1999, in causa C-107/98). Ed ancora la giurisprudenza comunitaria e nazionale, partendo dal concetto che l'affidamento diretto di un servizio è giustificato allorché il soggetto affidatario si trova in una posizione strumentale e di rapporto organico con l'Amministrazione affidante, ha individuato i requisiti in presenza dei quali può ritenersi verificata la sussistenza di detta posizione e, conseguentemente, giustificato il conferimento "in house". Tali requisiti sono la proprietà, da parte dell'ente pubblico, del capitale sociale del soggetto affidatario e l'esercizio sul

medesimo di una forma di controllo analoga a quella svolta sui propri servizi, e l'esercizio, da parte della società affidataria, della quota prevalente della sua attività a favore dei soci (TAR Veneto, Sez. I, 14 Dicembre 2011 n. 1823). Da tali assunti discende nell'ipotesi di scelta di un tale modello operativo: 1. la necessità che l'ente sottoscriva interamente il capitale sociale, il che deve avvenire, in tutto o in parte, in data antecedente l'avvio di una tale modalità di esercizio del ciclo dei rifiuti; 2. l'onere dell'esercizio sulla società in house di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da effettuare mediante a) richieste di rapporti alle società; b) richieste di esibizioni documentali; c) visite ispettive, d) accesso fisico a luoghi e cose; 3. l'inserimento, in contratto di servizio all'uopo redatto, di specifiche clausole che regolino in maniera adeguata il sistema di informazione e di verifica sulla gestione del servizio affidato alla società; 4. l'obbligo dell'approvazione preventiva e/o successiva dei relativi atti; 5. l'onere dell'approvazione di una relazione con la quale vengono definiti i piani di investimento di breve e lungo periodo nonché il budget dettagliato relativo all'esercizio di successivo; 6. l'obbligo del consolidamento dei bilanci della società in house; 7. l'onere della gestione diretta del personale; 8. la necessità del rispetto delle procedure pubblicistiche sia in materia di assunzione del personale che per quanto attiene le modalità di affidamento di appalti pubblici; 11 9. la realizzazione della parte più importante della propria attività della società in house con l'ente che la controlla. Da tali premesse emergono una serie di criticità nella gestione del servizio in house providing di non agevole soluzione in una congiuntura socio economica che vede l'ente locale in endemica penuria di professionalità, da un lato, atte a gestire il servizio secondo le caratteristiche precipue che il modello richiede e, dall'altro, dalla difficoltà di far fronte in via diretta ad un servizio pubblico di chiara rilevanza economica.

L'ipotesi di gestione mediante società mista pubblico-privata.

Le società miste sono società a partecipazione pubblica e privata; esse rappresentano una modalità di gestione di servizi pubblici locali da parte dell'Amministrazione, alternativa rispetto all'esternalizzazione effettuata mediante l'affidamento a soggetti terzi selezionati con gara, nonché rispetto alla gestione in house providing. In tali ipotesi non si realizzerebbe un "affidamento diretto" alla società mista, ma piuttosto un "affidamento con procedura di evidenza pubblica" dell'attività "operativa" della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest'ultimo, configurandosi nel caso di specie una gara a doppio oggetto (affidamento del servizio e ricerca del socio) in cui le prestazioni relative ai servizi da svolgere siano state concretamente, precisamente, temporalmente ed oggettivamente specificate (v. Consiglio di Stato, V, 30/09/2010, n. 7214; V, 23 /10/2007, n. 5587; VI, 23/09/2008, n. 4603; V, 13/02/2009, n. 824; v. anche Co. Cost. n. 199/2014 e TAR Lazio, RM n. 8442/2011). Non è consentito invece l'affidamento di servizi a una società mista "generalista" o la cui "missione" sia generica, indeterminata o costituita per l'attribuzione di compiti o servizi non ancora precisamente identificati nelle loro caratteristiche e durata al momento della scelta del socio privato, ancorché selezionato con pubblica gara. Tali principi oltre ad aver trovato conferma in sede interna (v. ancora Cons. Stato, VI, 16 marzo 2009 n. 1555) sono poi stati affermati anche dalla giurisprudenza comunitaria (Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08). La Corte di Giustizia ha, infatti, ritenuto l'ammissibilità dell'affidamento di servizi a società miste, a condizione che si svolga in unico contesto una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) e l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione." (Tar Lazio, sez. II bis, del 15 marzo 2015 n. 4010). Con riferimento alla sua natura giuridica la giurisprudenza di legittimità ha affrontato a più riprese il problema, ma è rimasta ferma nel ritenere che le società miste non perdono la loro natura privatistica per il sol fatto di essere partecipate da enti pubblici. Non rilevarebbe, in altre parole, il fatto che il capitale sia alimentato anche attraverso il conferimento di un 12 ente pubblico; anzi, il criterio da adottarsi dovrebbe essere quello per cui, in mancanza di una deroga espressa, alle società de quibus andrebbe applicata la disciplina comune del diritto societario. La Suprema Corte ha in ultima analisi reiteratamente chiarito che "la società per azioni non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possieda in tutto o in parte le azioni: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia non

