

La gestione dei rifiuti urbani nel codice ambientale

Autore: Rapicavoli Carlo

In: Diritto amministrativo

1. **La gestione integrata dei rifiuti urbani**
2. **L'Autorità d'Ambito e la gestione integrata dei rifiuti**
3. **Le modalità di affidamento del servizio nella disciplina dei rifiuti**
4. **Brevi considerazioni sulla gestione "in house"**
5. **La disciplina regionale veneta (l. R. 3/2000) e la gestione della fase transitoria - La situazione nella Provincia di Treviso**

Il D. Lgs. 152/2006 ha introdotto sostanziali modifiche nella disciplina normativa sulla gestione dei rifiuti urbani.

In particolare:

1)

La competenza passa dai Comuni all'Autorità d'Ambito, non più come aggregazione "volontaria" dei Comuni, ma come unico soggetto cui gli Enti Locali partecipano obbligatoriamente;

2)

Si separa nettamente il "governo" dalla "gestione" dei rifiuti;

3)

Si introduce il concetto di "gestione integrata dei rifiuti";

4)

Si introduce una disciplina settoriale per l'affidamento dei servizi, che mira alla tutela della concorrenza prevedendo l'obbligo della "gara".

1. La gestione integrata dei rifiuti urbani

Il Codice Ambientale prevede per la prima volta una "gestione integrata dei rifiuti" (art. 200, comma 1,

lett. a, del D. Lgs. 152/2006).

Già nel decreto Ronchi si parlava di “gestione unitaria dei rifiuti urbani”, ma con questa espressione ci si riferiva al superamento della frammentazione delle gestioni e al principio di autosufficienza territoriale e di prossimità.

Nel Codice ambientale invece “gestione integrata” indica che l’insieme di attività, comprendente la realizzazione e gestione degli impianti (art. 201, comma 4, lett. a), art. 202, comma 5) deve essere svolto da un unico soggetto. In sostanza, tutte le attività che rientrano nella “gestione” come definita nell’art. 183, comma 1, lett. g) (raccolta, trasporto, recupero e smaltimento dei rifiuti, compreso il controllo di queste operazioni, nonché il controllo delle discariche dopo la chiusura) sono soggette ad un unico regime, individuato dall’art. 202 (affidamento del servizio mediante gara) e affidate ad unico soggetto.

Un aspetto da esaminare riguarda la distinzione tra <ciclo integrato dei rifiuti> e <gestore unico per l'intero ambito>.

Il ciclo integrato dei rifiuti (definizione all'art. 183, lett. d), richiedendo che esso comprenda anche lo smaltimento, che deve realizzarsi completamente all'interno dell'ambito, conduce all'unicità del soggetto gestore, che si desume anche dallo scopo della legge, in quanto fonda l'organizzazione su ambiti territoriali ottimali; lo scopo è il "superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti" (art. 200, comma 1), anche per raggiungere "adeguate dimensioni gestionali".

E' quindi chiaro che la disciplina presuppone che vi sia un unico gestore per ambito territoriale.

L'art. 183 del Codice Ambientale, nel definire il gestore del servizio di gestione dei rifiuti, prevede, comunque, che esso possa ricorrere ad altre imprese "per lo svolgimento di singole parti del servizio medesimo", coordinandole.

Il gestore del servizio, pertanto, può ricorrere ad altre imprese, in possesso dei requisiti di legge, per lo svolgimento di singole parti del servizio, fermo restando il suo ruolo di unico referente della gestione e coordinatore delle imprese partecipanti. In ogni caso l'affidamento deve riguardare la realizzazione dell'intero servizio (art. 201, comma 4).

2. L'Autorità d'Ambito e la gestione integrata dei rifiuti

Il Codice Ambientale persegue l’obiettivo dell’unicità del governo dell’ambito attraverso l’istituzione

obbligatoria delle Autorità d'ambito (art. 201, comma 2).

Il Codice prevede che obbligatoriamente gli enti locali del medesimo ambito costituiscano e partecipino ad una Autorità d'ambito, struttura dotata di personalità giuridica "alla quale è trasferito l'esercizio delle loro competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti".

La disciplina delle forme e i modi della costituzione delle Autorità è di competenza regionale.

Le Autorità d'ambito sono ora obbligatorie e non vi sono equivoci sulla loro natura di enti locali di secondo grado, poiché a dette Autorità spetta per legge statale l'esercizio delle competenze locali in materia di gestione integrata dei rifiuti ("è trasferito", e non "sarà trasferito"), non vi è quindi margine di scelta che richieda la manifestazione di volontà di ciascun ente componente.

Nel testo del Codice Ambientale, l'Autorità d'Ambito è un soggetto dotato di personalità giuridica, espressione delle autonomie locali - e quindi rappresentativo di secondo grado - che ha compiti di indirizzo politico-amministrativo, di amministrazione attiva (essenzialmente la gestione delle gare) e di controllo.

E' il soggetto cui compete la "gestione" dei rifiuti urbani ed assimilati, che indice le gare ad evidenza pubblica, al quale è demandata "l'organizzazione, l'affidamento e il controllo del servizio di gestione integrata dei rifiuti" (art. 201, comma 1).

Inoltre "L'Autorità d'ambito organizza il servizio e determina gli obiettivi da perseguire per garantirne la gestione secondo criteri di efficienza, di efficacia, di economicità e di trasparenza; a tal fine adotta un apposito piano d'ambito, in conformità a quanto previsto dall'art. 203, comma 3" (art. 201, comma 3).

E' l'Autorità d'ambito che aggiudica il servizio (art. 202, comma 1), il contratto di servizio intercorre tra Autorità d'ambito e i soggetti affidatari del servizio. Spetta alle Autorità d'ambito definire "le procedure e le modalità, anche su base pluriennale, per il conseguimento degli obiettivi previsti dalla parte quarta del presente decreto", ed elaborare "un piano d'ambito comprensivo di un programma degli interventi necessari, accompagnato da un piano finanziario e dal connesso modello gestionale ed organizzativo" (art. 203, comma 3).

La nuova struttura organizzativa disegnata dal Codice porta, dunque, novità di non poco conto: l'unico referente soggettivo per tutte le aziende di settore è l'Autorità d'Ambito e non più i Comuni, singoli o associati.

Questo referente esclusivo è un soggetto composto da una componente politica (tanti quanti sono i Comuni compresi nell'ATO), ognuna portatrice di esigenze proprie e a volte anche particolari per specificità (avendo riguardo al contesto territoriale piuttosto che alle dimensioni dell'ente specifico).

Di converso il gestore non può ricoprire cariche all'interno dell'Autorità e non vede, nella propria

compagine societaria, la presenza di alcun soggetto politico.

Netta appare, infatti, nel disegno normativo la separazione tra le funzioni di governo (riconosciute all'Autorità a garanzia prioritaria dell'unitarietà gestionale) e le funzioni di gestione.

3.

Le modalità di affidamento del servizio nella disciplina dei rifiuti

La novità di grande peso introdotta dal D. Lgs. 152/2006 è la prescrizione di affidare a terzi, mediante gara, l'intero servizio, (compresa la realizzazione e gestione degli impianti, e compresa naturalmente la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e lo smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all'interno dell'Ato, art. 201, comma 4, lett. a) e b).

L'aggiudicazione del servizio mediante gara compete all'Autorità d'ambito.

L'art. 202, comma 1, del Codice Ambientale, infatti, nello stabilire che l'Autorità d'Ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante "gara", precisa che la stessa deve essere disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'art. 113, comma 7, del D. Lgs. 267/2000.

E' emersa fin da subito, quindi, la scomparsa della possibilità 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, dunque, ammette una sola modalità di affidamento del servizio, ritenendo che in questo settore esista un mercato dove operano soggetti economici ed è 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.

E' disciplinata anche l'utilizzazione dei beni strumentali per il servizio, in modo diverso rispetto a quanto prevede l'art. 113 del TUEL.

Secondo l'art. 113, alla scadenza di ciascun periodo di affidamento (e in esito alla successiva gara di affidamento) "le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti locali o delle società di cui al comma 13, sono assegnati al nuovo gestore" (art. 113, comma 9 del Tuel).

Tali società (quelle del comma 13) “pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio...a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali”.

Secondo la nuova disciplina relativa alla gestione dei rifiuti, invece, “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”. Prescrizione che potrebbe essere interpretata nel senso della necessaria gratuità dell’utilizzazione degli impianti di recupero o smaltimento, gratuito essendo il comodato. Ma che può essere invece intesa nel senso che spetti all’Autorità locale decidere nell’uno o nell’altro senso, non essendo decisivo l’uso del termine “comodato” ed esistendo d’altra parte la regola generale secondo cui l’utilizzatore degli impianti paga un canone.

L’art. 201, comma 6 del codice ambientale provvede a completare la disciplina prevedendo una durata del rapporto non inferiore ai 15 anni, salvo durate maggiori stabilite con legge regionale.

A queste, altre previsioni si aggiungono, relative al personale degli ex gestori e allo svolgimento delle gare. Quanto al personale del gestore uscente, l’art. 202, comma 6, prevede il passaggio diretto ed immediato al nuovo gestore con la salvaguardia delle condizioni contrattuali, collettive ed individuali, in atto. Si applica l’art. 2112 del c.c. (trasferimento di ramo d’azienda).

Poiché la nuova modalità di affidamento del servizio è una soltanto (la gara), è necessaria una disciplina specifica che preveda la cessazione anche anticipata delle gestioni precedenti.

A questo provvede l’art. 204, secondo cui i gestori attuali esercitano il servizio “fino all’istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte delle Autorità d’ambito”, espressione che va ragionevolmente interpretata nel senso che le vecchie gestioni durano fino all’affidamento ai nuovi gestori, non essendo concepibili soluzioni di continuità nella gestione.

E’ più precisa la dizione utilizzata nell’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 - “i comuni continuano la gestione” - può naturalmente riferirsi anche a gestioni in economia o a gestioni dirette svolte attraverso società in house.

La ratio di tali disposizioni va rinvenuta, altresì, nella scelta generale della legislazione settoriale in materia di rifiuti del Codice Ambientale, che si fonda sull’idea che i problemi della gestione dei rifiuti urbani non pericolosi siano risolti in un ambito territoriale definito, tendenzialmente di dimensione provinciale:

-

art. 195, lett. o) , linee guida statali sulla cooperazione tra enti locali nell'ambito;

-

art. 196, lett. g) delimitazione regionale degli ambiti;

-

art. 199, lett. d) ed e) autosufficienza e promozione regionale della gestione per ambiti;

-

art. 200, comma 1: la gestione dei rifiuti urbani è organizzata per ambiti, secondo i criteri del superamento della frammentazione delle gestioni e del conseguimento di adeguate dimensioni gestionali;

-

art. 202, il servizio è aggiudicato dall'Autorità d'ambito come servizio di gestione (art. 183 lett. d) integrata (art. 183 lett. cc) comprendente il complesso delle attività volte ad ottimizzare la gestione dei rifiuti, ivi compresa l'attività di spazzamento.

La continuazione delle gestioni attuali, se pur attribuite con modalità considerate legittime anche dalla normativa successiva, sarebbe radicalmente in contrasto con tutte le finalità della disciplina. Detto in sintesi, nel settore rifiuti, alla questione di cui si occupa la disciplina generale (consentire la continuazione delle gestioni che già erano in regola), si aggiunge l'altro aspetto, il riordino delle gestioni attraverso la scelta di un gestore per ambito.

La disciplina transitoria dell'art. 204 del Codice Ambientale si inserisce in un contesto che presuppone una rapida attuazione del nuovo sistema, anche se i termini previsti dal Codice non sono stati rispettati (era previsto dal Codice il termine del 31.01.2007), data la necessità almeno del piano d'ambito per poter attuare le procedure sulla scelta del gestore.

L'obiettivo del legislatore è di avere un'unica funzione di regolazione del ciclo affidata all'Autorità d'Ambito.

Per questo il Piano d'Ambito deve partire subito, con le caratteristiche di un piano industriale di sistema.

Una volta concluso che nella fase attuale si tratta di applicare l'art. 204 del Codice Ambientale, occorre esaminare quali effetti più precisamente sono prodotti da quella norma nella fase transitoria.

Il comma 1 dell'art. 204 non sembra presupporre un apposito provvedimento amministrativo di proroga, che richiederebbe una motivazione caso per caso. Dicendo che "i soggetti che esercitano il servizio, anche in economia, alla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto, continuano a gestirlo fino alla istituzione ed organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte dell'Autorità d'ambito", sembra voglia dire che almeno di norma non si deve provvedere, in caso di scadenza naturale, a nuovi affidamenti.

La "continuazione" delle gestioni fino alla scelta del nuovo gestore è un passaggio necessario, deciso direttamente dalla legge. Con la conseguenza che, salvo sempre la possibilità per la p.a. di disporre diversamente per ragioni particolari, adeguatamente motivando, i gestori esistenti alla data di entrata in vigore del codice - indipendentemente dal titolo - hanno "diritto" di continuare l'attività.

A ben vedere questa disposizione è posta a tutela della riforma, per rendere possibile che la gestione del servizio e l'individuazione del nuovo gestore siano effettivamente e tempestivamente fatti a livello d'ambito, e non in modo frammentato, come fin qui generalmente avvenuto. Sarà quindi sufficiente,

almeno nel primo periodo, che gli amministratori prendano atto che le gestioni continuano in regime di proroga ex lege. Tutto ciò a condizione che si tratti di gestioni in essere nell'aprile 2006.

L'espresso riferimento dell'art. 204 ai "soggetti che esercitano il servizio alla data di entrata in vigore del presente decreto continuano a gestirlo..." rende chiaro l'intento del legislatore di evitare nuovi affidamenti intermedi tra la cessazione delle gestioni esistenti e l'affidamento del servizio integrato di gestione dei rifiuti da parte dell'Autorità d'Ambito.

Alla stessa conclusione induce la previsione del comma 3 dello stesso articolo 204 prevedendo la nomina del commissario ad acta da parte del Presidente della Giunta Regionale nei casi di inadempimento da parte dell'Autorità d'Ambito entro il termine previsto dal comma 2 (31 gennaio 2007).

Il problema è che questi termini sono ormai scaduti. La disposizione legislativa (art. 204), che le gestioni in essere continuano - quale che sia la loro forma - fino alla nuova organizzazione del servizio è evidentemente legata alla previsione che le Autorità d'ambito provvedano subito ai nuovi affidamenti.

Questa situazione di inadempienza, che richiede una celere approvazione del piano d'ambito, premessa indispensabile dell'affidamento del servizio, non può però portare alla conclusione che ciascun comune possa essere autorizzato a provvedere singolarmente, perché questo tradirebbe anche la volontà della legge, di organizzare il servizio a dimensione d'ambito, tendenzialmente mediante un unico gestore.

Se si dovesse concludere che, scaduto il periodo transitorio, occorre procedere con l'affidamento del servizio tramite gara - perché così dice la legge (l'art. 202 del Codice ambientale) e così dice la giurisprudenza (che sempre più spesso afferma, anche di fronte all'art. 113 del TUEL, essere la gara la regola e l'affidamento in house l'eccezione che va motivata) - competerebbe all'Autorità d'ambito di indirla per l'intero ambito e per l'intero ciclo, anche in assenza di un piano d'ambito con tutte le conseguenze negative che ciò comporterebbe anche in ragione della lunga durata - 15 anni - prevista per l'affidamento del servizio.

E' urgente, dunque, al fine di evitare l'insorgere di contenziosi che si dia attuazione alle norme, anche attraverso l'intervento sostitutivo regionale.

Dunque, riassumendo le considerazioni sulle modalità di affidamento del servizio nella disciplina dei rifiuti, si deve concludere che il Codice Ambientale prescrive la procedura ad evidenza pubblica per la scelta del gestore. Infatti:

-

L'articolo 202 del D. Lgs. 152/2006 prevede: "L'Autorità d'ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'art. 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché con riferimento all'ammontare del corrispettivo..., tenuto conto delle garanzie di carattere tecnico e delle precedenti esperienze specifiche dei concorrenti, secondo modalità e termini definiti con decreto dal Ministro dell'ambiente.....";

-

l'art. 198 dice che "sino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità d'ambito,...i comuni (o gli enti di bacino) continuano la gestione dei rifiuti urbani ...in regime di privativa nelle forme di cui all'art. 113, comma 5" forme che sono quindi destinate a cessare;

-

l'art. 201 dice che le attività di gestione ed erogazione del servizio sono affidate "ai sensi dell'art. 202 e nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale sull'evidenza pubblica"; quindi non si può neppure argomentare dicendo che la normativa comunitaria consente l'in house e che quindi il rinvio lascia aperta l'applicazione sia dell'in house, sia della gara, perché il richiamo è specifico alla normativa comunitaria sull'evidenza pubblica;

-

lo stesso comma 1 dell'art. 202 contiene dei criteri di selezione del gestore (l'ammontare del corrispettivo offerto) che non sono pertinenti ad un rapporto in house, ma lo sono se si tratta di selezionare un soggetto terzo, pubblico o privato.

A sostegno di tale interpretazione si possono richiamare:

-

l'art. 150 del medesimo D. Lgs. 152/2006 che, nel disciplinare la scelta delle forme di gestione e procedure di affidamento del servizio idrico integrato, richiama espressamente la possibilità della gestione in house, cosa che non avviene per i rifiuti;

-

lo schema di decreto correttivo del D. Lgs. 152/2006, approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri il 13 settembre scorso, prevede una modifica all'art. 202: "le parole : "gara disciplinata" sono sostituite dalle seguenti:"procedure disciplinate" ed è soppresso il riferimento al comma 7".

I tempi di un'eventuale approvazione definitiva del testo correttivo sono, tuttavia, molto lunghi a seguito del mancato rispetto dei tempi stabiliti della legge delega e conseguente decadenza dei "correttivi" in itinere. Il nuovo ed unico schema di decreto legislativo in itinere dovrà ora ripercorrere l'intero iter previsto, ossia tre approvazioni da parte del Governo alternate da due approvazioni delle Commissioni parlamentari;

-

la decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 27/09/2006 ove si legge, fra l'altro, "si ricorda come, da ultimo, anche l'articolo 202 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, Testo Unico in materia ambientale, espressamente stabilisca che le competenti autorità di ambito aggiudicano il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Si definisce chiaramente con ciò la necessità di confronto tra operatori - indipendentemente dalla natura giuridica dei medesimi e, soprattutto, dalla rispettiva titolarità del capitale sociale - improntato ai principi concorrenza, così come anche dalla stessa Autorità più volte ribaditi";

-

la successiva ampia e argomentata decisione della medesima Autorità del 14/12/2006, cui si rinvia;

-

la sentenza del TAR Campania Napoli sez. I 02/08/2007 n. 7229 da cui emerge che "Il nuovo sistema delineato dal d.lgs. 152/06 per la gestione integrata dei rifiuti urbani, caratterizzato dalla separazione delle funzioni di indirizzo, organizzazione e controllo da quelle gestorie (artt. 201, co. 4, e 202, co. 1), persegue l'obiettivo del superamento della frammentazione delle gestioni sulla base di ambiti territoriali ottimali (art. 200, co. 1, lett. a) attraverso la previsione di una gestione "integrata" dei rifiuti, ad opera di un unico gestore cui vengano affidate, a mezzo di procedura comunitaria, la realizzazione, gestione ed erogazione dell'intero servizio (comprese le attività di gestione e realizzazione degli impianti) e la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e lo smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani ed assimilati prodotti all'interno dell'ATO (art. 201, co. 4): cosicché l'affidamento e l'avvio della gestione integrata appaiono incompatibili con la sopravvivenza di gestioni parziali preesistenti, si tratti o meno di gestioni dirette, in house o affidate a terzi. Ne consegue l'interesse del legislatore a segnare lo spartiacque tra il vecchio ed il nuovo sistema di gestione, stabilendo che le gestioni in corso, una volta conclusa la complessa fase d'avvio del nuovo modello, debbano cessare, ancorché anticipatamente. A ciò si è provveduto con gli artt. 198 e 204, che vanno rettamente intesi nel senso di sancire la cessazione in ogni caso, anche in via anticipata, delle gestioni in corso, a seguito dell'affidamento del servizio integrato al nuovo gestore. La decadenza delle gestioni in corso risponde all'esigenza di evitare che la loro prosecuzione (benché legittimata dai rispettivi titoli) pregiudichi l'esercizio in forma integrata del servizio nell'intero territorio. Non si vede, viceversa, in qual modo una proroga ex lege delle gestioni preesistenti sino all'affidamento del nuovo servizio possa servire a tale interesse, essendo la gestione integrata comunque destinata a fare, del preesistente, tabula rasa".

4. Brevi considerazioni sulla gestione "in house"

La forma di gestione dei servizi pubblici prevista dall'art. 113, comma 5, lett. c) del D. Lgs. 267/2000, il cosiddetto in house providing, ha animato negli ultimi anni un acceso dibattito e diverse, e discordanti, opinioni dottrinali e pronunce giurisprudenziali.

Non è la sede per trattare compiutamente l'argomento.

Si possono
esclusivamente richiamare le questioni fondamentali:

L'art. 113, comma 5, prevede che l'erogazione del servizio pubblico locale di rilevanza economica avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio "... 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”.

Il richiamo, contenuto nella medesima norma, al “rispetto della normativa dell'Unione europea” impone di esaminare come essa sia stata interpretata dalla relativa giurisprudenza.

Ebbene, di sicuro, deve richiamarsi la disciplina di cui agli artt. 43, 49, paragrafo 1, e 86, paragrafo 1, del Trattato CE, che impongono, rispettivamente, il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento, alla libera prestazione di servizi e il divieto di emanare e mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e di quelle cui si riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle norme del Trattato.

La Corte di giustizia, investita di questioni pregiudiziali in argomento, ha progressivamente specificato i criteri per i quali è considerato legittimo e conforme all'ordinamento comunitario l'affidamento diretto di servizi pubblici, anche locali.

In particolare, la Corte ha fissato il principio secondo il quale i tratti qualificanti del c.d. “affidamento in house” sono enucleabili: 1) quando tra l'ente pubblico conferente e il soggetto giuridico destinatario dell'affidamento intercorre un “controllo analogo” a quello esercitato dall'ente direttamente sui propri servizi; 2) quando l'affidataria realizza la parte più importante della propria attività solo con il suddetto ente.

La Corte ha ribadito il principio generale per cui sussiste sempre l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici - o enti ad esse equiparate - di applicare le regole comunitarie che prevedono l'attribuzione di appalti e/o servizi mediante procedura ad evidenza pubblica, costituendo qualsiasi deroga ad esse come mera eccezione, da interpretarsi il più possibile restrittivamente.

Richiamando l'applicazione dei principi fondamentali del Trattato CE, di cui agli artt. 43 e 49, sempre prevalenti pur in esclusione dell'applicazione della direttiva 92/50/CE relativa ad appalti di pubblici servizi, la Corte ha ribadito che anche nell'ipotesi di concessione di pubblici servizi ad ente non indipendente dall'autorità affidataria devono applicarsi i principi relativi al richiamato “controllo analogo” e alla “prevalenza dell'attività”, confermando, con tale precisazione, che questi due presupposti sono ormai cardini fondamentali ai fini della valutabilità della aderenza all'ordinamento comunitario - ed a quello nazionale ad esso conformato - di tutte le ipotesi di affidamento diretto, anche se a società a capitale interamente pubblico (sentenza 18.11.2000, in causa C-107/98, Teckal).

In particolare, la Corte ha precisato che le due condizioni (“controllo analogo” e “prevalenza”) devono essere “... oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene. Occorre esaminare, innanzitutto, se l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Tale valutazione deve tenere conto di tutte le

disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad 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 ...".

La Corte di giustizia è di recente tornata sui medesimi principi proprio in riferimento all'interpretazione dell'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000 con la sentenza 6.4.2006, in causa C-410/04, AMTAB. La Corte, ribadendo nuovamente l'applicabilità generale dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, di cui agli artt. 43, 49 e 86 del trattato CE, ha specificato che tali principi non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, "... a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale 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 che la detiene".

Anche la giurisprudenza amministrativa ha ormai recepito le indicazioni della Corte di Giustizia.

Si cita, da ultimo, la sentenza 4 settembre 2007 n. 719 del CGA, sez. Giurisdizionale, che così argomenta: "La sussistenza del c.d. "controllo analogo" che, secondo la giurisprudenza comunitaria è necessario per l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società appositamente, richiede: a) il possesso dell'intero capitale azionario (che tuttavia da solo è condizione necessaria, ma non sufficiente a determinare il controllo analogo); b) il controllo del bilancio; c) il controllo sulla qualità della amministrazione; d) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti, sino a giungere al potere del controllante di visitare i luoghi di produzione; e) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali. E' quindi necessario a tal fine che si realizzi quello che è definito un "controllo strutturale", e questo non può limitarsi agli aspetti formali relativi alla nomina degli organi societari ed al possesso della totalità del capitale azionario".

5. La disciplina regionale veneta (l. R. 3/2000) e la gestione della fase transitoria - La situazione nella Provincia di Treviso

Nel contesto normativo nazionale introdotto dal D. Lgs. 152/2006 va ora inquadrato la situazione regionale.

La Regione Veneto ha approvato il primo Piano Regionale di smaltimento dei rifiuti con deliberazione consiliare n. 785 del 28 ottobre 1988.

Tale piano divideva il territorio regionale in bacini di utenza e, nei singoli bacini così individuati, contemplava la costituzione di un "Ente responsabile di bacino" con il compito di:

a)

provvedere alla progettazione, realizzazione e gestione degli impianti direttamente o in concessione;

b)

promuovere iniziative per la raccolta differenziata;

c)

coordinare la raccolta e il trasporto.

Il ruolo di enti responsabili di bacino è stato per lo più assunto da consorzi di Comuni.

Il quadro normativo è cambiato con l'emanazione del D. Lgs. 22/1997, decreto Ronchi, che ha introdotto, fra l'altro, il principio del necessario superamento della frammentazione e polverizzazione della gestione del rifiuto urbano.

In aderenza alle direttive comunitarie, il D. Lgs. 22/1997 ha fondato un complesso e articolato sistema nel quale l'attività di smaltimento dei rifiuti (costituente il fulcro della previgente disciplina di cui al d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915) rappresenta soltanto "la fase residuale della gestione dei rifiuti" (art. 5 comma 1), in funzione di un modello di gestione integrata dei rifiuti, comprendente l'intero ciclo (dalla raccolta, al trasporto, al recupero, allo smaltimento, al controllo di ciascuna di tali operazioni e delle discariche e degli impianti di smaltimento anche dopo la loro chiusura), polarizzato sul principio di minimizzazione dello smaltimento finale dei rifiuti e, correlativamente, sulla massimizzazione(o ottimizzazione) delle attività intese alla riduzione dei rifiuti da smaltire, sia attraverso la prevenzione della produzione dei rifiuti, sia mediante il potenziamento delle attività di riutilizzo, riciclaggio e recupero dei rifiuti, nel contesto delle quali assume rilievo particolare la raccolta differenziata dei rifiuti ed il loro "recupero" secondo le operazioni delineate dall'allegato C al d.lgs. n. 22 del 1997.

Nell'ambito della nozione di gestione integrata dei rifiuti urbani, come comprensiva anche della raccolta differenziata e delle attività di recupero, vanno inquadrare le attribuzioni pianificatorie e regolamentari delle Regioni (art. 19), quelle pianificatorie, organizzative e attinenti ai controlli delle Province (art. 20), nonché quelle gestorie e regolamentari dei Comuni, nell'ambito delle quali l'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 22 del 1997, nella sua originaria formulazione, riconosceva una privativa comunale (e quindi una riserva alla mano pubblica) esclusa soltanto per le "...attività di recupero dei rifiuti che rientrino nell'accordo di programma di cui all'articolo 22, comma 11, ed alle attività di recupero dei rifiuti assimilati".

Diretta applicazione dei principi contenuti nel D. Lgs. 22/1997 sono le disposizioni in materia dettate nella Regione Veneto dalla L. R. 3/2000.

In sintesi, la disciplina regionale veneta prevede che:

1)

La Provincia ha la competenza alla predisposizione ed aggiornamento dei piani per la gestione dei rifiuti urbani relativi ai territori di propria competenza, ai sensi dell'art. 23, comma 1, del D. Lgs. 22/1997 (art. 6, comma 1, lett. a); i piani provinciali definiscono, fra l'altro, la tipologia ed il fabbisogno degli impianti da realizzare nell'ambito territoriale ottimale, tenuto conto dell'offerta di smaltimento e recupero da parte del sistema sia pubblico che privato, e delle possibilità di potenziamento o ampliamento degli impianti esistenti, nonché la loro localizzazione (art. 8, comma 3, lett. e);

2)

La Provincia ha, altresì, la competenza all'approvazione dei progetti, e loro eventuali modifiche, di impianti per lo smaltimento e il recupero di rifiuti urbani, individuati negli allegati B e C del decreto legislativo n. 22/1997, previsti dal Piano regionale di gestione dei rifiuti urbani (art. 6, comma 1, lett. b), con ciò chiarendo che tutte le attività e gli impianti di gestione dei rifiuti urbani (smaltimento e recupero) devono essere previsti dalla pianificazione;

3)

La gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento sia esercitata dai Comuni in regime di privativa (art. 7, comma 1, lett. a), attraverso l'autorità d'ambito di cui all'art. 14 (art. 7, comma 2);

4)

Gli ambiti territoriali ottimali per la gestione (non per lo smaltimento si noti bene) dei rifiuti urbani corrispondono al territorio provinciale (art. 8, comma 1);

5)

Al fine di garantire la gestione dei rifiuti urbani secondo criteri di efficacia, efficienza ed economicità, i

comuni e le province ricadenti in ciascun ambito territoriale ottimale, individuato dal Piano provinciale di gestione dei rifiuti urbani, istituiscono l'Autorità d'ambito (art. 14, comma 1);

6)

In attuazione del piano provinciale di gestione dei rifiuti urbani l'Autorità d'ambito approva il programma pluriennale degli interventi comprensivo dell'indicazione della localizzazione degli impianti previsti dal piano provinciale di gestione dei rifiuti urbani (art. 20)

7)

Gli enti locali partecipanti all'ambito territoriale ottimale, attraverso le forme di cooperazione individuate ai sensi dell'articolo 14, comma 1, organizzano la gestione dei rifiuti urbani secondo criteri di efficacia, efficienza ed economicità (art. 19, comma 1)

8)

L'Autorità d'ambito provvede, di norma, alla organizzazione ed alla gestione del servizio relativo ai rifiuti urbani con un unico gestore, fatta eccezione per il servizio di raccolta e trasporto che può essere organizzato autonomamente dai singoli comuni mediante l'individuazione del soggetto gestore; per particolari ragioni di natura territoriale, amministrativa, economica e tecnica nel rispetto dei criteri di interesse generale dell'ambito territoriale ottimale e di qualità del servizio, può organizzare il servizio anche prevedendo più soggetti gestori (art. 19, comma 2).

9)

Al fine di disciplinare le modalità di conferimento dei rifiuti urbani ivi comprese le frazioni provenienti dalla raccolta differenziata, l'autorità d'ambito ed i titolari degli impianti di smaltimento e recupero esistenti nel territorio di competenza sono tenuti a sottoscrivere tra loro idonea convenzione (art. 19, comma 7).

Nella Regione Veneto, dunque, possiamo ritenere che tutti i passaggi previsti dal Codice Ambientale per la costituzione degli ATO siano già stati compiuti per effetto della legislazione regionale preesistente (la L. R. 3/2000), che ha attuato il decreto legislativo Ronchi.

Possiamo inoltre ritenere che - esistendo un piano regionale rifiuti del 2004 - la Regione non ritenga di dover adeguare immediatamente il proprio piano al fine della redazione dei piani d'ambito, e che non ritenga di dover modificare la legge regionale, perché sostanzialmente già conforme.

A livello provinciale la situazione è di seguito descritta.

Con Deliberazione del Consiglio Regionale n. 62 del 22.11.2004, pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione il 18.01.2005, è stato approvato il Piano Provinciale per la gestione dei rifiuti urbani.

In accordo con quanto previsto dalla normativa vigente, il Piano Provinciale ha disposto che l'Ambito Territoriale Ottimale per la gestione dei rifiuti urbani è individuato nell'intero territorio provinciale.

La Conferenza dell'Ambito, nella seduta del 14 giugno 2005, ha approvato la convenzione per l'istituzione dell'Autorità d'Ambito per la gestione dei rifiuti urbani.

Ai sensi dell'art. 16, comma 7, della L. R. 3/2000, ciascun Comune e la Provincia, con deliberazione dei rispettivi organi consiliari, hanno approvato la convenzione, nel medesimo testo approvato dalla Conferenza d'Ambito, ed individuato il soggetto abilitato alla sottoscrizione della convenzione.

La convenzione è stata sottoscritta da tutti gli Enti entro i termini di legge.

L'assemblea dell'Autorità d'Ambito, riunita il 7 ottobre 2005, ha eletto il Comitato Istituzionale.

Con la sottoscrizione della convenzione e l'insediamento degli organi, l'Autorità d'Ambito "Marca Ambiente" è entrata nella sua operatività ed ha iniziato ad esercitare le proprie funzioni previste dall'art. 15 della L. R. 3/2000 nonché dalla convenzione sottoscritta da tutti gli Enti.

La convenzione recita testualmente:

"Art. 3 - Obblighi degli enti convenzionati

1.

In conformità a quanto previsto dall'art. 23 del D. Lgs. 22/1997 e dalla L. R. 3/2000, gli enti convenzionati attribuiscono all'Autorità d'Ambito le funzioni relative alla gestione dei rifiuti urbani, al fine di assicurarne una gestione unitaria secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità.

2.

Gli Enti cooperano affinché vengano definiti i criteri e le modalità di conferimento al patrimonio dell'Autorità d'Ambito dei beni di loro proprietà o degli enti responsabili di bacino, conseguentemente alla loro estinzione a seguito della costituzione dell'Autorità, funzionali allo svolgimento dei servizi di gestione dei rifiuti urbani, di competenza della medesima Autorità, facendo salvi i benefici economici, esistenti al momento del trasferimento, degli enti proprietari dei beni stessi.

3.

Gli enti convenzionati si obbligano a mettere a disposizione dell'Autorità d'Ambito, anche tramite i soppressi enti di bacino, tutte le informazioni utili allo svolgimento delle funzioni dell'Autorità.

Art. 4 - Costituzione dell'Autorità d'ambito, denominazione, sede

1.

Con l'approvazione e la sottoscrizione della presente convenzione gli enti partecipanti costituiscono, ai sensi dell'articolo 14, comma 1, lett. a) della legge regionale 21 gennaio 2000, n. 3 e successive modifiche ed integrazioni, una Autorità d'ambito denominata MARCA AMBIENTE, avente soggettività giuridica e autonomia organizzativa, con lo scopo di organizzare la gestione dei rifiuti urbani sulla base delle funzioni assegnate dall'art. 15 della medesima legge regionale."

Allo stato è in fase di redazione il Piano d'Ambito, già previsto dall'art. 19 della L. R. 3/2000 ed oggi dall'art. 203, comma 3, del D. Lgs. 152/2006 e, pertanto, vige la disciplina transitoria tra le precedenti gestioni e quella unitaria che dovrà essere assicurata dall'Autorità d'Ambito.

La transizione fra gli attuali Enti di Bacino e la nuova Autorità d'Ambito è disciplinata dalla Legge Regionale 3/2000, nella parte compatibile con il Codice Ambientale.

L'art. 16-bis della L. R. 3/2000, prevede, infatti, un periodo transitorio allorché dispone che, nelle more dell'individuazione delle forme di servizio di gestione dei rifiuti urbani da parte dell'Autorità d'ambito, ai sensi del comma 3 dell'articolo 19, e dell'operatività dell'organizzazione del servizio da questa approvata, rimangono in essere ed esercitano le funzioni loro proprie gli enti responsabili di bacino di cui al piano regionale di smaltimento dei rifiuti solidi urbani approvato con deliberazione del Consiglio regionale n. 785/1988.

Tale disposizione può, certamente, essere applicata nella parte in cui prevede, fino all'operatività delle nuove gestioni, la permanenza degli enti di bacino, in quanto interlocutori dei soggetti gestori e titolari dei

relativi contratti di servizio. La previsione, infatti, è logica, non confligge con le nuove disposizioni statali, concerne un istituto - gli enti di bacino - che è proprio della legislazione regionale, quindi non vi è ragione di non applicarla.

Gli enti di bacino, dunque, hanno sostanzialmente la stessa natura dell'Autorità d'ambito, ma rappresentano soltanto una parte dell'ambito e sono l'interfaccia della frammentazione gestionale. La loro permanenza ha naturalmente carattere provvisorio, in attesa che l'Autorità d'ambito stabilisca le nuove modalità di gestione e di affidamento e li sostituisca nelle attività di governo dell'ambito.

Detti enti continuano ad essere i soggetti concedenti del servizio e a gestire i contratti di servizio in essere, ma non ne possono disporre autonomamente di nuovi.

Se per qualche ragione venisse meno un gestore, la decisione sulla procedura da seguire spetta all'Autorità d'Ambito.

Ne deriva, dunque, che gli enti di bacino non possono assumere iniziative in tema di modalità di gestione dei rifiuti, dato che ogni attività in materia deve essere ripensata e valutata a dimensione di ambito e quindi ad opera dell'Autorità d'ambito, nel relativo piano. Ciò non significa che in attesa dell'approvazione del piano ogni nuova iniziativa debba essere congelata, ma che essa deve passare attraverso l'Autorità d'ambito, che sarà in grado di decidere in relazione agli effetti sull'attività pianificatoria in itinere, evitando ad esempio realizzazioni che pregiudicherebbero decisioni successive.

Nella logica della legge, le innovazioni, ogni nuova decisione che impegni l'organizzazione futura del servizio, debbono ora essere decise in sede di Autorità d'ambito, possibilmente per l'intero ambito, sempre nella direzione dell'attuazione della legge.

Il problema è dunque di attuazione della legge e dei relativi tempi. Secondo la legge regionale le gestioni preesistenti si estinguono comunque al più tardi al 31 dicembre 2006 (“**2.** Nelle more dell’operatività dell’organizzazione del servizio di gestione dei rifiuti approvato dall’Autorità d’ambito, conformemente alle disposizioni di cui al comma 15 bis dell’articolo 113 del decreto legislativo n. 267/2000 e successive modificazioni, le concessioni ed i contratti di servizio di cui al comma 1 si estinguono comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, fatte salve le eccezioni di cui ai commi 15 bis e 15 ter del medesimo articolo 113”), mentre secondo la sopravvenuta legge statale (Codice ambientale, art. 204), le gestioni in corso proseguono fino alla scelta del nuovo gestore da parte dell’Autorità (“I soggetti che esercitano il servizio, anche in economia, alla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto, continuano a gestirlo fino alla istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte delle Autorità d’ambito”), scelta che deve avvenire tuttavia in tempi brevissimi, entro i nove mesi scadenti (anzi, scaduti) al 31 gennaio 2007 (“In relazione alla scadenza del termine di cui al comma 15-bis dell’articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, l’Autorità d’ambito dispone i nuovi affidamenti, nel rispetto delle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto, entro nove mesi dall’entrata in vigore della medesima parte quarta”).

In sintesi, la legge regionale prevede che gli enti di bacino (che possono essere anche gestori diretti) continuino la loro attività fino a che si sarà realizzata la gestione del servizio secondo le modalità stabilite dall’Autorità d’ambito. La legge statale che le gestioni in essere (quali che siano) continuino fino al medesimo termine (scelta del gestore da parte dell’Autorità).

In tale situazione non sembra ammissibile configurare la possibilità di nuovi affidamenti da parte degli Enti di Bacino, spettanti esclusivamente all’Autorità d’Ambito.

dott. Carlo Rapicavoli

Direttore Generale della Provincia di Treviso

<https://www.diritto.it/la-gestione-dei-rifiuti-urbani-nel-codice-ambientale/>