

Indirizzi regionali per l'individuazione dei soggetti beneficiari e dei soggetti ammissibili a finanziamento, in relazione ai contributi regionali per la realizzazione del sistema integrato di gestione dei rifiuti, nel quadro della disciplina nazionale in materia di servizi pubblici locali

(B.U. n. 40 del 6 ottobre 2005)

Ai Presidenti dei Consorzi di bacino
della Regione Piemonte
Ai Presidenti delle Associazioni
di Ambito Territoriale Ottimale
Agli Assessori all'Ambiente
delle Province piemontesi
Alle società pubbliche di gestione dei
rifiuti
Al Presidente dell'ANCI
LORO SEDI

1) PREMESSA

In attuazione di quanto previsto dall'art. 12 della l.r. Piemonte n. 59/1995 "Norme per la riduzione, il riutilizzo e lo smaltimento dei rifiuti" e dall'art. 2 della l.r. Piemonte n. 24/2002 "Norme per la gestione dei rifiuti" la Regione ha concesso negli anni 1999-2003 contributi in conto capitale finalizzati alla realizzazione sul territorio piemontese del sistema integrato di gestione dei rifiuti urbani previsto dal Piano regionale di gestione dei rifiuti, approvato con D.C.R. n. 436-11546 del 30 luglio 1997.

La necessità di una disciplina di dettaglio in ordine alla qualificazione dei soggetti beneficiari dei finanziamenti regionali è sorta in seguito al nuovo assetto della materia dei servizi pubblici locali che è stata oggetto di una prima riforma ad opera dell'art. 35 della l. n. 448/2001 recante la legge finanziaria per il 2002, e, a distanza di pochi mesi, di una seconda novella apportata dalle disposizioni di cui all'art. 14 d.l. 30.9.2003 n. 269, convertito con l. 24.11.2003 n. 326 e all'art. 4, comma 234 della l. 24.12.2003 n. 350, recante la legge finanziaria per il 2004.

L'art. 35 l. n. 448/2001, oltre a modificare l'art. 113 d.lgs. 18.8.2000 n. 267, ha disposto la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi che gestiscono i servizi pubblici locali di rilevanza economica in società di capitali.

L'art. 113 co. 3 d.lgs. n. 267/2000, come modificato dall'art. 35 l.n. 448/2001, ha previsto la possibilità che le discipline di settore stabiliscano la separazione della proprietà delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali, da mantenersi in capo agli enti locali - direttamente o mediante conferimento a società a capitale interamente pubblico incedibile (art. 113 co.13) - dall'erogazione del servizio, da svolgersi tramite società di capitali individuate con procedure ad evidenza pubblica. La legge di riforma da ultimo citata bandiva forme di affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale (fatta eccezione per la gestione delle reti e degli impianti in regime di separazione) imponendo l'individuazione del gestore del servizio solo previo espletamento di procedura ad evidenza pubblica.

- Alla luce della generalizzata liberalizzazione prevista dalla l. n. 448/2001 con riferimento all'erogazione dei servizi agli utenti, la Regione Piemonte, nell'ambito della l.r. n. 24/2002 ha introdotto il principio di separazione tra la gestione delle reti e degli impianti e l'erogazione del servizio ai sensi del comma 3 dell'art. 113 d.lgs. 267/2000. Poneva in tal modo le condizioni affinché gli enti locali potessero avvalersi della facoltà di scelta prevista dal comma 4 dell'art. 113 TUEL in ordine alla modalità di affidamento, diretto a società pubblica o a società scelte mediante gara, della gestione degli impianti di trattamento, smaltimento e recupero dei rifiuti. L'art. 20 della l.r. n. 24/2002, disciplinando la trasformazione dei consorzi e delle aziende speciali in attuazione del co. 8 dell'art. 35 l.n. 448/2001, ha quindi disposto la scissione e destinazione a società di capitali di nuova costituzione dei complessi aziendali aventi ad oggetto la gestione dei servizi relativi ai rifiuti mantenendo le funzioni di governo concernenti l'organizzazione dei medesimi servizi in capo ai consorzi obbligatori di bacino e alle associazioni di ambito territoriale ottimale di nuova costituzione.