essendo consentito al comune di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario da esercitarsi a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società". Ci troviamo di fronte ad un'ordinaria società di capitali, in cui pubblico non è l'ente bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano. In essa, pertanto, la disciplina pubblicistica che regola il socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento della società debbono necessariamente convivere. Da tali assunti discende nell'ipotesi di scelta di un tale modello operativo: • l'onere dell'Ente pubblico partecipante di corrispondere emolumenti ai suoi rappresentanti all'interno della società mista; • l'onere dell'Ente pubblico partecipante di contribuire finanziariamente al funzionamento degli organi societari della mista; • la necessità di un controllo costante e non sempre agevole su atti ed organi societari; • la difficoltà di stabilire la durata della società mista, durata cui va necessariamente commisurata la sostanza del piano industriale presentato in sede di gara dal partner privato, in considerazione della possibile operatività, in un prossimo futuro, dell'Ambito unico regionale in materia di rifiuti al cui ente di governo sarà, per legge, devoluta la scelta della modalità di gestione del servizio. La scelta della società mista implica costi di gestione della partecipazione societaria, criticità nell'azione di controllo e sindacato della effettiva e fattiva realizzazione del servizio di igiene integrato da parte del socio privato e lascia aperte incognite di sicuro rilievo economico circa la concreta compatibilità con l'operatività, in un prossimo futuro, dell'Ambito unico regionale in materia di rifiuti.

L'ipotesi dell'appalto di servizi a terzi.

Altra modalità di gestione del servizio raccolta integrata dei rifiuti solidi urbani e servizi connessi, ricorrendo anche in questo caso all'esternalizzazione, è il modulo tradizionale del ricorso al mercato: ossia l'individuazione del soggetto gestore all'esito di una gara ad evidenza pubblica (appalto) in applicazione delle norme previste dal D.Lgs. 50/2006.

In tale ipotesi:

- la gara di rilievo comunitario con obblighi di assolvimento di pubblicità preventiva presso G.U.C.E. (Gazzetta Ufficiale Comunità europea), G.U.R.I. (Gazzetta Ufficiale Repubblica Italiana), giornali a tiratura nazionale e locale, sito internet ministeriale, comunale ed albo pretorio on line garantisce il rispetto dei principi comunitari di trasparenza, parità, concorrenza, non discriminazione tra gli operatori del settore;
- assicura la scelta di un partner privato di provata solidità finanziaria (a mezzo produzione di referenze bancarie, esibizione di bilanci etc) ed esperienza nel settore di riferimento per richiesta, a comprova dei requisiti di ammissione ai fini dell'aggiudicazione, di dimostrazione dell'avvenuta gestione di servizi analoghi e di un volume di affari di ammontare pari / superiore a quello oggetto dell'appalto;
- elimina i costi di gestione legati alla costituzione di società miste e/o in house providing;
- risulta compatibile con la costituzione dell'ATO unico regionale sulla base della previsione di affidamento per 5-7 anni e dell'eventuale inserimento, nel bando di gara e relativo disciplinare, di una ipotesi di recesso anticipato e concordato tra le parti nell'ipotesi di entrata a regime dell'ATO unico regionale nel corso dei 5-7 anni di durata dell'appalto;
- spoglia l'Ente di ogni aspetto gestionale (pur rimanendo titolare del servizio sino all'entrata in vigore dell'ATO unico regionale), affidandolo ad un soggetto formalmente e sostanzialmente terzo;
- consente di esercitare una forma di controllo (controllo lo si ripete assolutamente necessario vista la natura del servizio affidato e l'impatto sul cittadino utente), attraverso la nomina del Direttore dell'esecuzione del contratto, quale organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione, investito di uno specifico incarico e sul quale ricade la responsabilità per la proficua realizzazione del rapporto negoziale con l'affidatario. Tale

figura prevista dal Regolamento attuativo del Codice dei Contratti (D.P.R. 207/2010) ha, infatti, la duplice finalità di sollevare gli altri uffici dell'Amministrazione di tutte le attività di controllo sul servizio (in un'ottica di perseguimento di livelli più elevati di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa) e di far sì che il soggetto gestore renda un servizio efficiente, efficace e di qualità alla collettività servita.

Si sottolinea altresì come l'art. 3-bis del D.L. n. 138/2011, convertito in legge n.148/2012, come da ultimo introdotto dalla legge n.27/2012 e rubricato "ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali" contenga norme che incoraggiano e favoriscono il ricorso al mercato mediante gare d'appalto e in particolare:

- comma 2: «in sede di affidamento del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione costituisce elemento di valutazione dell'offerta» (c.d. clausole sociali di cui l'art. 50 del D.L.vo n. 50/2016);
- comma 3: «A decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, c. 2, del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla L. 15.07.2011, n. 111»;
- comma 4: «Fatti salvi i finanziamenti ai progetti relativi ai servizi pubblici locali di rilevanza economica cofinanziati con fondi europei, i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'articolo 119, quinto comma, della Costituzione sono prioritariamente attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa» . Nelle stessa "Linee guida per gli affidamenti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica" (anno 2010) della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento degli Affari regionali, il Turismo e lo Sport" viene codificata e ribadita la preferenza legislativa per il ricorso al mercato atteso che la legittimità dell'utilizzo di forme dirette di affidamento necessiterebbe, non solo della sussistenza dei requisiti previsti per questo tipo di affidamento (nel caso dell'in house proprietà pubblica, controllo analogo e focalizzazione dell'attività), ma anche della dimostrazione che la deroga al principio della concorrenza per il mercato sia giustificata da obiettivi di interesse generale.

Una dimostrazione, di fatto, non sempre agevole e/o facile da fornire a priori e/o in maniera esaustiva atteso che essa presuppone:

- l'individuazione dei livelli essenziali dei servizi;
- l'indicazione dei servizi che non è possibile o non è conveniente che vengano erogati in regime di libero mercato accompagnata dall'illustrazione delle motivazioni sottese a detta impossibilità e/o non convenienza, entrambe di rilevanza oggettiva e non meramente soggettiva.

Le ragioni della scelta di affidamento del servizio mediante appalto a terzi

Alla luce di quanto evidenziato la scelta amministrativa non può che essere orientata verso ricorso al mercato ossia all'individuazione del soggetto gestore all'esito di una gara ad evidenza pubblica (appalto) in applicazione delle norme previste dal D.Lgs. 50/ 2016.

