

Deliberazione n. 2 Adunanza del 13 Gennaio 2010

Il Consiglio

Oggetto: Procedimento di accertamento della legittimità degli affidamenti in house ai soggetti gestori pubblici del Servizio di Gestione Integrata dei rifiuti urbani

Visto il D.lgs. n. 163/2006 Vista la Legge n. 241/1990 Visto il D.lgs. n. 267/2000 Visto il D.lgs. n. 22 /97

Visto il D.lgs. n. 152/2006

Visto il D.L. 112/2008, convertito nella L. n. 133/2008

Visto il D.L 25 settembre 2009 n. 135, convertito in legge n.166 del 20.1 1.2009

Vista la delibera dell'Autorità n. 53 del 26.1 1.2008

Vista la delibera dell'Autorità n. 53 del 17.06.2009 di avvio del procedimento

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture in data 30.11.2009

Considerato in fatto

1. Il Consiglio dell'Autorità, con deliberazione n. 53 del 26 novembre 2008, ha disposto l'avvio di un'indagine conoscitiva sullo stato di attuazione del sistema di gestione integrata dei rifiuti da eseguirsi a cura delle Direzioni Generali OSAM ed OSIT di quest'Autorità; con detta indagine è stata acquisita la documentazione di settore disponibile, ed informazioni dalle Regioni/Province autonome e dai Comuni capoluogo di provincia. Lo studio svolto sui servizi di gestione dei rifiuti ha confermato quanto emerso dall'attività conoscitiva di ordine generale circa il permanere della frammentazione dei servizi, sebbene il decreto legislativo 5 febbraio 1997 n. 22 (decreto Ronchi) avesse recepito a suo tempo tre direttive CEE: 91/156/CEE sui rifiuti e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio, nonché la 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi, in ossequio alle quali è stata posta in essere la prima disciplina nazionale unitaria della gestione integrata dei rifiuti. Tale decreto, è stato abrogato e sostituito dal Codice Ambientale (D. Lgs. 3 aprile 2006 n.152). Il Testo Unico potrà essere sottoposto ad integrazioni e modifiche - entro il giugno 2010 - in conseguenza dei decreti legislativi che verranno emanati in attuazione a quanto disposto dall'articolo 12 della legge 18 giugno 2009 n.69, secondo i criteri guida previsti dalla precedente legge delega (L. n. 308/2004). Va soggiunto, altresì, che lo scorso anno è stata approvata la nuova Direttiva rifiuti (Direttiva 2008/98/CE) che dovrà essere recepita entro il dicembre 2010.

2. A seguito di tale indagine, con deliberazione n. 53 del 17 giugno 2009, il Consiglio ha disposto l'avvio di un procedimento volto ad accertare la legittimità degli attuali affidamenti *in house* ai soggetti gestori pubblici del servizio dei rifiuti urbani, affinché sia garantita la conformità alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia anche in relazione alla previsione contenuta nell'art. 23 bis della legge 133/2008, recentemente modificato dall'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009 n.135, convertito in legge n.166 del 20.11.2009.

3. Sono state individuate diverse criticità che interessano il settore del sistema di gestione dei rifiuti urbani originate dalla mancata delimitazione degli Ambiti Territoriali Ottimali (A.T.O.), e

dalla mancata costituzione, ad opera di tutti gli enti locali ricompresi nel territorio delle ATO. delle Autorità d'Ambito.

Il mancato trasferimento alle stesse delle competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti ha comportato il perdurare della frammentazione dei servizi dei rifiuti, non soltanto dal punto di vista territoriale, ma anche nella gestione delle varie tipologie di servizio delle attività di raccolta, trasporto, recupero e smaltimento ed il connesso controllo di tali operazioni e delle discariche dopo la chiusura.

Le criticità rilevate risultano in contrasto con le indicazioni del Codice Ambientale che orientano le varie fasi di gestione del ciclo dei rifiuti verso una gestione unitaria e ne determina le modalità organizzative che debbono essere adottate sull'intero territorio nazionale, lasciando alle Regioni, tra l'altro, il compito di regolamentare le attività, ivi compresa la raccolta differenziata dei rifiuti urbani (art. 196).