- Con l'ultimo intervento riformatore di cui all'art. 14 d.l. n. 269 del 2003, convertito con modificazioni nella l. n. 326/2003 il legislatore nazionale ha reintrodotta, anche con riferimento alla erogazione dei servizi agli utenti, il modello dell'affidamento diretto (in house) a società totalmente pubbliche dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

- Nell'attuale formulazione l'art. 113 comma 4 lett. a) e comma 5 lett. c) d.lgs. 267/2000 prevede che l'erogazione dei servizi pubblici locali avvenga secondo la disciplina di settore nel rispetto della normativa comunitaria, conferendo la 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 la controllano".

- Nel nuovo e articolato quadro normativo il regime della proprietà degli impianti è rimasto invariato: gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, reti e altre dotazioni salvo il conferimento a società a capitale interamente pubblico incedibile (art. 113 co. 2 e co.13 d.lgs. n. 267/2000).

- Alla luce delle riforme susseguitesi in materia di servizi pubblici locali le aziende consortili in possesso di un ramo aziendale, beneficiarie di contributi regionali per la realizzazione del sistema integrato dei rifiuti urbani, hanno effettuato la trasformazione ai sensi dell'art. 35 co. 8 l. n. 448/2001 e dell'art. 20 L.R. n. 24/2002 scindendo il ramo aziendale e destinandolo a società di nuova costituzione, a capitale pubblico, i cui soci risultano i medesimi comuni aderenti a consorzi obbligatori di bacino. I consorzi, formalmente costituitisi adottando convenzioni e statuti conformi agli schemi emanati dalla Regione con D.G.R. 19 maggio 2003 n. 64-9402, hanno assunto le funzioni di governo dei servizi relativi alla raccolta e al trasporto dei rifiuti. In capo alle società sono state generalmente trasferite le proprietà degli impianti di trattamento, recupero e smaltimento dei rifiuti.

- In funzione della destinazione dei finanziamenti regionali, anche alla luce della normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato, si rende quindi necessario chiarire il contenuto dei criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e recepiti nel disposto dell'art. 113 co. 4 lett.a) e co. 5 lett. c) TUEL per consentire l'affidamento diretto dei servizi pubblici locali in deroga alla disciplina in materia di appalti.

- A tal fine vengono sintetizzate le condizioni ritenute necessarie al legittimo affidamento "in house" dei servizi pubblici locali, individuando le caratteristiche che devono presentare le società pubbliche destinatarie dei detti affidamenti, sulla base degli orientamenti comunitario e nazionale in materia.

2) AFFIDAMENTI IN HOUSE DEI SERVIZI DI GESTIONE DEI RIFIUTI.

Il modello gestorio trasposto nell'art. 113 co 4 lett. a) e co. 5 lett. c) e qualificato, con terminologia anglosassone, affidamento "in house", trova la propria origine nella giurisprudenza comunitaria. La formulazione della disposizione di legge è mutuata dalla paradigmatica sentenza "Teckal" (18 novembre 1999, in causa C-107/1998) con la quale la Corte di Giustizia ha delineato le condizioni in base alle quali un'amministrazione aggiudicatrice può procedere all'affidamento di un servizio senza dover ricorrere al previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica chiarendo che, ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, ciò può avvenire "qualora l'ente locale (amministrazione aggiudicatrice) eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

- Due sono pertanto i criteri cumulativi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e mutuati dal legislatore nazionale che giustificano la sottrazione di un servizio all'ambito di operatività delle regole dell'evidenza pubblica:

- a) la circostanza che l'affidamento abbia luogo in favore di soggetti che, sebbene giuridicamente distinti dall'amministrazione aggiudicatrice, costituiscano elementi del sistema che a tale amministrazione fanno capo essendo soggetti a "controllo analogo";
- b) il fatto che il destinatario dell'appalto svolga la parte più importante della propria attività in favore dell'amministrazione o delle amministrazioni che la controllano.