Una tale scelta scaturisce dalla analisi comparativa, sotto un profilo squisitamente giuridico – legislativo, dei modelli operativi esistenti (gestione in house, società mista ed appalto) e dalla considerazione che il ricorso alla gara di evidenza pubblica per selezione del partner privato sia quella che, allo stato delle regole normative esistenti, meglio coniuga il necessario rispetto della disciplina comunitaria e di settore, in materia,

con le esigenze di efficacia e efficienza dell'azione amministrativa per tutte le ragioni espresse nella parte dedicata alla disamina dei motivi giuridici a favore della scelta dell'appalto di cui alla precedenti pagine, dei pronunciamenti della AVCP, oggi ANAC, e del parere, da ultimo menzionato, della Corte dei Conti della Reg. Lombardia n. 20/2014.

Riepilogando infatti quanto sopra esposto, emerge che la scelta di gestire il servizio mediante società in house non appare allo stato percorribile per la mancanza all'interno dell'Amministrazione comunale di adeguate strutture e/o personale in grado di poter effettuare il c.d. controllo analogo come richiesto dalla giurisprudenza. Inoltre si andrebbe a costituire un soggetto giuridico nuovo destinato a doversi estinguere al momento della costituzione del nuovo ATO Unico Regionale con tutte le problematiche connesse alla liquidazione societaria.

Così come la scelta di gestire il servizio mediante società mista pubblica/privata e quindi attraverso la creazione di una persona giuridica nuova, appare, per quanto detto sopra, non adeguata in una fase "transitoria" in cui pur dovendo gestire il servizio, si è in attesa dell'attuazione della norma che prevede la costituzione del nuovo ATO Unico regionale. Anche per questa società sarebbe prevista la fase liquidatoria sulla quale l'ente dovrebbe vigilare e partecipare.

Di contro, l'affidamento del servizio a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica (in un'ottica di tutela della concorrenza e in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi) appare, in conclusione, la soluzione più idonea per la futura gestione del servizio, oltre che la più conveniente per la collettività, sotto il profilo dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità della stessa.

Quanto appena esposto tenuto anche conto che, da un lato tale modalità gestoria (per la sua durata limitata) ben si integra anche con la futura entrata in vigore dell'ATO Unico Regionale, dall'altro così agendo si eviterebbero i costi amministrativi per il mantenimento di strutture societarie.

I criteri progettuali conseguenti e gli obblighi di servizio pubblico nel servizio di raccolta integrata dei rifiuti solidi urbani e servizi connessi e l'assenza di compensazioni

In generale per obblighi di servizio pubblico, generali e specifici, devono intendersi quegli obblighi che il soggetto privato non assumerebbe affatto ovvero non assumerebbe alle stesse misure e condizioni se considerasse esclusivamente il proprio interesse economico e commerciale.

Per il servizio **raccolta integrata dei rifiuti solidi urbani e servizi connessi** di cui alla presente relazione gli **obblighi generali** consistono:

- nell'erogazione del servizio agli utenti con continuità e regolarità e universalità e applicazione di specifici obblighi connessi alla tariffa qualora previsti (es. agevolazioni che si riferiscono ad una determinata categoria di rifiuti direttamente conferita dall'utenza presso i centri di raccolta e/o isole ecologiche);
- nel raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario della gestione (art. 203 del D.L.vo n. 152/2006 e s.m.i.).

Gli **obblighi specifici** inerenti lo svolgimento dei servizi, che saranno inseriti nel capitolato speciale di appalto, sono di seguito elencati:

1. nel raggiungimento delle seguenti percentuali annue minime di raccolta differenziata dei rifiuti prodotti per singolo comune: almeno il 66% per ogni anno fino alla scadenza del contratto;