In merito, va evidenziato che la filiera della gestione dei rifiuti è concepita dal legislatore come un ciclo chiuso, ed è definito come l'insieme delle seguenti attività:

- raccolta, che consiste nell'"operazione di prelievo, di cernita o di raggruppamento dei rifiuti per il loro trasporto" (art. 183, comma 1, lett. e) del D. Lgs. n. 152/2006). Possono essere oggetto di raccolta sia i rifiuti indifferenziati, sia i rifiuti selezionati da avviare al recupero (raccolta differenziata);
- spazzamento, definito dal citato art. 183 come una "modalità di raccolta dei rifiuti su strada";
- trasporto, inteso come l'operazione di movimentazione dei rifiuti effettuata a partire dal sito di produzione o di deposito a un altro sito, esterno al primo, nel quale i rifiuti vengono scaricati per essere sottoposti alle successive attività di stoccaggio, recupero o smaltimento;
- recupero, costituito dal complesso delle operazioni attraverso le quali un rifiuto viene utilizzato, almeno in parte, in un processo produttivo o in altre attività che ne consentano una valorizzazione economica, conseguendo nel contempo obiettivi ambientali di razionale uso e salvaguardia delle risorse naturali;
- smaltimento, che rappresenta la "fase residuale della gestione dei rifiuti, previa verifica [...] della impossibilità tecnica ed economica di esperire le operazioni di recupero" descritte all'art. 181 del D. Lgs. n. 152/2006. I sistemi di smaltimento più diffusi sono l'incenerimento (tramite termovalorizzatore) e la discarica controllata;
- controllo delle operazioni di raccolta, trasporto, recupero e smaltimento (per le quali l'art. 189 del D. Lgs. n. 152/2006 prevede l'istituzione di un sistema informatico di "tracciabilità dei rifiuti") e controllo delle discariche dopo la chiusura.

In tale ultima fase è previsto anche il controllo delle operazioni di smaltimento, da realizzarsi all'interno di ciascun ambito, esteso anche sulle discariche dopo la loro chiusura.

Per quanto riguarda invece l'utilizzazione dei beni strumentali per il servizio di gestione dei rifiuti, ossia gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti locali già esistenti al momento dell'assegnazione del servizio, sono conferiti in comodato ai soggetti affidatari del medesimo servizio (art. 202 comma 4).

Lo spirito informatore del Codice Ambientale accorda, quindi, il riconoscimento di infrastrutture essenziali agli impianti di smaltimento e trattamento non duplicabili localmente. Infatti, ove non vi sia coincidenza tra il soggetto incaricato della raccolta e del trasporto ed il gestore incaricato del trattamento, in quanto proprietario di discarica o di impianti a ciò deputati, tali infrastrutture dovranno essere poste nella disponibilità degli aggiudicatari del servizio integrato.

Su tale ultimo aspetto, ovvero sui rapporti contrattuali in essere tra eventuali gestori del servizio integrato e i proprietari di discarica, questa Autorità si riserva di procedere ad una separata indagine volta a verificare le modalità procedurali con cui vengono attivati tali rapporti.

4. L'attività istruttoria svolta è consistita nell'esame documentale delle risposte pervenute in esito alle richieste di informazioni, indirizzate ai Comuni capoluoghi di provincia, che in assenza dell'operatività delle ATO hanno proceduto all'affidamento dei servizi dei rifiuti urbani - nella maggior parte dei casi a società con la formula dell'*in house providing*.

Il campione oggetto di verifica è stato selezionato isolando i casi in cui l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti è avvenuto ricorrendo alle modalità dell'*in house*.

Ritenuto in diritto

5. Il Consiglio dell'Autorità ha formulato una serie di valutazioni e considerazioni di carattere generale, con la richiamata deliberazione n. 53 del 17.06.2009, che si intendono totalmente richiamate.

La circostanza che non tutte le Autorità d'Ambito sono state costituite e che quelle operanti sono fortemente in ritardo nell'adempimento delle prescrizioni normative contenute nel Codice Ambientale, riguarda la disciplina transitoria ed, in particolare, le modalità di esercizio del servizio, fino all'istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti.