- Le istituzioni comunitarie, in una pluralità di occasioni, sono intervenute assegnando un significato pregnante ai detti criteri.

- La Corte di Giustizia pronunciandosi recentemente, con la sentenza 11.1.2005 c. 26/2003 (Stadt Halle), su una fattispecie riguardante l'affidamento diretto a società mista pubblico-privata di un appalto di servizi avente ad oggetto attività di smaltimento rifiuti ha ribadito che "qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere con un'entità giuridicamente distinta un contratto a titolo oneroso...l'appello alla concorrenza non è obbligatorio...nel caso in cui l'autorità pubblica eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante di attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano". Ha escluso il controllo analogo qualora nella società aggiudicataria del servizio una o più imprese private detengano una partecipazione anche minoritaria insieme con l'amministrazione aggiudicatrice.

- Con la sentenza 21.7.2005 c. 231/03 (Consorzio Azienda Metano-Coname) la Corte di Lussemburgo ha confermato il proprio orientamento affermando che "una società aperta, almeno in parte, al capitale

privato...impedisce di considerarla una struttura di gestione "interna" di una servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte". Ha inoltre escluso che una partecipazione "esigua" dell'ente locale nella società affidataria diretta del servizio pubblico possa configurare una forma di controllo tale da "giustificare un eventuale differenza di trattamento" nell'osservanza della normativa comunitaria in materia di appalti. Analogamente TAR Sicilia, Catania, sez. I, 18.4.2005 n. 670 secondo la quale "E' impossibile per ogni socio esercitare sulla società, non interamente propria, un controllo analogo a quello che può esercitare sui propri organi".

- La Commissione Europea con la comunicazione 26 giugno 2002, diretta al Governo italiano per sollecitare le modificazioni all'art. 113 TUEL, come modificato dall'art. 35 l. n. 448/2001, nell'ambito della procedura di infrazione comunitaria aperta per contrasto della disposizione con la normativa e i principi comunitari in materia di appalti e di concorrenza, ha escluso che la partecipazione totalitaria dell'amministrazione aggiudicatrice nella società aggiudicataria del servizio possa garantire la situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione e quindi un "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi".

- Nella nota citata la Commissione Europea ha precisato che "affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario"(punto 34). La Commissione ritiene inoltre che per aversi controllo analogo occorre verificare che l'amministrazione controllante eserciti "un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo".

- Sul contenuto da assegnare al requisito del "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" si è consolidato un orientamento della dottrina e della giurisprudenza amministrativa nazionale che, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, a più riprese, ha esplicitato le condizioni affinché il controllo esercitato dalle amministrazioni aggiudicatrici sulle società pubbliche presenti le caratteristiche richieste dall'art. 113 TUEL.

- Il dato normativo di cui all'art. 113 co. 4 lett. a) e co. 5 lett. c) stabilisce tre requisiti cumulativi che contestualmente devono possedere le società gestrici per ottenere l'affidamento diretto della titolarità del servizio pubblico ovvero: la totale partecipazione pubblica, il "controllo analogo" e lo svolgimento della parte più importante della propria attività in favore dell'amministrazione o delle amministrazioni che la controllano.

- Il rapporto di "controllo analogo" si ritiene perfezionato allorché tra amministrazione aggiudicatrice e società aggiudicataria sussista "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. In detta evenienza, pertanto, l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie..."(Consiglio di Stato, sez VI, n. 168/2005).

- In relazione al contenuto che, in concreto, deve assumere il "controllo analogo" è significativa la pronuncia TAR Campania, sez. I, n. 2784/2005 secondo la quale "il soggetto gestore deve sostanzialmente essere configurato come una sorta di longa manus dell'affidante, pur conservando natura distinta e autonoma rispetto all'apparato organizzativo dell'ente: deve, in altri termini, determinarsi una sorta di "amministrazione indiretta", nella quale la gestione del servizio, in un certo senso, resta saldamente nelle mani dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sulla attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo...Si deve dunque verificare se i rapporti organizzativi e funzionali tra ente e società a capitale pubblico siano tali da realizzare in concreto questa assimilazione e tale indagine dovrà incentrarsi sull'esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società...".

- Analogamente si è espresso il TAR Friuli Venezia Giulia 15.7.2005 n. 634 affermando che può ritenersi "raggiunto l'obiettivo di consentire agli enti locali il controllo previsto dal citato art. 113" qualora esista "una forma penetrante di controllo, che investe non solo gli atti di gestione straordinaria, ma anche, in parte rilevante, la gestione ordinaria e gli organi stessi" della società (Nello stesso senso TAR Sardegna, 2.8.2005 n. 1729).

- Per delineare i requisiti della direzione, coordinamento e supervisione che integrano il contenuto del "controllo analogo" la giurisprudenza amministrativa ha formulato un espresso richiamo alla disciplina delle aziende municipalizzate di cui al r.d. 15 ottobre 1925 n.2578, che rappresentano soggetti con capacità giuridica propria e propri organi ma risultano sottoposte a penetranti poteri di vigilanza da parte dell'Amministrazione (Cons. St., sez. V, ord. n. 2316/2004 che ha rimesso alla Corte di Giustizia in ordine alla compatibilità degli affidamenti in house con i principi del Trattato). Ai sensi dell'art. 16 del r.d. 15 ottobre 1925 n. 2578 "i bilanci delle aziende...sono comunicati all'amministrazione del Comune...". Laddove l'Azienda non si fosse adeguata ai rilievi mossi dal Consiglio Comunale i bilanci avrebbero dovuto essere sottoposti all'approvazione della Giunta Provinciale Amministrativa. Analogamente la disciplina di

cui all'art. 114 TUEL prevede espressamente che i bilanci dell'azienda speciale, quali atti fondamentali, siano approvati dall'ente locale di riferimento.

- L'Affidamento in house nell'ambito del servizio idrico integrato ha costituito oggetto della circolare del Ministero dell'Ambiente in data 6.12.2004, G.U. 291 del 13.12.2004 nella quale sono state "definite le condizioni essenziali e non eludibili per ricorrere all'affidamento (in house) e per rispettare i principi del diritto comunitario". Il documento chiarisce che a tale "modalità gestionale" "si dovrà ricorrere soltanto in casi eccezionali e residuali, venendosi contrariamente a eludere i principi derivanti dai trattati". Circa la natura dell'affidamento in house il Ministero afferma che esso "determina il concretizzarsi di un rapporto, tra l'amministrazione concedente e la società stessa, non riconducibile a un rapporto contrattuale tra due soggetti autonomi e distinti, bensì ad una ipotesi di delegazione interorganica" per cui il "soggetto gerarchicamente subordinato" deve "essere assoggettato ad un controllo funzionale, gestionale e finanziario stringente" che si traduce nella previsione nell'atto costitutivo e dello statuto della società dell'approvazione da parte degli enti locali partecipanti alla società delle "deliberazioni concernenti l'amministrazione straordinaria e quelle di determinante rilievo per l'attività sociale quali il bilancio, la relazione programmatica, l'organigramma, il piano degli investimenti, il piano di sviluppo ed equivalenti" ... e nella nomina "degli amministratori e del direttore della s.p.a."

3) CONCLUSIONI

In ordine al controllo analogo

Alla luce dell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale è possibile sintetizzare i requisiti che devono possedere, nel quadro della disciplina nazionale in materia di servizi pubblici locali, gli affidamenti in house a società pubbliche in relazione ai contributi regionali per la realizzazione sul territorio piemontese del sistema integrato di gestione dei rifiuti urbani.

- Il "controllo analogo" sulla società pubblica affidataria del servizio può ritenersi garantito dalla previsione espressa nell'atto costitutivo e nello statuto della società di stringenti poteri di controllo finanziario e gestionale a favore dell'amministrazione aggiudicatrice. Il controllo deve riguardare le attività fondamentali e di straordinaria amministrazione, il perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico assegnati, nonché gli organi della società e deve tradursi,

- in via esemplificativa:

1. nell'obbligo di trasmissione e di preventiva approvazione dei documenti di programmazione, del piano industriale; nella facoltà di modifica degli schemi tipo di contratto di servizio; nel potere di verifica dello stato di attuazione degli obiettivi assegnati anche sotto il profilo della efficacia, efficienza ed economicità.
2. nell'approvazione da parte dell'amministrazione titolata, consorzio o ATO, delle deliberazioni societarie di amministrazione straordinaria e degli atti fondamentali della gestione (il bilancio, la relazione programmatica, l'organigramma, il piano degli investimenti, il piano di sviluppo).
3. nella nomina e revoca di componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale della società da parte del soggetto controllante;
4. nella motivazione della scelta di procedere all'affidamento diretto che dovrà avere una durata limitata in ragione della detta motivazione.

In ordine al soggetto deputato all'esercizio dei poteri di controllo.

- Con riferimento al soggetto legittimato all'esercizio dei poteri di controllo sulle società affidatarie dirette del servizio, si rende necessario coordinare la normativa in materia di servizi pubblici locali (art. 113 TUEL) con quella statale e regionale riguardante specificamente la materia della gestione dei rifiuti (d.lgs. 22/1997 e l.r. n. 24/2002).

In attuazione delle previsioni di cui all'art 23 co. 4 d.lgs. n. 22/1997, la normativa di settore regionale (l.r.n. 24/2002) ha previsto il consorzio obbligatorio dei comuni appartenenti al medesimo bacino e dei consorzi appartenenti alla stessa provincia ai sensi dell'art. 30 e 31 d.lgs. n. 267/2000 assegnando agli enti così costituiti (consorzi di bacino e associazioni di ambito territoriale ottimale) le funzioni di governo relative alle attività di gestione dei rifiuti

I singoli comuni titolari di quote delle società pubbliche di gestione, che hanno costituito i consorzi obbligatori di bacino approvando convenzioni e statuti conformi agli schemi deliberati dalla Regione Piemonte con d.g.r. 19 maggio 2003 n. 64-9402, hanno delegato ai medesimi consorzi le proprie funzioni di governo relative ai rifiuti (sul controllo esercitato a livello consortile si veda la sentenza TAR Friuli Venezia Giulia 15.7.2005 n. 634 citata). Per quanto qui rileva sono state espressamente attribuite ai consorzi di bacino e alle associazioni di ambito territoriale ottimale le funzioni di scelta dei soggetti gestori e i relativi poteri di vigilanza e di controllo (cfr. d.g.r. 19 maggio 2003 n. 64-9402, Convenzione del consorzio unico di bacino art. 2 co. 3 e Convenzione istitutiva dell'associazione di ambito territoriale ottimale art. 2 co. 2).

In tale contesto normativo;

1. Spetta ai consorzi di bacino e alle ATO costituitisi ai sensi della l.r. n. 24/2002, in quanto a ciò delegati dai comuni e dai consorzi con la convenzione istitutiva, effettuare la scelta in ordine alla modalità di affidamento del servizio, deliberare e giustificare l'eventuale affidamento diretto del servizio ai sensi dell'art. 113 co. 4 lett. a) e co. 5 lett. c) ed esercitare i poteri di controllo sulle società affidatarie.

Mercedes Bresso

Visto:

L'Assessore all'Ambiente

Nicola De Ruggiero