

# **Affidamento di servizi pubblici locali - tar veneto sentenza n. 336/2010 - l'art.23 bis del d. l. 12/2008 prevale sugli ordinamenti di settore con esso incompatibili, compreso il d. lgs. n.152/06. servizio pubblico di gestione dei rifiuti**

**Autore:** Rapicavoli Carlo

**In:** Diritto amministrativo

## **Il fatto**

Il caso specifico riguarda:

a) Un affidamento del servizio pubblico di gestione dei rifiuti disposto da un consorzio di Comuni il 27 dicembre 2007 in house ad una società partecipata;

b) L'annullamento da parte del TAR Veneto di tale affidamento con sentenza n. 236/2009 per "l'assenza, nella fattispecie, del requisito del "controllo analogo" sulla società affidataria del servizio da parte dei soggetti pubblici che pur risultavano proprietari dell'intero capitale di tale Società;

c) Il consorzio di Comuni ha preso atto dell'esecutività della sentenza del Tar Veneto 236 del 2009 - pur impugnata - e con la delibera dell'assemblea n.3 del 16 aprile 2009 vi ha dato seguito; per la precisione, ripreso il procedimento di affidamento a partire dal primo degli atti non annullati, ha stabilito la continuazione della gestione del servizio rifiuti a mezzo della società partecipata "nel presupposto della tuttora esistente ed efficace partecipazione del Consorzio alla società affidataria avendo quale altro e

unico ulteriore socio altro Consorzio di Comuni, sulla base delle considerazioni tecniche ed economiche esplicitate nella relazione tecnico economica allegata alla deliberazione”;

d) Tale deliberazione del Consorzio viene impugnata insieme a ogni altro atto presupposto assumendo che nelle more della pendenza del ricorso che ha originato la sentenza n.236 del 2009 veniva promulgato l'articolo 23 bis del decreto-legge n.112/2008, convertito in legge n.133 del 2008;

e) Il TAR, con la sentenza n. 336/2010 accoglie il ricorso e annulla l'affidamento.

## **Le motivazioni della sentenza**

1. I contenuti innovativi dell'art. 23bis del decreto legge 112/2008 convertito in legge 133/2008

L'articolo 23 bis costituisce una disposizione completamente innovativa nel quadro della tematica dei cosiddetti affidamenti in house, in relazione alla legittimità dei quali, conformandosi via via alle sempre maggiormente affinate letture derivanti dall'ordinamento comunitario, la normativa interna ha adottato varie discipline.

Al fine di esplicitare la evidente eccezionalità rispetto al normale affidamento previa gara, la disposizione in parola ha previsto significative innovazioni rispetto alla disciplina previgente, consentendo il ricorso all'affidamento solo in presenza non già dei riconosciuti requisiti consistenti nella totale partecipazione

pubblica, nel cosiddetto controllo analogo, nella rilevanza prevalente dell'attività svolta in house e relativi corollari, bensì anche di eccezionali ragioni derivanti dal particolare contesto territoriale: dispone il terzo comma, infatti, che "In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria".

Del resto l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici dei lavori servizi forniture, nella valutazione degli aspetti problematici della norma in sede di audizione del 10 novembre 2008, rilevava come la disposizione avesse definito la nuova disciplina di servizi pubblici locali a rilevanza economica finalizzata a un nuovo assetto del settore, che dovrà essere regolato da principi omogenei così da essere trasversale rispetto a quelle settoriali, soprattutto con riferimento al profilo dell'affidamento della gestione del servizio, rilevando come il principio di fondo della riforma fosse quello di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di libera prestazione di servizi di tutti gli operatori economici interessati della gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, con modalità tali da garantire il diritto di universalità e accessibilità di servizi per tutti gli utenti nonché il livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'articolo 117 comma due lettere e) m) della Costituzione.

1. Le procedure già avviate e non concluse all'entrata in vigore dell'art. 23bis

E' evidente, secondo la sentenza del TAR, che la disposizione di cui all'ultimo comma che prevede la persistenza del regime precedentemente in vigore relativamente alle sole procedure già avviate all'entrata in vigore della legge di conversione del decreto-consentendo pertanto di avviare procedure "in deroga" nel periodo intercorrente tra il decreto-legge e sua conversione - deve essere restrittivamente intesa, da un lato, e, dall'altro, legittimare le sole procedure già avviate ma non concluse nell'impero della nuova disciplina.

1. Le procedure concluse all'entrata in vigore dell'art. 23bis ma successivamente annullate

Il Consorzio di Comuni, nel giustificare il nuovo affidamento in house prescindendo dalla procedura di cui all'art. 23bis, ha richiamato l'impostazione giurisprudenziale secondo cui in caso di annullamento del provvedimento, il procedimento riparte dall'ultimo atto legittimo adottato, ovvero dall'ultimo atto endoprocedimentale, ingenerandosi per tal modo non un nuovo procedimento ma la prosecuzione di quello annullato.