La disciplina transitoria è regolata dall'art. 204 del Codice Ambientale, in base al quale i gestori attuali esercitano il servizio fino all'istituzione ed organizzazione della gestione integrata dei rifiuti da parte delle Autorità d'Ambito, nel senso che le vecchie gestioni proseguono fino all'affidamento ai nuovi gestori, come specificato dall' art.198 "sino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'art. 202, i Comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'art. 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267". Tale disposizione ha ipotizzato una rapida attuazione del nuovo sistema, ma i termini previsti dal Codice Ambientale non sono stati rispettati, pertanto le gestioni in economia e le gestioni dirette, svolte attraverso società *in house*, continuano in regime di proroga *ex lege*, a condizione che si tratti di gestioni in essere nell'aprile 2006.

Secondo un'interpretazione sistematica delle disposizioni citate, si ritiene che il legislatore, con l'articolo 204 citato, non abbia inteso prolungare a tempo indeterminato la durata delle gestioni esistenti alla data del 29 aprile 2006 data di entrata in vigore della parte IV del decreto legislativo n. 152 del 2006 - bensì sancirne la cessazione, anche anticipata, al momento dell'istituzione e organizzazione del servizio da parte delle Autorità d'ambito territoriale ottimale.

Il riferimento legislativo che introduce nel nostro ordinamento la modalità di affidamento cosiddetta *in house providing* è il comma 5 lett. c) dell'art. 113 del d.lgs n. 267/2000 (così come modificato dalla legge n. 326/2003), che testualmente recita:

"5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) 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."

La terza modalità (lett. c) è quella comunemente definita *in house providing*; trattasi di una espressione usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998 che identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione, che si verifica quando quest'ultima acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a terzi tramite gara e dunque al mercato. E' un modello che si contrappone a quello dell'*outsourcing* o *contracting out* (la c.d. esternalizzazione), in cui la sfera pubblica si rivolge al privato, demandandogli il compito di produrre e/o fornire i beni e servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa.

Il giudice comunitario si è occupato per la prima volta della figura dell'*in house providing* nel 1999 quando ha affermato che non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell'ipotesi in cui concorrano i seguenti elementi:

"a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi;

b) il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza."

Per il giudice comunitario, l'*in house* rappresenta il tentativo di conciliare il principio di auto-organizzazione amministrativa (che trova corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale), con i principi di tutela della concorrenza e del mercato.

L'Amministrazione si rivolge per reperire una determinata prestazione ad un soggetto che, pur essendo formalmente dotato di personalità giuridica diversa dall'Amministrazione stessa, è sottoposto tuttavia ad un controllo gerarchico da parte dell'Ente, che può essere assimilato al controllo che l'Amministrazione esercita sulle proprie strutture interne.

In virtù di tali elementi l'ente *in house* non va considerato "terzo" rispetto all'amministrazione procedente, ma piuttosto come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa. In presenza di tali condizioni, quindi, non c'è neppure il contratto perché esso implica l'esistenza di almeno due soggetti che siano sostanzialmente distinti e tra i quali vi sia una relazione intersoggettiva. C'è, al contrario, un rapporto organico o di delegazione interorganica; la delega interorganica e il conseguente rapporto di strumentalità dell'ente affidatario rispetto all'amministrazione aggiudicatrice rendono allora lo svolgimento della prestazione una vicenda tutta interna alla pubblica amministrazione.

Quanto appena evidenziato consente di capire perché il soggetto *in house* possa beneficiare di affidamenti diretti, ossia senza gara: non si tratta di una fattispecie contrattuale che eccezionalmente è sottratta all'applicazione del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni; si tratta, al contrario, di una fattispecie non contrattuale (perché manca la relazione intersoggettiva), che, come tale, per sua stessa natura si sottrae al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni e, quindi, all'applicazione delle regole che impongono la gara per la scelta del contraente.

"Un'autorità pubblica che sia una amministrazione aggiudicatrice, 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. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con entità giuridicamente distinta dall'Amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono quindi i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici" (Sentenza Stadt Halle).

Chiarita la collocazione giuridica di questa tipologia di affidamenti, il problema che si è posto negli anni successivi è stato quello di dare un contenuto alle due espressioni generali: "controllo analogo" e "destinazione prevalente dell'attività". In tal senso, dopo le inevitabili oscillazioni iniziali si è formata una giurisprudenza abbastanza concorde che fa capo ad alcune sentenze tra cui occorre citare le seguenti:

sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - Stadt Halle;

sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH;

sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04 - Carbotermo¹;

sentenza 9 giugno 2009, causa C-480/06;

sentenza 10 settembre 2009, causa C-573/07.

