

SOMMARIO

1. PREMESSA
2. LA NATURA DI SERVIZIO PUBBLICO DI RILEVANZA ECONOMICA DEL CICLO DEI RIFIUTI
3. INDIVIDUAZIONE DELL'ENTE AFFIDANTE IL CICLO DEI RIFIUTI
4. OBBLIGHI DI SERVIZIO PUBBLICO ED UNIVERSALE IN TEMA DI CICLO DEI RIFIUTI
5. SUSSISTENZA DEI REQUISITI PREVISTI DALL'ORDINAMENTO EUROPEO NELL'AFFIDAMENTO IN HOUSE DEL CICLO DEI RIFIUTI DAL COMUNE AD ASM PAVIA SPA
 - 5.1) INTRODUZIONE
 - 5.2) STATUTO DI ASM PAVIA SPA
 - 5.3) CONVENZIONE INTERCOMUNALE TRA I COMUNI SOCI DI ASM SPA
 - 5.4) CONTRATTO DI SERVIZIO TRA IL COMUNE DI TRAVACÒ SICCOMARIO ED ASM PAVIA SPA IN MATERIA DI CICLO DEI RIFIUTI
 - 5.5) GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA IN MATERIA DI SOCIETA' IN HOUSE MULTICOMUNALI
 - 5.6) SINTESI
6. L'ASSENZA DI COMPENSAZIONI ECONOMICHE DA COMUNE DI TRAVACÒ SICCOMARIO AD ASM PAVIA IN MATERIA DI CICLO DEI RIFIUTI

1) PREMESSA

Con la deliberazione di Consiglio Comunale cui la presente relazione è allegata, il Comune di Travacò Siccomario, intende affidare *in house providing* il proprio ciclo dei rifiuti (raccolta, trasporto, spazzamento, smaltimento finale) ad ASM Pavia SpA.

Il Decreto Legge 18/10/2012, n. 179 *Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese* (Pubblicato in G.U. n. 245 del 19 Ottobre 2012, Suppl. Ord. n. 194 - In vigore dal 20 Ottobre 2012), all'art. 34 (*Misure urgenti per le attività produttive, le infrastrutture e i trasporti, i servizi pubblici locali, la valorizzazione dei beni culturali ed i comuni*), cc.13 e 14 prevede quanto segue:

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

14. In relazione agli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, la relazione prevista al comma 13 deve essere pubblicata entro la data del 31 dicembre 2013. Per gli affidamenti per i quali non è prevista una data di scadenza, gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento, pena la cessazione dell'affidamento medesimo alla data del 31 dicembre 2013.

La relazione ex art.34, c.13 DL 179 / 2012, in generale, quindi:

- va sviluppata ed approvata ad ogni rinnovo di affidamento di servizio pubblico locale (e non anche per le attività diverse dai servizi pubblici), da parte del singolo ente affidante;
- va sviluppata ed approvata entro il 31.12.2013 per gli affidamenti oggi in essere e che proseguono oltre quella data.

In termini di contenuti specifici, la presente relazione:

- dà atto della natura di *servizio pubblico di rilevanza economica* del ciclo dei rifiuti;
- individua quale sia l'*ente affidante*;
- *definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale*;
- da' conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta;
- *indica le compensazioni economiche se previste*.

Ciascuno dei temi sopra elencati è oggetto dei paragrafi a seguire.

2) LA NATURA DI SERVIZIO PUBBLICO DI RILEVANZA ECONOMICA DEL CICLO DEI RIFIUTI

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

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

in caso di assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione, l'operazione rappresenta [un'attività resa al Comune].

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

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

... La qualificazione di un servizio pubblico a rilevanza economica è correlata alla astratta potenzialità di produrre un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore

Alla luce di tutto quanto sopra (e rinviando al successivo § 4 l'approfondimento della questione, specifica per il ciclo dei rifiuti, connessa alla remunerazione del servizio, a mezzo di tariffa da utenti o a mezzo di corrispettivi erogati dall'ente affidante), anche indipendentemente da quanto nella precedente parentesi, per raccolta, trasporto, spazzamento e smaltimento dei rifiuti risultano ricorrere le caratteristiche sopra evidenziate perché il ciclo possa ben rientrare nell'alveo dei servizi pubblici, come peraltro stabilito anche

dai pareri dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato ("AGCM") AS705 - AS684 - AS678 - AS612 - AS604 - AS573 - AS570 - AS564 - AS558 - AS544 - AS530 - AS526 - AS562 - AS561 - AS548 - AS594 - AS599 - AS601 - AS620 - AS627 - AS706 - AS708 - AS726 - AS727 - AS728 - AS739 - AS740 - AS742 - AS743); inoltre, il ciclo dei rifiuti è individuato esplicitamente quale *servizio*, oltre che da previgenti leggi (tra altre, l'art.23bis, c.10 DL 112 / 2008 nella sua versione originale), dai vigenti art.15, c.1 LR 26 / 2003 (norma regionale lombarda specifica per il settore) ed art.200, c.1 DLgs 152 / 2006 (norma nazionale in materia di ambiente).

Si può quindi concludere che il ciclo dei rifiuti, quando oggetto di affidamento, deve essere oggetto della relazione ex art.34, c.13 DL 179 / 2012.

3) INDIVIDUAZIONE DELL'ENTE AFFIDANTE IL CICLO DEI RIFIUTI

In base all'art.3bis, c.1 DL 138 / 2011, riportato al precedente § 1, le Regioni (e tra queste la Lombardia) avrebbe dovuto, entro il 30.06.2012, individuare obbligatoriamente ambiti sovracomunali, e con essi gli enti regolatori di questi ultimi, per l'organizzazione del ciclo dei rifiuti per aree più vaste rispetto alla tradizionale competenza territoriale del singolo Comune.

Peraltro, l'art.200, c.1 DLgs 152 / 2006 (norma nazionale in materia di ambiente) *Organizzazione territoriale del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani* già da tempo prefigurava che *La gestione dei rifiuti urbani è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali, di seguito anche denominati ATO, ... secondo i seguenti criteri:*

- a) superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti;*
- b) conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e sulla base delle ripartizioni politico-amministrative;*
- c) adeguata valutazione del sistema stradale e ferroviario di comunicazione al fine di ottimizzare i trasporti all'interno dell'ATO;*
- d) valorizzazione di esigenze comuni e affinità nella produzione e gestione dei rifiuti;*
- e) ricognizione di impianti di gestione di rifiuti già realizzati e funzionanti;*
- f) considerazione delle precedenti delimitazioni affinché i nuovi ATO si discostino dai precedenti solo sulla base di motivate esigenze di efficacia, efficienza ed economicità.*

Diversamente da quanto occorso nelle altre Regioni d'Italia, la Lombardia non ha a suo tempo provveduto ad individuare gli ambiti sovracomunali (né come detto ciò è ancora avvenuto oggi ex art.3bis, c.1 DL 138 / 2011), in relazione all'opzione consentita dall'art.200, c.7 DLgs 152 / 2006:

7. Le regioni possono adottare modelli alternativi o in deroga al modello degli Ambiti Territoriali Ottimali laddove predispongano un piano regionale dei rifiuti che dimostri la propria adeguatezza rispetto agli obiettivi strategici

previsti dalla normativa vigente, con particolare riferimento ai criteri generali e alle linee guida riservati, in materia, allo Stato

La Regione Lombardia, con comunicazione della Direzione Generale reti e Servizi prot.17129 del 06.08.2007 *Chiarimento in merito all'organizzazione territoriale di gestione dei rifiuti urbani* ha espresso la propria posizione circa la non individuazione degli ambiti multicomunali per l'affidamento con gara del ciclo dei rifiuti; la Regione si è avvalsa dell'opzione ex art.200, c.7 DLgs 152 / 2006, purchè il modello adottato rispetti i principi ispiratori (di concorrenza e liberalizzazione), e così si è affermato fossero siano le previsioni ex LR 26 / 2003 (come modificata ed integrata dalla LR 18 / 2006 e dalla LR 1 / 2009), cosicché è il singolo Comune a mantenere il ruolo di ente concedente / affidante, salva la facoltà dei Comuni di associarsi volontariamente ai fini di svolgimento del servizio su base territoriale più ampia.

Nel caso del Comune di Travacò Siccomario, si rileva la scadenza del contratto di servizio tra Comune stesso ed ASM Pavia SpA in data, gli ambiti territoriali ottimali non sono ancora individuati, cosicché non può essere il competente ente d'ambito a farsi carico della soluzione dell'affidamento in scadenza; non può quindi che essere il Comune ad affrontare la questione, ma a nostro avviso ciò deve avvenire nel rispetto delle prerogative dell'istituendo ambito; al riguardo, se il Comune bandisse una propria procedura ad evidenza pubblica o istituisse una propria società mista con socio operatore (circa le forme di gestione attivabili si veda nel prosieguo all'interno di questo stesso paragrafo), la scelta certamente si porrebbe in contrasto con l'approccio unificato che l'ambito stesso richiederà; se ciascun Comune dovesse bandire procedure autonome, l'ente d'ambito si troverebbe nella difficile situazione di dover indubbiamente rispettare l'esito delle singole procedure ad evidenza pubblica bandite ed aggiudicate, dovendo rinviare a tempi futuri, forse anche lontani (alla scadenza naturale delle citate procedure), l'attuazione di un approccio unitario d'ambito, a superamento delle frammentazioni, in coerenza con le previsioni di legge; ne deriva che l'affidamento in house ad ASM Pavia SpA, in quanto soggetto interamente pubblico, risulta essere ad oggi il modello più coerente per lo svolgimento del ciclo dei rifiuti

Il principio di cui sopra è peraltro sancito anche dalla legge laddove, in base all'art.198, c.1 DLgs 152 / 2006 (*Competenze dei Comuni*), ... Sino all'inizio delle attività del soggetto [gestore individuato] dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'articolo 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'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 [ora abrogato ex art.12, c.1 DPR 168 / 2010].

Ciò detto, l'affidamento in house risulta in ogni caso modello gestionale totalmente ammesso dalla normativa vigente e dalla giurisprudenza corrente; infatti a ciò conduce la tumultuosa evoluzione normativo - giurisprudenziale afferente le forme di gestione dei servizi pubblici locali, evoluzione può essere riassunta come segue:

1) la sentenza Corte Cost. 199 / 2012 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art.4 DL 138 / 2011 (che aveva di fatto sostituito il già citato art.23bis, prevedendo pressoché analoghe forme di liberalizzazione / privatizzazione obbligatoria, dal che la pronuncia della Corte Cost., in relazione a quanto segue sub 2), art.4 DL 138 / 2011 convertito in Legge 148 / 2011, ed anche delle modifiche ed integrazioni allo stesso apportate dall'art.9 Legge 183 / 2011, dall'art.25, c.1 DL 1 / 2012 convertito in Legge 27 / 2012, dall'art.53 DL 83 / 2012;

2) il DPR 113 / 2011 ha abrogato (in esito al referendum popolare del 12-13 Giugno 2011) il già citato art.23bis DL 112 / 2008 (la sostanziale coincidenza delle previsioni del quale, con quelle del successivo art.4 DL 138 / 2011 di cui sopra, ha condotto all'incostituzionalità di quest'ultimo), art.23bis DL 112 / 2008 convertito in legge 133 / 2008, modificato ed integrato dall'art.15 DL 135 / 2009 convertito in Legge 166 / 2009, nonché ha abrogato il DPR 168 / 2010, regolamento di attuazione del citato art.23bis;

3) l'art.12, c.1 DPR 168 / 2010 ha abrogato l'art.113, cc. 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater DLgs 267 / 2000.

4) OBBLIGHI DI SERVIZIO PUBBLICO ED UNIVERSALE IN TEMA DI CICLO DEI RIFIUTI

Gli obblighi in questione, richiamati esplicitamente dall'art.34, c.13 DL 179 / 2012 sono indiscutibilmente correlati all'impossibilità di interrompere il servizio per evidenti ragioni igienico - sanitarie e di qualità della vita nelle comunità locali.

Risulta opportuno evidenziare come da una parte sia la stessa normativa ad imporre lo svolgimento del servizio di igiene ambientale, e dall'altra come non trovi applicazione l'opzione di concorrenza totale nel mercato di cui alla verifica antitrust ex incostituzionale art.4, cc. da 1 a 4 DL 138 / 2011, ma sempre approfondimento sempre fondamentale in termini di assetti gestionali.

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

Peraltro, il vigente art.15 LR 26 / 2003, come modificato dal'art.2, c.1 LR 18 / 2006 (*funzioni dei Comuni*), al di là delle contraddizioni già sopra esposte con il prevalente modello ad ambiti, di nuovo tratta il ciclo dei rifiuti come di un servizio ad istituzione obbligatoria:

1. ... i comuni affidano il servizio di gestione dei rifiuti urbani ...
2. I comuni organizzano la raccolta differenziata dei rifiuti urbani ... [e] definiscono il sistema di infrastrutture al servizio della raccolta differenziata

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In materia di conferma del fatto che il ciclo dei rifiuti debba essere gestito in esclusiva (un ente pubblico affidante, un affidatario unico per territorio e periodo di tempo) e non in regime di concorrenza totale (venir meno del ruolo di affidante da parte dell'ente pubblico, libero dispiego della concorrenza tra più gestori contestualmente operanti sul territorio), a livello di singolo Comune, soprattutto quando quest'ultimo sia di dimensioni medio - piccole, il ciclo dei rifiuti appare caratterizzato dai seguenti aspetti, elaborati per i singoli segmenti del servizio (raccolta; spazzamento stradale; smaltimento finale; altri segmenti).

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

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

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

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

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

Pertanto, non risulta quindi nemmeno sussistere uno strumento che possa legittimamente correlare, dal punto di vista commerciale, più operatori e più utenti nell'ottica della concorrenza del mercato (ciò non risulta più poter valere per la tariffa di igiene ambientale, e ciò certamente non varrà per la TARES, tributo a gestione diretta comunale); il transito della remunerazione del gestore in concorrenza totale per l'erogazione di un corrispettivo comunale pare di fatto essere di impossibile soluzione.

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

Quanto allo smaltimento finale dei rifiuti, si tratta di un segmento la cui evoluzione non può essere di competenza comunale, regionale e / o a livello d'ambito: sussistono infatti previsioni normative regionali che regolamentano il segmento (LR 26 / 2003), in un contesto per cui si impone la facoltà di

smaltire in uno o l'altro degli impianti di smaltimento insistenti nel territorio regionale, con il progressivo venir meno della definizione di politiche di autosufficienza a livello provinciale; pertanto il tema risulta essere materia che sfugge alla disponibilità del singolo Comune o della stessa concorrenza totale nel mercato.

Al riguardo, in termini di relativa complessità, si consideri anche l'art.25, c.4 DL 1 / 2012 convertito in Legge 27 / 2012, in base al quale *Per la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate ai sensi dell'art.202 DLgs 3 Aprile 2006, n.152, e nel rispetto della normativa nazionale ed europea, le seguenti attività: a) la gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti; b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e recupero nonché, ricorrendo le ipotesi di cui alla precedente lettera a), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani ed assimilati prodotti all'interno dell'ATO. Nel caso in cui gli impianti siano di titolarità di soggetti diversi dagli enti locali di riferimento, all'affidatario del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani devono essere garantiti l'accesso agli impianti a tariffe regolate e predeterminate e la disponibilità delle potenzialità e capacità necessarie a soddisfare le esigenze di conferimento indicate nel piano d'ambito.*

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

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

5) SUSSISTENZA DEI REQUISITI PREVISTI DALL'ORDINAMENTO EUROPEO NELL'AFFIDAMENTO IN HOUSE DEL CICLO DEI RIFIUTI DAL COMUNE AD ASM PAVIA SPA

5.1) INTRODUZIONE

La coerenza dell'affidamento del ciclo dei rifiuti, da parte del Comune di Travacò Siccomario ad ASM Pavia SpA (società di cui il Comune è socio per una quota pari al% del capitale sociale), deve risultare in esito ad analisi di natura amministrativa relative a due questioni tra loro correlate:

- il fatto che ASM Pavia SpA sia strutturata effettivamente quale società in house, nel rispetto dei requisiti evidenziati dalla giurisprudenza amministrativa;
- il fatto che il Comune di Travacò Siccomario, ancorché detentore di una piccola quota di partecipazione, possa esercitare sulla società un *controllo analogo* (uno dei requisiti in house) a quello che eserciterebbe su un proprio ufficio, ancorché in forma associata con gli altri Comuni soci.

I requisiti in house, come individuati dalla sentenza Corte di Giustizia UE 18.11.1999, C-107/98, c.d. Teckal e dall'abrogato art.113, c.5, lettera c) DLgs 267 / 2000, risultano essere i seguenti:

- la partecipazione interamente pubblica al capitale sociale (che può darsi per acquisita, come da successiva analisi dello statuto ed alla luce della visura soci);
- il fatto che la parte prevalente del volume d'affari sia ottenuta in rapporto all'affidamento diretto di servizi da parte dei Comuni soci ed affidanti (come anche da sentenza Corte di Giustizia UE C-458/03, Parking Brixen GmbH), il che può darsi per acquisito come da estratto del bilancio dell'ultimo esercizio;
- il fatto che, come detto, il Comune possa esercitare su ASM il citato *controllo analogo*.

A quest'ultimo riguardo appare necessario osservare le previsioni dello statuto ASM, la convenzione intercomunale tra i Comuni soci, il contratto di servizio tra Comune di Travacò Siccomario ed ASM con riferimento al ciclo dei rifiuti, al fine di valutare se le prerogative di stringente programmazione e controllo, nonché intervento nella gestione, prefigurate nei citati atti siano in linea con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza in materia di in house multicomunale.

5.2) STATUTO DI ASM PAVIA SPA

Del vigente statuto di ASM risulta opportuno evidenziare le seguenti previsioni, in ottica in house multicomunale:

Art.1

3. La Società opera secondo il modulo c.d. "in house providing", di cui agli artt. 113, comma 5, lett. c) e 113-bis, comma 1, lett. c) T.U.E.L.

4. Stante la natura a totale capitale pubblico locale della Società, possono essere soci di ASM Pavia gli enti locali individuati dal T.U.E.L., nonché, se la legge lo consente ed in quanto compatibile con il modulo sopra richiamato, altri enti pubblici. La titolarità del capitale sociale da parte degli enti locali soci è finalizzata alla gestione dei servizi secondo il suddetto modulo e comporta il perseguimento di finalità comuni a tutti i soci.

5. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 113, comma 5, lett. c) e dell'art. 113-bis, comma 1, lett. c) T.U.E.L. e dell'esercizio del "controllo analogo", i Comuni che affidano servizi alla Società esercitano poteri di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività di ASM Pavia con le modalità definite dal presente Statuto, dalla convenzione stipulata a norma del successivo comma 6, lett. b) e dai contratti di servizio.

6. In attuazione di quanto previsto al comma precedente:

a) l'Assemblea societaria fornisce al Consiglio d'amministrazione indirizzi vincolanti sui seguenti oggetti: piano industriale (costituito dal piano-programma, dal bilancio economico di previsione pluriennale e dal bilancio economico di previsione annuale) ed altri eventuali documenti programmatici; bilancio di sostenibilità, ambientale, sociale; codice etico, carte dei servizi, indagini di customer satisfaction; schemi generali dei contratti di servizio; qualora lo richiedano due terzi dei componenti dell'organismo comune disciplinato alla successiva lettera b), il piano industriale predisposto dal Consiglio d'amministrazione deve essere sottoposto all'approvazione dell'Assemblea: tale approvazione si intende avvenuta qualora si esprimano favorevolmente il rappresentante in Assemblea del Comune di Pavia ed almeno la maggioranza del numero dei Comuni soci partecipanti all'Assemblea che abbiano affidato servizi alla Società;

b) tra gli enti locali soci che affidano servizi ad ASM Pavia è costituito, tramite stipulazione di convenzione a norma dell'art. 30 T.U.E.L., un organismo comune denominato "Assemblea di coordinamento e controllo intercomunale", formato dai Sindaci dei Comuni affidanti (o loro delegati) e di cui la convenzione disciplina il funzionamento; tale organo:

b1) definisce (in coerenza con le decisioni strategiche assunte in sede di Assemblea societaria) indirizzi operativi sui servizi affidati, alla luce dei quali il Consiglio d'amministrazione adatterà l'operato delle strutture gestionali societarie;

b2) esercita il controllo di efficacia complessiva dei servizi affidati dai Comuni soci ed a questo fine riceve report periodici, redatti a cura del Consiglio d'amministrazione della Società, sui principali indicatori di ASM Pavia relativi ai servizi stessi; allo stesso scopo a rappresentanti dell'organismo comune è consentito l'accesso agli atti a ciò indispensabili e l'effettuazione di ispezioni, secondo le modalità definite con apposito regolamento approvato dal Consiglio d'amministrazione, previo parere dell'organismo comune, a norma del successivo art. 20, comma 2;

b3) esercita il potere previsto alla precedente lett. a);

b4) può chiedere motivatamente la convocazione dell'Assemblea societaria e può riunirsi in vista dello svolgimento delle Assemblee per definire posizioni comuni tra i soci sulle deliberazioni da assumere in tale sede;

c) ciascun Comune che affida servizi ad ASM Pavia è titolare di poteri propulsivi nei confronti del Consiglio d'amministrazione, consistenti in proposte di specifiche iniziative inerenti all'esecuzione del contratto di servizio stipulato -sempre nel rispetto dell'economicità della gestione del servizio- e di poteri di veto sulle deliberazioni, specificamente rifluenti sull'attuazione del contratto di servizio, che si discostino da tali proposte; nei casi in cui il Comune ha diritto a far valere la risoluzione del contratto di servizio e la revoca dell'affidamento, il Comune stesso ha titolo a recedere dalla Società;

l'accesso del Comune agli atti societari inerenti al servizio affidato e l'effettuazione di ispezioni sono disciplinati dai contratti di servizio.

7. La Società dovrà mantenere la partecipazione interamente pubblica del capitale sociale.

Art. 5

1. Il capitale sociale é di Euro 43.526.076,00, interamente versato, rappresentato da 43.526.076 azioni del valore nominale di 1 Euro, con precisazione che in data 6 marzo 2007 l'assemblea straordinaria dei soci ha deliberato l'aumento scindibile del capitale sociale da Euro 43.526.076,00 a Euro 53.526.076,00 con scadenza per la sottoscrizione il giorno 31 dicembre 2008.

2. In ragione della costituzione della Società per trasformazione della precedente azienda speciale del Comune di Pavia e fermo comunque il perseguimento di finalità comuni a tutti i soci, la partecipazione del Comune di Pavia non può essere inferiore al 51% del capitale avente diritto di voto e comunque in misura sufficiente ad assicurare il controllo della Società ai sensi dell'art. 2359 c.c., ferma la sussistenza in capo a tutti i Comuni soci che affidano servizi alla Società degli specifici poteri loro spettanti a norma del precedente art. 1, comma 6

Art.12, c. 2.

Ai fini dell'esercizio dei poteri di "controllo analogo" ed a norma del precedente art. 1, comma 6, lett. c), il diritto di recesso può essere altresì esercitato dal Comune socio che abbia affidato ad ASM Pavia la gestione di servizi nei casi in cui il Comune abbia diritto a far valere la risoluzione del contratto di servizio e la revoca dell'affidamento.

Art.13, c. 3

L'Assemblea ordinaria è convocata inoltre quando sia necessario deliberare sugli indirizzi inerenti agli oggetti indicati al precedente art. 1, comma 6, lett. a) o quando ne faccia motivata richiesta l'Assemblea di coordinamento e controllo intercomunale di cui all'art. 1, comma 6, lett. b), nonché quando tale organo chieda che il piano industriale sia approvato dall'Assemblea societaria.

Art. 18

1. L'Assemblea esercita le funzioni deliberative riservatele dalla legge e quelle indicate dal presente Statuto. In particolare, l'Assemblea ordinaria:

- a) approva il bilancio di esercizio;
- b) enuncia gli indirizzi, vincolanti per il Consiglio d'amministrazione, per la formazione degli atti indicati nell'art. 1, comma 6, lettera a) e, nel caso previsto da tale norma e con la maggioranza ivi prescritta, approva il piano industriale;
- c) nomina e revoca i consiglieri d'amministrazione, che non siano direttamente nominati dal Comune di Pavia ex art. 2449 c.c. a norma del successivo art. 19, comma 2, e il Presidente del Consiglio d'amministrazione;

- d) nomina e revoca i sindaci, che non siano direttamente nominati dal Comune di Pavia ex art. 2449 c.c. a norma del successivo art. 26 comma 2, ed il Presidente del Collegio sindacale;
- e) determina , ai sensi di legge, i compensi ed i rimborsi spese e le indennità di missione del Presidente del Consiglio d'amministrazione e dei consiglieri;
- f) determina il compenso del Presidente del Collegio sindacale e dei sindaci;
- g) delibera sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci;

2. L'Assemblea delibera sulle autorizzazioni che gli amministratori devono chiedere per il compimento dei seguenti atti, ferma in ogni caso la responsabilità di questi ultimi per gli atti compiuti:

- a) gli acquisti, le permutate e le cessioni di immobili di valore superiore a 1 milione di Euro;
- b) la cessione, la dismissione e l'acquisto di rami d'azienda;
- c) l'acquisto, la permuta, l'alienazione di partecipazioni di valore superiore, al valore nominale, al 5% del patrimonio netto della Società come risultante dall'ultimo bilancio approvato.

Art. 20

1. Il Consiglio d'amministrazione, nel rispetto delle previsioni del presente Statuto ed in particolare dell'art. 1, comma 6, e dell'art. 18, comma 1, lett. b, e comma 2, è investito dei poteri di ordinaria amministrazione corrente della Società, nonché di esecuzione delle decisioni assembleari relative sia ai principali atti di gestione ordinaria, sia agli atti di straordinaria amministrazione della Società, essendo ad esso demandato il compito di compiere gli atti necessari per l'attuazione dell'oggetto sociale, esclusi quelli che per legge e per Statuto sono riservati ad altri organi.

2. Sarà cura del Consiglio d'amministrazione adattare l'operato delle strutture gestionali societarie agli indirizzi operativi enunciati dall'Assemblea di coordinamento e controllo intercomunale, a norma dell'art. 1, comma 6, lett. b1), nonché predisporre report periodici agli effetti dell'art. 1, comma 6, lett. b2). Il Consiglio d'amministrazione approva, previo parere dell'organismo comune, il regolamento per l'accesso dell'organismo stesso agli atti societari e per l'esercizio delle attività ispettive nell'ambito dei suoi poteri di controllo; qualora il Consiglio d'amministrazione intenda discostarsi dal parere dell'organismo comune, la relativa decisione deve essere assunta all'unanimità del Consiglio stesso.

3. Fermi i poteri di ciascun Comune che affida l'erogazione di servizi ad ASM Pavia enunciati al precedente art. 1, comma 6, lett. c) ed il diritto di recesso disciplinato all'art. 12, comma 2, restano comunque pieni i compiti e le responsabilità del Consiglio d'amministrazione inerenti alle attività gestionali ed all'esecuzione materiale dei contratti di servizio. A tale scopo, nel definire gli indirizzi sui contenuti essenziali dei contratti di servizio, a norma del precedente art. 1, comma 6, lett. a, l'Assemblea dovrà delineare forme e modalità dei controlli comunali sui servizi affidati che tengano conto dei

compiti e delle specifiche responsabilità relativi alla gestione che incombono sul Consiglio d'amministrazione.

5.3) CONVENZIONE INTERCOMUNALE TRA I COMUNI SOCI DI ASM SPA

La convenzione intercomunale approvata dal Comune di Cerosa di Pavia, nella quale i Comuni affidanti partecipano all'Assemblea di coordinamento e controllo intercomunale con ugual peso, cioè a prescindere dalla quota di capitale detenuto.

L'organismo in questione esercita :

- 1) Il potere di definire, coerentemente con le decisioni strategiche dell'Assemblea sociale, indirizzi operativi sui servizi affidati dai Comuni, cui il Consiglio d'Amministrazione dovrà adattare l'operato delle strutture gestionali della società;
- 2) Il controllo d'efficacia complessiva dei servizi affidati dai Comuni, ricevendo a tale scopo rapporti periodici a cura del consiglio d'amministrazione sui principali indicatori della società relativi ai servizi stessi;
- 3) Il potere di sottoporre il piano industriale all'approvazione dell'Assemblea societaria;
- 4) Il potere di chiedere motivatamente la convocazione dell'Assemblea societaria e di definire delle posizioni comuni tra i soci sulle deliberazioni da assumere,
- 5) Il potere di esprimere il parere sul regolamento per l'accesso agli atti societari e l'espletamento delle attività ispettive strumentali all'esercizio del controllo di efficacia

Tale modello si presenta pertanto divergente in misura significativa da quello societario di stampo codicistico

5.4) CONTRATTO DI SERVIZIO TRA IL COMUNE DI TRAVACÒ SICCOMARIO ED ASM PAVIA SPA IN MATERIA DI CICLO DEI RIFIUTI

Ex art.6, c.1 LR 26 / 2003 (Contratto di servizio), Il rapporto tra ente locale e soggetto erogatore è regolato dal contratto di servizio che prevede in particolare:

- a) l'individuazione puntuale delle attività oggetto dell'incarico e la durata del rapporto;
- b) il divieto di clausole di rinnovo del contratto;
- c) il livello e la qualità delle prestazioni;
- d) le modalità di vigilanza e controllo sull'esecuzione del contratto;
- e) le modalità di rilevazione del grado di soddisfazione dell'utenza;
- f) l'applicazione di clausole che introducono misure correttive conseguenti e proporzionali allo scostamento rispetto agli standard minimi garantiti e al livello di soddisfazione degli utenti, le conseguenze per gli eventuali

inadempimenti, ivi compresa la risoluzione del contratto da parte dell'ente locale, e i diritti degli utenti;

g) gli obblighi specifici nei confronti dei soggetti e delle fasce svantaggiati;

h) la definizione dei rapporti economici che prevedano, per quanto riguarda la tariffa per la gestione dei rifiuti urbani, modulazioni della stessa in funzione della localizzazione degli impianti; (lettera così modificata dall'art. 1 legge reg. n. 12 del 2007)

i) l'approvazione della carta dei servizi, predisposta dal soggetto erogatore;

j) le condizioni di adattabilità delle prestazioni fornite dall'erogatore rispetto all'evoluzione dei bisogni collettivi e alle mutate esigenze connesse con l'interesse generale e con la necessità di perseguire, comunque, la soddisfazione dell'utente;

k) le garanzie fideiussorie a carico dell'erogatore;

l) l'obbligo di assicurare la continuità del servizio e di ripristinare l'erogazione nei casi di interruzione, nonché l'obbligo di motivare i casi di interruzione o irregolarità della prestazione;

m) la regolamentazione dell'erogazione del servizio, della disponibilità delle reti e degli impianti funzionali all'erogazione stessa.

Il contratto di servizio tra il Comune di Travacò Siccomario e ASM Pavia contiene tutti gli elementi di cui alla norma citata

5.5) GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA IN MATERIA DI SOCIETA' IN HOUSE MULTICOMUNALI

Di seguito si riportano ampi stralci delle pronunce di principale interesse.

- *Corte di Giustizia UE (Terza Sezione) del 13 Novembre 2008. Coditel Brabant SA contro Comune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale. Causa C-324/07.*

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

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

A tale riguardo, ove le decisioni relative alle attività di una società cooperativa intercomunale detenuta esclusivamente da autorità pubbliche

sono adottate da organi statutari di detta società composti di rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche in parola può essere considerato tale da consentire loro di esercitare sulla società di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi.

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

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

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

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

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

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

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

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

Nel caso di affidamento in house, conseguente all'istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se

esercitato non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo.

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

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

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

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

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

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

partecipazioni, quelle relative alle modifiche dei contratti di servizio, quelle in tema di nomina degli organi e quelle in ordine al piano industriale. E' evidente che, in questo quadro, la mancata considerazione della sola gestione ordinaria non esclude la sussistenza di un controllo analogo concreto e reale, posto che gli atti di ordinaria amministrazione non potranno discostarsi dalle determinazioni preventivamente assunte dall'Assemblea dei Sindaci in ordine a tutte le questioni più rilevanti .

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

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

soci, e per conto degli stessi, delle attività connesse al servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e al servizio idrico integrato ..."; il capitale sociale è interamente pubblico, non essendo prevista neanche a livello statutario, la possibilità dell'apporto di privati; gli enti pubblici esercitano un incisivo potere di intervento nelle scelte gestionali, senz'altro più pregnante di quello ordinariamente riconosciuto dal codice civile ai soci in ragione della loro partecipazione (tant'è vero che è espressamente attribuita all'Assemblea dei Soci la nomina degli organi sociali nelle società controllate, nonché la nomina ed il compenso del direttore generale ed il compenso dei componenti del comitato esecutivo); i medesimi enti pubblici inoltre, esercitano poteri di controllo ulteriori (sia in materia contabile che ispettiva) rispetto a quelli ordinariamente spettanti ai soci, in base alle previsioni codicistiche; è prevista la costituzione di uno speciale organismo di controllo, diretta espressione degli enti pubblici, che esercita speciali poteri di controllo sulla qualità dell'amministrazione, sul bilancio e sulle attività rese e poteri ispettivi diretti e concreti, ivi compresi quelli di visitare i luoghi di produzione.

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

E' legittimo un affidamento in house anche nel caso di una partecipazione esigua di un comune al capitale sociale di una società affidataria di un servizio pubblico. Sulla verifica della sussistenza del controllo analogo. L'esiguità della partecipazione al capitale di una società affidataria di un servizio pubblico da parte di un comune non è di per sé indice dell'impossibilità, per il comune, di esercitare sulla predetta società il cd. controllo analogo. Ed invero, nel caso di specie, essendo statutariamente imposto che società affidataria indirizzi la parte più rilevante della propria attività alla collettività degli Enti locali soci, è in tal maniera soddisfatto uno dei due requisiti che la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia CE richiede perché si possa ammettere la configurazione di un affidamento in house. La verifica del controllo analogo non può che effettuarsi sul piano dell'esistenza di previsioni che conferiscano, agli Enti aventi una partecipazione esigua alla società affidataria, dei poteri di controllo nell'ambito in cui si esplica l'attività decisionale della società tramite gli organi di questa: poteri che si esplichino non solo in forma propulsiva, sub specie di proposte da portare all'ordine del giorno di detti organi, ma anche e principalmente di poteri di inibizione di iniziative o decisioni che contrastino con gli interessi dell'Ente locale nel cui territorio si esplica il servizio, quali rappresentati dall'Ente stesso con le suindicate proposte. Occorre, inoltre, che i predetti poteri inibitivi siano esercitabili dall'Ente pubblico come tale, a prescindere dalla misura della partecipazione di esso al capitale della società affidataria, ma per il semplice fatto che l'Ente, nel cui territorio si svolge il servizio, consideri le deliberazioni o le attività societarie contrastanti con i propri interessi ed abbia per tal ragione il potere di paralizzare le suddette deliberazioni e attività. La giurisprudenza ha in particolare rinvenuto l'esistenza del controllo analogo in presenza di clausole, contenute nello statuto societario e nel contratto di servizio, attribuite all'Ente locale affidante delle seguenti prerogative, che l'Ente stesso può esercitare, ai fini del controllo sul servizio, indipendentemente dalla quota di capitale

posseduta:- potere dell'Ente di effettuare nei confronti dell'organo amministrativo proposte di iniziative attuative del contratto di servizio;- diritto di veto sulle deliberazioni assunte in modo difforme dal contenuto delle proposte;- diritto di recesso dalla società, con revoca dell'affidamento del servizio, qualora il Comune abbia diritto di far valere la risoluzione o comunque lo scioglimento del contratto di servizio, nonché nel caso di violazione delle competenze assembleari, quando cioè l'organo amministrativo assuma iniziative rientranti nelle competenze dell'assemblea senza l'autorizzazione di questa. A ciò si sono poi aggiunte la riserva all'assemblea ordinaria del potere di trattare argomenti inerenti a pretese o diritti delle società sugli Enti locali nascenti dal contratto di servizio e il diritto di veto di ogni Ente locale interessato sulle relative determinazioni. Nel caso di specie, sussistono un complesso di elementi sufficiente, per quantità ed importanza, a configurare il cd. controllo analogo e, per l'effetto, a far rientrare la fattispecie stessa nell'in house providing, essendo fuori discussione l'altro requisito prescritto (cioè lo svolgimento, da parte della società, della parte più importante della propria attività con l'Ente o gli Enti pubblici che ne detengono il capitale: Corte di Giustizia CE, 17 luglio 2008, in C-371/05).

5.6) SINTESI

6) L'ASSENZA DI COMPENSAZIONI ECONOMICHE DA COMUNE DI TRAVACÒ SICCOMARIO AD ASM PAVIA IN MATERIA DI CICLO DEI RIFIUTI

La presente relazione deve infine affrontare il tema degli aiuti di Stato, come previsto dall'art.34, c.13 DL 179 / 2012.

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

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

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