2. nella raccolta, con il sistema domiciliare “porta a porta”, con frequenza di almeno due raccolte a settimana, della frazione organica o umida dei rifiuti solidi urbani per tutte le utenze domestiche residenti, non domestiche, pubbliche (uffici pubblici, strutture pubbliche, istituti scolastici, mense, ecc.);
3. nella raccolta, con il sistema domiciliare “porta a porta” multi materiale, con frequenze varie, delle frazioni valorizzabili (carta, cartone, plastica, alluminio, vetro, etc.) dei rifiuti solidi urbani per tutte le utenze domestiche residenti, non domestiche, pubbliche (uffici pubblici, strutture pubbliche, istituti scolastici, mense, ecc.);
4. nella raccolta, con il sistema domiciliare “porta a porta”, con frequenza di una raccolta a settimana, della frazione secca residua dei rifiuti solidi urbani per tutte le utenze domestiche residenti, non domestiche, pubbliche (uffici pubblici, strutture pubbliche, istituti scolastici, mense, ecc.);
4. nella fornitura e nella consegna in comodato d’uso delle attrezzature alle utenze interessate dal servizio di cui alla presente relazione;
5. nel trasporto presso impianti autorizzati, della frazione organica o umida e delle suddette frazioni multi materiale (carta, cartone, plastica, alluminio, vetro) nonché, della frazione secca residua dei rifiuti solidi
6. nella raccolta differenziata mono materiale, presso isole ecologiche informatizzate, con frequenza di raccolta giornaliera, delle frazioni secche valorizzabili dei rifiuti solidi urbani quali plastica e barattolame (CER 200106) per tutte le utenze domestiche residenti, economiche, pubbliche (uffici pubblici, strutture pubbliche, istituti scolastici, mense, ecc.);
7. nella raccolta selettiva RUP (pile esauste, farmaci scaduti, contenitori etichettati con le sigle T/F) con il sistema stradale dei contenitori specifici presso le utenze economiche che commerciano tali tipologie di rifiuto (es. farmacie, studi medici, esercizi commerciali, strutture pubbliche, ecc.) o in altre localizzazioni stabilite dal comune, con frequenza di una raccolta al mese;
9. nel trasporto presso impianti autorizzati, senza limiti di chilometraggio, dei RUP (pile esauste, farmaci scaduti, contenitori etichettati con le sigle T/F) raccolti nell’ambito del servizio di cui al precedente punto 20, compresi il pagamento degli oneri per le operazioni di selezione, trattamento, recupero e/o smaltimento degli stessi;
10. nella raccolta dei rifiuti ingombranti vari (compresi i RAEE), con sistema a prenotazione; per rifiuti ingombranti e RAEE si intendono in maniera non esaustiva quei rifiuti “voluminosi e ingombranti” prodotti nell’ambito domestico, quali materassi, mobili, divani, reti metalliche, ecc. ed altri ingombranti, comprendenti anche i beni durevoli (RAEE), identificati dall’art. 227, lettera a), del D.L.vo 152/2006 e s.m.i. quali sono i rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche che per un corretto funzionamento dipendono dall’energia elettrica e appartengono a una delle seguenti categorie: grandi elettrodomestici; piccoli elettrodomestici; apparecchiature informatiche e per telecomunicazioni; apparecchiature di consumo; apparecchiature di illuminazione; strumenti elettrici ed elettronici (ad eccezione degli utensili industriali fissi di grandi dimensioni); giocattoli e apparecchiature per lo sport e per il tempo libero ed altri;
11. nel trasporto presso impianti autorizzati dei rifiuti ingombranti vari raccolti nell’ambito del servizio di cui al precedente punto;
12. nella raccolta differenziata delle frazioni: organica, carta, cartone, plastica, vetro, secco residuo, con sistema stradale di prossimità in occasioni di mercati e manifestazioni pubbliche;
13. nella gestione del verde pubblico;

14.nella gestione delle attrezzature conferite all'interno dell'appalto in comodato d'uso da parte del Comune (Eco-isola);

15. nell'attuare un corretto e capillare piano di comunicazione;

Gli obblighi specifici di tutela dell'occupazione creata dalle gestioni esistenti, sia da gestori privati che da gestioni pubbliche in economia, nonché la creazione di nuova occupazione verranno garantite con l'inserimento degli stessi in sede di stesura del Capitolato d'Appalto (clausole sociali).