E' anche il caso di dire che nel corso degli anni, a seguito degli abusi compiuti nell'utilizzo di questo strumento, la giurisprudenza comunitaria è stata concorde nel ribadire il carattere di eccezionalità e nel fissare requisiti via via più restrittivi e rigorosi per la definizione delle due espressioni citate.

Si propone, pertanto, una sintetica elencazione di tali requisiti.

Il concetto di "controllo analogo"

6. Dal momento che questa procedura costituisce una deroga alle regole di evidenza pubblica il giudice europeo ha ritenuto necessari strumenti che consentano all'ente pubblico un controllo stringente, maggiore di quello ottenibile con gli ordinari strumenti previsti dal diritto civile. Essi sono:

a) il Consiglio di Amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;

b) l'impresa non deve avere una vocazione commerciale; tale vocazione risulterebbe implicita in caso di ampliamento dell'oggetto sociale, apertura obbligatoria della società ad altri capitali, espansione territoriale;

c) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante;

d) il controllo analogo è da ritenersi escluso nel caso in cui nello statuto sia prevista la possibilità di cedere quote a soggetti privati (sul punto, però, occorre tener presente il recente orientamento della Corte di Giustizia espresso nella sentenza del 10 settembre 2009, resa nella causa C-573/07²);

e) Il controllo analogo non è escluso dalla circostanza che il pacchetto azionario della società sia posseduto da una pluralità di enti pubblici, anche in misura esigua per ciascuno di essi. In tal caso, la verifica sul "controllo analogo" si sposta necessariamente nel rinvenimento di clausole o prerogative che conferiscono agli enti locali partecipanti con quote societarie esigue, effettive possibilità di controllo nell'ambito in cui si esplica l'attività decisionale dell'organismo societario attraverso i propri organi (assembleari o di amministrazione). Tale controllo deve intendersi esercitabile non soltanto in chiave propulsiva o propositiva di argomenti da portare all'ordine del giorno del consesso assembleare bensì, e principalmente, di poteri inibitivi di iniziative o decisioni che si pongano in contrasto con gli interessi dell'ente locale nel cui ambito territoriale si esplica il servizio (TAR Lazio, sentenza 16 ottobre 2007, n. 9988).

Appaiono, inoltre, con riferimento all'argomento, rilevanti le decisioni assunte dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza del 13 novembre 2008, causa C-324/07, "*sentenza Coditel*".

La Corte ha affrontato, infatti, la questione del controllo analogo nel caso in cui questo debba essere esercitato da associazioni intercomunali, cioè da più comuni associati per perseguire determinate finalità di interesse comune. In merito, la stessa Corte ha formulato le seguenti considerazioni: "Da un lato, va ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte, quando un ente concessionario è detenuto da varie autorità pubbliche, la condizione relativa alla parte più importante della sua attività può ricorrere considerando l'attività che tale ente svolge con l'insieme di dette autorità (v., in tal senso, citate sentenze Carbotermo e Consorzio Alisei, punti 70 e 71, e Asemfo, punto 62). Sarebbe coerente con il ragionamento sotteso alla citata giurisprudenza considerare che la condizione relativa al controllo esercitato dalle autorità pubbliche possa essere parimenti soddisfatta tenendo conto del controllo esercitato congiuntamente sull'ente concessionario dalle autorità pubbliche che lo detengono" (punti 44-45).

I principi della sentenza succitata, concernenti la possibilità che l'esercizio del controllo analogo possa essere soddisfatto dalla presenza di un organo rappresentativo, nonché esercitato in forma congiunta, è stato recepito dalla sentenza del Cons. di Stato, Sez. V, 9 marzo 2009. n.1365.

Il requisito dell'attività prevalentemente svolta a favore dell'ente affidante

7. La giurisprudenza prevalente ritiene che tale condizione sia soddisfatta quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori dalla competenza territoriale dell'ente controllante.

Più che l'individuazione di una soglia percentuale, necessita un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo. In altri termini, la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato. Sotto questo profilo la giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato mostrano di ritenere a priori che l'espansione territoriale, anche a vantaggio di altri enti pubblici analoghi, violi la prevalenza.