In realtà - si legge nella sentenza - in questo caso si tratta di un nuovo procedimento e non della continuazione di quello annullato dalla sentenza n.236 del 2009, e ciò per la concludente ragione che l'applicazione dei principi contenuti nella sentenza comportava per l'amministrazione non già una sorta di sanatoria del procedimento prima seguito emendandolo dai vizi che lo rendevano illegittimo, bensì una nuova verifica della conformità all'interesse pubblico della scelta effettuata in ordine all'affidamento in house, ove suffragata da positiva individuazione delle ragioni tecniche economiche che accertavano, da un lato, l'impossibilità di procedere all'affidamento con gara, dall'altro, la diseconomicità della stessa, e ciò alla luce delle statuizioni che questa sezione aveva affermato proprio in relazione alla non congruità sotto il profilo dell'interesse pubblico dell'affidamento diretto a un soggetto che poi, non avendo la possibilità di espletare in proprio il servizio, era stato obbligato ad affidare il servizio medesimo al precedente affidatario, il quale aveva chiesto all'amministrazione un adeguamento del corrispettivo.

La qualificazione di nuovo procedimento reca con sé necessariamente l'assoggettamento della procedura al regime dell'articolo 23 bis, con conseguente necessità di acquisizione dei pareri da parte delle Autorità, ovvero della sussistenza dei requisiti di cui al comma tre della richiamata disposizione.

1. L'obbligo di acquisire preventivamente il parere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato

Afferma tuttavia la difesa resistente che anche in caso di applicabilità dell'articolo 23 bis, la procedura in esame sarebbe comunque legittima in quanto la disposizione non prevede l'adozione di pareri preventivi, e

ciò sarebbe dimostrato dal fatto che la locuzione "parere preventivo" sarebbe contenuta solamente nel decreto-legge 135 del 2009, che modifica l'articolo 23 bis.

Invero tra le significative modifiche introdotte con decreto-legge in corso di conversione vi è certamente anche quella della esplicitazione della natura preventiva del parere, oggi limitato alla sola Autorità garante della concorrenza del mercato, mentre prima era esteso a tutte le autorità competenti, ove costituite, con espunzione dunque, per esempio, dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici lavori servizi forniture fra i destinatari della disposizione, con l'ulteriore previsione che in caso di silenzio venga attribuito valore di assenso all'inerzia.

Ma ciò ad avviso del Collegio non sarebbe appunto altro che una esplicitazione di ciò che già pianamente risultava dalla lettura della norma, come del resto interpretato dall'Autorità garante della concorrenza del mercato, la quale nella sua comunicazione 16 ottobre 2008 aveva indicato quale procedura questa scansione:

"l'ente locale che intenda affidare un servizio pubblico locale sensi dell'articolo 23 bis, comma tre, del decreto-legge 112 del 2008 deve presentare una richiesta di parere, utilizzando l'apposito formulario, corredata dalle informazioni dai documenti rilevanti, prima della delibera con la quale l'ente locale stesso affiderà il servizio e in ogni caso in tempo utile per il rilascio del prescritto parere. L'ente locale deve fornire all'Autorità almeno:

a) una relazione contenente gli esiti dell'indagine di mercato dai quali risulti, in termini comparativi, la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una procedura evidenza pubblica;

b) informazioni circa le modalità con le quali sono state resi pubblici gli elementi di cui al punto sub a);

c) tutte le indicazioni soggettive relative all'impresa interessata;

f) informazioni concernenti le caratteristiche economiche del settore e del mercato tali da giustificare l'affidamento in house.”

Dunque è ben chiaro il carattere preventivo del parere dell’Autorità, che conclude il proprio avviso specificando che "l'Autorità ritiene che l'ente locale è chiamato a tenere nella dovuta considerazione le valutazioni espresse nel parere rilasciato”, il che vale a qualificare il parere come obbligatorio ma non vincolante, pur in qualche modo obbligando l'amministrazione a spiegare le ragioni che eventualmente la inducano a disattendere le indicazioni contenute nel parere.

Dunque anche nel caso di specie il Consorzio avrebbe dovuto procedere all'acquisizione del parere, quanto meno dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e il non averlo fatto comporta l'illegittimità del procedimento.

#### 1. Il rapporto tra l’art. 23bis e l’art. 198 del D. Lgs. 152/2006

Sostiene ancora la difesa del Consorzio di Comuni che l'articolo 23 bis non sarebbe comunque applicabile perché riguarderebbe gli affidamenti a regime del servizio di gestione integrata dei rifiuti ma non anche quelli da effettuarsi nella fase transitoria, che rimarrebbero regolati dall'articolo 198, comma primo del decreto legislativo 152 del 2006.

L'eccezione, pur di estremo interesse e rilevanza , per le sue implicazioni, non risulta tuttavia fondata.

E’ vero infatti che il decimo comma lettera m) dell'articolo 23 bis della legge n.133 del 2008 prevede

l'adozione da parte del governo di uno o più regolamenti al fine di individuare esattamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo, sicché, afferma la resistente, in attesa della piena operatività dell'Autorità d'Ambito e dell'approvazione del Piano d'Ambito continuerebbe ad applicarsi la disciplina del T.U. Ambiente.

Ma la sezione nella citata sentenza già aveva escluso tale ultrattività, affermando come l'art.23 bis prevale sugli ordinamenti di settore con esso incompatibili, compreso il D.Lgs. n.152/06.

Inoltre la giurisprudenza ha già affermato la prevalenza dell'art.23 bis sull'art.113 del T.U. E. L.

Con perspicua decisione, la prima sezione del Tar Toscana ha affermato: " Ai fini della verifica di legittimità del provvedimento impugnato, si tratta, dunque, di scrutinare altresì il grado di compatibilità tra l'art. 113 d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267 e l'art. 23 bis d.l. n. 112/08.

Come precisato, l'art. 23 bis prevede:

a) quale modalità ordinaria, l'affidamento mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (comma 2);

b) quale modalità eccezionale, derogatoria rispetto al modello dell'evidenza pubblica, l'affidamento "nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria", previo accertamento di peculiari caratteristiche del contesto territoriale di riferimento, che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato (comma 3);

c) in tal caso, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica

all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per il parere di competenza (comma 4).

Posto che, come già precisato, è stato abrogato dall'art. 23 bis solo nei limiti di incompatibilità con la norma sopravvenuta, si tratta di accertare se il comma 5 dell'art. 113 d.lgs. 267/2000, che interessa nella fattispecie e che contempla come modalità di gestione anche il sistema dell'"in house providing", sia compatibile con la nuova disciplina.

Da una parte, si ritiene che l'art. 23 bis abbia inteso solo disciplinare le modalità dell'affidamento esterno, laddove l'ente abbia prescelto tale formula organizzativa, ma non abbia anche precluso la scelta discrezionale dell'ente locale di preferire una diversa modalità di gestione.

Invero, interpretata nel senso testé precisato - come sostenuto dalla difesa del Consorzio - la norma non sembra avere alcuna significativa portata innovativa, contrariamente a quanto prefigurato dalle finalità concorrenziali enunciate nel corpo della stessa.

Infatti, già dall'art. 113 del t.u. enti locali e dall'art. 30 del d. lgs. n. 163/2006 si desumeva la necessità del rispetto dei principi comunitari nei casi di affidamento esterno dei servizi pubblici locali.

Nel quadro normativo previgente l'unico modulo gestionale non concorsuale era contemplato dalla lettera c) del 5° comma, che consente l'affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici a società a capitale interamente pubblico, purché le stesse soddisfino la condizione della gestione "in house providing",....

Sulla base delle considerazioni che precedono, ove non si intenda vanificare la portata innovativa, nel senso della liberalizzazione del mercato, dell'art. 23 bis deve ritenersi che la norma sia destinata ad incidere sui modelli di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i quali, in via ordinaria, vanno esternalizzati previa gara e non possono essere oggetto di affidamenti "in house".



Tale conclusione si pone in linea con la giurisprudenza che afferma la natura eccezionale del sistema dell'“in house providing”, al quale gli enti locali possono ricorrere previa specifica motivazione laddove le condizioni di mercato non consentono di assicurare lo svolgimento efficiente di un determinato servizio.

L'elaborazione giurisprudenziale ha, infatti, evidenziato il carattere eccezionale del modello “in house”, da utilizzare motivatamente e con cautela, laddove si tratti di un servizio di rilevanza economica e cioè di servizio che possa essere ordinariamente soddisfatto mediante ricorso al mercato, “nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria” (Tar Toscana, sez. I, n.174/09).

## 1. Le disposizioni oggi vigenti

Alla luce delle recenti modifiche introdotte dal D. L. 25 settembre 2009 n. 135 convertito in Legge 20 novembre 2009 n. 166 oggi il quadro normativo prevede che:

Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

c) In deroga alle modalità di affidamento ordinario, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano;

d) In quest'ultimo caso, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.

La norma prevede altresì un regime transitorio degli affidamenti non conformi:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale con procedura ad evidenza pubblica;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015;

e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi precedenti cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

**Rapicavoli Carlo**

Direttore Generale e Dirigente del Settore Ambiente

e Pianificazione Territoriale della Provincia di Treviso

<https://www.diritto.it/affidamento-di-servizi-pubblici-locali-tar-veneto-sentenza-n-3362010-l-art-23-bis-del-d-l-122008-prevale-sugli-ordinamenti-di-settore-con-esso-incompatibili-compreso-il-d-lg/>