In relazione agli specifici obblighi di servizio pubblico come sopra delineati, al nuovo soggetto appaltatore sarà corrisposto, come detto, unicamente un corrispettivo periodico mensile.

L'appaltatore, inoltre, incamera i contributi/compensi erogati dai consorzi obbligatori/altri soggetti per il recupero di alcune tipologie di rifiuto (carta, plastica, vetro, alluminio, metalli, ecc.).

A fronte degli specifici obblighi di servizio pubblico non sono previste compensazioni.

Come noto, le compensazioni (decisione 2005/842/CE della Commissione) si sostanziano in quelle erogazioni, da parte di una pubblica autorità, che costituiscono «la contropartita delle prestazioni fornite dalle imprese beneficiarie per adempiere obblighi di servizio pubblico» (Corte di Giustizia Europea sentenza del 24 luglio 2003, causa C-280/00. Esempio: compensazione erogata a favore di una impresa concessionaria di trasporto pubblico per la copertura dello svantaggio economico derivante dall'obbligo di garantire il servizio a determinate di categorie quali disabili ecc. a tariffe agevolate o in esenzione tariffaria). Come stabilito Corte di Giustizia Europea nella sentenza del 24 luglio 2003, cit. (nota come sentenza Altmark) è necessario, tra le altre condizioni, che «i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione siano stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente», onde evitarne l'inclusione nei c.d. aiuti di Stato vietati ai sensi art. 107, par. 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

E' agevole comprendere come la previsione di legge che impone l'integrale copertura del costo del servizio con la tariffa, è da sola sufficiente ad escludere la presenza di compensazioni (TARI: art. 1, comma 654 della L. 27 dicembre 2013, n. 147 - legge di stabilità 2014 « In ogni caso deve essere assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio relativi al servizio, ricomprendendo anche i costi di cui all'articolo 15 del decreto legislativo 13 gennaio 2003, n. 36, ad esclusione dei costi relativi ai rifiuti speciali al cui smaltimento provvedono a proprie spese i relativi produttori comprovandone l'avvenuto trattamento in conformità alla normativa vigente»).

La durata della nuova gestione del servizio in appalto (anche in luogo vigore della possibile entrata dell'Ato unico Regionale) appare opportuno venga fissata in anni non superiori a 5 (cinque) decorrenti dalla data di verbale di consegna del servizio, fatta salva la possibilità di accedere ad una proroga fino ad un massimo di mesi 6 (sei) necessari per l'eventuale espletamento di nuova gara. Saranno previste specifiche penalità per inadempimenti contrattuali a carico dell'appaltatore.

Conclusioni

L'oculata gestione del servizio sarà orientata al raggiungimento, seppure in ritardo rispetto alle previsioni normative, degli obiettivi minimi di raccolta differenziata che devono essere garantiti dall'ente, stabiliti dall'art. 205 del D.Lgs 152/2006 e dal successivo comma 1108 dell'art. 1 della L. 296/2006 (finanziaria 2007) ovvero almeno il 65%.

Da quanto sopra, si rileva che, ai sensi del comma 20 dell'art. 34 del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni in L. 17 dicembre 2012, n. 221, l'affidamento in appalto mediante procedura ad evidenza pubblica del servizio di raccolta integrata dei rifiuti solidi urbani e servizi connessi:

- è conforme ai principi di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza alla base del corretto agire dell'attività amministrativa della Pubblica Amministrazione, nonché ai principi dell'ordinamento comunitario;
- è conforme ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità, in materia di affidamento di servizi pubblici locali sia in ambito nazionale che comunitario;
- disciplina i contenuti e gli obblighi specifici di servizio pubblico a carico dell'appaltatore;ù
- non sono previste compensazioni economiche.

Il Responsabile del Servizio
Dott. Filippo Sadani