Nella sentenza *Parken Brixen* la Corte esprime un concetto fondamentale. Essa, infatti, sinteticamente considera l'aspetto qualitativo e quantitativo, riferendosi al fatto che il soggetto "ha invece acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune. In questo senso militano: a) la trasformazione della azienda speciale in società per azioni; b) l'ampliamento dell'oggetto sociale; l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; c) l'espansione territoriale; d) i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di Amministrazione."

Come è evidente il punto chiave è "l'acquisizione di una vocazione commerciale" che, dietro lo schermo della forma giuridica della società pubblica, di fatto consegna questo imprenditore al mercato libero, pur in condizioni di privilegio. In tale motivazione sono, quindi, compendiate i concetti del controllo analogo, ma anche della prevalenza dell'attività.

L'in house nell'ordinamento nazionale

8. Nel corso degli anni la giurisprudenza nazionale e comunitaria hanno dato risposta ai numerosi interrogativi posti, riempiendo di contenuti le definizioni di "controllo analogo" e "attività prevalente" così come sinteticamente esposto.

Un primo riferimento va ricercato, come detto, nel Testo Unico degli Enti Locali, d.lgs. n. 267/2000 all'art.113 come novellato dalla l. n. 326/2003 cui si è già fatto cenno.

Un secondo riferimento é costituito dal Codice dei contratti pubblici. L'argomento, del tutto assente nella parte relativa ai settori ordinari, é trattato nella parte relativa ai settori speciali; recependo la direttiva 2004/17 CE, il Codice disciplina questa modalit  di affidamento all'art. 218 limitatamente alla problematica della attivit  prevalente, stabilendo il limite quantitativo dell'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni.

Il d.lgs. n. 152/2006, il cd. Codice Ambientale, in relazione alle modalit  di affidamento del servizio nella disciplina dei rifiuti dispone all'art. 202, comma 1, come modificato dal d.lgs. n. 4/2008, che l'ATO aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante "gara", e precisa che la stessa deve essere disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformit  ai criteri di cui all'art. 113, comma 7, del D.Lgs. 267/2000. E' scomparsa quindi la possibilit  di scelta tra diversi modelli di gestione come consentito dal comma 5 dell'art. 113 del TUEL, sostituita dalla previsione della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del gestore. Il Codice Ambientale, dunque, ammette una sola modalit  di affidamento del servizio, ritenendo che in questo settore esista un mercato dove operano soggetti economici ed   quindi intervenuto a tutela di quel mercato, e in definitiva della concorrenza, creando per i rifiuti una disciplina di settore diversa rispetto a quella ordinaria. Infine,   da evidenziare che, secondo le previsioni di cui all'art. 23 bis del D.L. 112/2008 convertito in Legge n. 133/2008, cosi come novellato dall'art. 15 del D.L. 135/2009, convertito in legge n.166 del 20.11.2009, le gestioni *in house*, esistenti alla data del 22 agosto 2009, cessano al 31 dicembre 2011 se conformi ai principi comunitari ed al 31 dicembre 2010 se difformi rispetto a detti principi, salvo che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso modalit  competitive e di evidenza pubblica.

9. I risultati dell'attivit  istruttoria, svolta in base ai criteri sopra enunciati, sono riassunti, caso per caso, nelle schede allegate, parte integrale della presente deliberazione, in cui sono riportate, in forma sintetica, le valutazioni dell'esame, che hanno reso possibile classificare gli affidamenti esaminati nelle tre seguenti tipologie:

a) affidamenti che sostanzialmente confermano le caratteristiche necessarie per il ricorso all'*in house providing*, quindi ritenuti conformi alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia;

b) affidamenti la cui conformit    subordinata all'adeguamento delle clausole statutarie;

c) affidamenti che non sono stati ritenuti conformi alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia.

Totale casi esaminati	A: Conformi alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia	B: Conformit� subordinata all'adeguamento delle clausole statutarie	C: Non conformi alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia
28	7	12	9

Occorre, tuttavia, evidenziare, come l'attuazione delle misure correttive individuate da questa Autorit , possa avere solo carattere derogatorio rispetto alle previsioni di cui all'art. 23-bis del D.L. n.112/2008, convertito con Legge n.133/2008, cosi come novellato dall'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009 n. 135, convertito in legge n.166 del 20.11.2009, che introduce per l'*in house* ulteriori restrizioni.

Pu  certamente essere indicato come nuovo limite dell'*in house* la norma del comma 8 lett. a) del citato art. 15 che stabilisce la cessazione al 31.12.2011 delle gestioni *in house* esistenti alla data

del 22 agosto 2008 anche se conformi ai principi comunitari (quelli difformi cessano al 31.12.2010), salvo che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso modalità competitive e di evidenza pubblica.

Si ritiene, pertanto, che, allo stato, i Comuni nei quali l'affidatario del servizio di gestione integrata dei rifiuti non rispetta i requisiti necessari per l'*in house*, possano, in alternativa:

1. adeguarsi ai requisiti richiesti affinché possa ritenersi ammissibile la modalità di affidamento *in house providing*, fermo restando l'obbligatorietà, entro il 31 dicembre 2011, di procedere a gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani;
2. ovvero procedere, senza attendere la scadenza del 31 dicembre 2010, ad espletare una gara di evidenza pubblica per l'esternalizzazione del servizio, secondo le previsioni dell'art. 23bis citato.

Sono esclusi dall'obbligo della esternalizzazione del servizio con procedure concorsuali, ai sensi del comma 3 dello stesso articolo, solo quegli affidamenti per i quali situazioni eccezionali, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento non permettono un efficace e utile ricorso al mercato. E' evidente come un'applicazione non corretta di tale disposizione, da riferirsi esclusivamente a contesti ambientali particolari, possa condurre all'inefficacia della norma.

Ulteriori criticità riscontrate

10. Sulla base delle informazioni fornite dai Comuni sono stati rilevati n. 5 (cinque) affidamenti diretti del servizio di gestione dei rifiuti urbani a società miste pubblico-private, che evidenziano aspetti di non conformità alle disposizioni legislative vigenti ed alla giurisprudenza costituitasi in materia. Dette criticità specifiche devono essere superate adottando opportune misure, ovvero procedendo all'esternalizzazione del servizio.

L'esame dell'affidamento del servizio in parola per le società miste pubblico-private, sarà oggetto di specifiche indagini volte a verificare la procedura di evidenza pubblica esperita per l'individuazione del socio privato.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

a) dispone l'invio ad opera della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture della presente deliberazione ai soggetti interessati (Comuni e Società gestore), corredata per ciascun soggetto delle schede di competenza con le quali si riassumono le valutazioni relative al caso specifico;

b) con riferimento alle gestioni la cui conformità è subordinata all'attuazione dei rimedi secondo gli indirizzi espressi dall'Autorità nella specifica scheda, invita i soggetti interessati a confermare all'Autorità l'impegno a porre in atto le conseguenti misure, indicando le precise modalità e i termini per l'attuazione delle stesse, entro il termine di 60 gg. dal ricevimento della presente deliberazione;

c) relativamente agli affidamenti per i quali è stata accertata la non conformità alla disciplina dell'*in house providing*, invita i soggetti interessati a dare evidenza, indicando modi e tempi, delle procedure che gli stessi intendono adottare per assicurare il rispetto delle disposizioni di cui al D.Lgs. n.163/2006, entro il termine di 30 gg. dal ricevimento della presente deliberazione;

d) relativamente agli affidamenti a società miste, dispone un rinvio di 90 gg. per la conclusione della verifica istruttoria, ad opera della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture.

e) dispone, altresì, la pubblicazione della presente deliberazione sul sito internet dell'Autorità.

Firmato

I Consiglieri Relatori: Andrea Camanzi, Piero Calandra

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 Febbraio 2010

Il Segretario: Maria Esposito

1. Altre sentenze sullo stesso argomento sono, Sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03 - Corame; Sentenza 10 novembre 2005, causa C 29/04 - Mödling o Commissione c/ Austria; Sentenza 6 aprile 2006, causa C-410/04 - ANAV c/ Comune d, Bari; Sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05 - Jean Auroux). Sullo stesso argomento si è espresso anche il Consiglio di Stato: Consiglio di Stato, V sez., 8 gennaio 2007, n. 5, Consiglio di Stato, V sez., 30 agosto 2006, n. 5072.

2. Al punto 51 della citata sentenza si legge in particolare che "in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, in cui il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e in cui non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di raie società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta".