

REPUBBLICA ITALIANA
LA
CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Gianluca Braghò	Primo referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott. Laura De Rentiis	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario (relatore)
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario

nella camera di consiglio del 11 dicembre 2012

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista la nota del 14 novembre 2012 con la quale il Sindaco del Comune di Concorezzo ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per

deliberare sulla sopra indicata richiesta;

Udito il relatore, dott. Donato Centrone

Premesso che

Il Sindaco del Concorezzo, con nota del 14 novembre 2012, ha formulato alla Sezione una richiesta di parere, in rappresentanza della maggioranza dei Comuni azionisti della società CEM Ambiente spa (sottoscriventi in calce l'istanza), che gestisce il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani su un territorio di circa 450.000 abitanti.

In data 22 giugno 2012, unitamente ad altri 42 Comuni, azionisti della Società, a totale capitale pubblico (partecipata da 49 Comuni, oltre alle Province di Milano e di Monza e Brianza), inoltra all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la relazione e lo schema di delibera predisposti ai sensi dell'art. 4 del D.L. 138/2011, come modificato dalla legge di conversione n. 148/2011 (poi dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 199/2012).

Tale richiesta, nell'ambito del procedimento previsto dal predetto art. 4, era finalizzata:

- ad acquisire il parere obbligatorio in merito allo schema di delibera predisposto, teso ad evidenziare le ragioni a sostegno della parziale liberalizzazione del servizio di igiene urbana. Il tutto nel rispetto del principio di concorrenzialità, garantito dalle modalità di gestione assicurata da CEM Ambiente spa, che provvede, per conto dei Comuni soci, ad affidarne la concreta esecuzione a operatori privati selezionati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica;
- verificare se gli affidamenti in essere, nella specifica formula organizzativa di gestione "strumentale" assicurata da CEM Ambiente spa, fossero o meno soggetti al regime ed ai limiti previsti dal comma 32 dell'art. 4 citato, così da confermare la correttezza delle scelte adottate dai Comuni e la conseguente possibilità di proseguire la stessa anche oltre il termine del 31/12/2012.

La predetta richiesta interveniva, peraltro, in una situazione di oggettiva incertezza sulla corretta qualificazione della società e dell'attività svolta e, in particolare, sulla riconducibilità all'ambito dei servizi pubblici locali oppure dei servizi strumentali (cui fa riferimento l'art. 13 del d.l. 223/2006 e, oggi, l'art. 4 del d.l. n. 95/2012, convertito con legge n. 135/2012). Un'incertezza che si evince anche dalle diverse interpretazioni fornite, da un lato, dall'ANCI, nel parere reso in data 16/3/2012 e, dall'altro, dalla scrivente Sezione Regionale nel parere n. 221 del 21/5/2012, reso ad istanza di altro Comune socio di CEM Ambiente spa. In quest'ultimo l'attività svolta da CEM Ambiente spa veniva ricondotta ad un servizio pubblico a rilevanza economica e, di conseguenza, alla restrittiva disciplina dell'art. 4 del d.l. 138/2011 citato, con il vincolo della cessazione al 31/12/2012 (orientamento confermato dalla Corte dei Conti del Veneto, nel parere n. 436 del 9/07/2012, con riferimento ad una fattispecie analoga).

Il Sindaco, tuttavia, riferisce che, dalla relazione istruttoria predisposta ai sensi dell'abrogato art. 4 d.l. n. 138/2011 emergono alcuni dati economici e gestionali di cui tener conto nella complessiva valutazione dell'assetto del servizio, di seguito riepilogati in forma sintetica:

a) i risultati originati dall'attuale modalità di gestione del servizio, particolarmente positivi, emergenti dall'analisi di alcuni elementi ed indici qualitativi, quali:

- la percentuale di raccolta differenziata, arrivata nel corso del 2011 al 72% dei rifiuti raccolti sul bacino territoriale di riferimento (dato medio);

- i quantitativi di materiali recuperabili raccolti sul territorio pari, nel 2011, a 73.479 tonnellate, con un ritorno economico per i Comuni soci di € 4.336.383 (ovvero, in media, € 9,90 per ciascun abitante residente);

b) la gestione assicurata da CEM Ambiente spa garantisce ai Comuni soci un costo medio dei servizi particolarmente basso, inferiore a quello degli altri Comuni delle Province di Milano e Monza e Brianza (fonte: rapporto annuale sulla gestione dei rifiuti-Osservatorio rifiuti sovraregionale), come analiticamente evidenziato nell'istanza di parere.

Tutto ciò premesso, il Comune fa notare che, medio tempore, con sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012 è stata dichiarata l'illegittimità del più volte richiamato art. 4 del d.l. n. 138/2011 (per cui l'AGCM, nel riscontrare la richiesta formulata dallo scrivente Comune, ha dato atto della predetta sentenza e degli effetti rispetto alla previgente normativa) e sono entrate in vigore le disposizioni sulla cd. "spending review" (d.l. n. 52 del 7/5/2012 e d.l. n. 95 del 6/7/2012, convertiti rispettivamente con leggi n. 94 del 6/7/2012 e n. 135 del 14/8/2012).

La corretta qualificazione della società partecipata CEM Ambiente S.p.A., come società riconducibile a quelle operanti nell'ambito dei servizi pubblici locali ovvero dei servizi strumentali, costituisce un elemento fondamentale per definire il quadro normativo di riferimento per l'operatività della stessa (oltre che per stabilire i limiti al mantenimento della relativa partecipazione azionaria da parte dei Comuni soci).

Da ciò discende la necessità di avere conferma della possibilità di mantenere in essere la gestione del servizio, affidata a CEM Ambiente spa (come risultante dalla documentazione allegata all'istanza di parere), anche oltre la data del 31/12/2012.

Infatti, secondo il Comune, la strutturazione aziendale è tale da assicurare il rispetto dei principi comunitari che legittimano l'affidamento in house, riconducibili alla titolarità interamente pubblica del capitale sociale, alla sussistenza di un controllo del socio pubblico analogo a quello che può esperire sulle proprie articolazioni organizzative ed alla destinazione dell'attività in favore dei soci (a tal fine allega corposa documentazione).

In particolare, per consentire al Comune di Concorezzo (come agli altri Comuni azionisti) di accertare la correttezza e legittimità delle scelte adottate, il Sindaco chiede di chiarire:

1) se la società CEM Ambiente spa, attesa la sua natura e la sua qualificazione operativa, sia riconducibile alle società operanti nell'ambito dei servizi pubblici locali o alle società operanti nell'ambito dei servizi strumentali;

2) se il servizio raccolta e smaltimento rifiuti rientri tra i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica di cui all'art 3 bis, commi 1 e 1 bis del d.l. n. 138/2011, come modificato da ultimo dall'art. 34 comma 16 del d.l. n. 179/2012 e, in caso positivo, quale sia la sorte degli affidamenti realizzati fino ad oggi in una situazione in cui la Regione Lombardia non ha mai ritenuto di individuare ambiti o bacini territoriali ottimali ed omogenei;

3) se gli elementi posti a presidio del c. d. controllo analogo da parte degli Enti soci, nei termini riepilogati nei documenti allegati, possano ritenersi congrui e tali da assolvere i presupposti individuati nei principi di derivazione comunitaria.

In merito all'ammissibilità della richiesta

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge n. 131 del 2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

In relazione allo specifico quesito formulato dal Sindaco del Comune di Concorezzo, la Sezione osserva quanto segue.

Il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se la richiesta proveniente dal Comune rientri nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7, comma 8, della legge 6 giugno 2003, n. 131, norma in forza della quale Regioni, Province e Comuni possono chiedere a dette Sezioni pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme di collaborazione, ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

In proposito, questa Sezione ha precisato, in più occasioni, che la funzione di cui al comma ottavo dell'art. 7 della legge n. 131/2003 si connota come facoltà conferita agli amministratori di Regioni, Comuni e Province di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità dell'attività amministrativa.

I pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nei procedimenti amministrativi degli enti territoriali consentendo, nelle tematiche in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che appartengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno (si rinvia, per tutte, alla Delibera della Sezione del 11 febbraio 2009, n. 36).

Infatti, deve essere messo in luce che il parere della Sezione attiene a profili di carattere generale anche se, ovviamente, la richiesta proveniente dall'ente pubblico è motivata, generalmente, dalla necessità di assumere specifiche decisioni in relazione ad una particolare situazione. L'esame e l'analisi svolta nel parere è limitata ad individuare l'interpretazione di disposizioni di legge e di principi generali dell'ordinamento in relazione alla materia prospettata dal

richiedente, spettando, ovviamente, a quest'ultimo la decisione in ordine alle modalità applicative in relazione alla situazione che ha originato la domanda.

Con specifico riferimento all'ambito di legittimazione soggettiva per l'attivazione di questa particolare forma di collaborazione, è ormai consolidato l'orientamento che vede, nel caso del Comune, il Sindaco quale organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere, in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Il presente presupposto soggettivo sussiste nel quesito richiesto dal comune di Concorezzo con nota del 14 novembre 2012.

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare che la disposizione contenuta nel comma 8 dell'art. 7 della legge 131 deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali. Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma, rese esplicite in particolare con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri *in materia di contabilità pubblica*.

Appare conseguentemente chiaro che le Sezioni regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore degli enti locali, ma che, anzi, le attribuzioni consultive si connotano sulle funzioni sostanziali di controllo collaborativo ad esse conferite dalla legislazione positiva.

Al riguardo, le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenendo con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, comma 31 del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno delineato una nozione di contabilità pubblica incentrata sul "*sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici*", da intendersi in senso dinamico anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Delibera n. 54 del 17 novembre 2010). Il limite della funzione consultiva come sopra delineato fa escludere qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale ed amministrativa, che ricade nella esclusiva competenza dell'autorità che la svolge o di interferenza, in concreto, con competenze di altri organi giurisdizionali.

Tanto premesso, la richiesta di parere del Comune di Concorezzo, articolata in tre distinti quesiti può ritenersi ammissibile sotto il profilo oggettivo, con i limiti che saranno esplicitati nella parte riguardante il merito, attenendo alla materia della "contabilità pubblica", in particolare ai limiti normativi (art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010; art. 4 d.l. n. 95/2012) posti alle partecipazioni societarie degli enti pubblici, nonché alle modalità di affidamento dei servizi a

queste ultime (art. 4 d.l. n. 138/2011; art. 13 d.l. n. 223/2006), inseriti all'interno di testi legislativi esplicitamente contenenti "misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria", "disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica", "ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria" e di "razionalizzazione della spesa pubblica".

Esame nel merito

In via preliminare la Sezione precisa che la decisione di procedere al mantenimento delle partecipazioni societarie, alla definizione dell'oggetto sociale ed alle modalità di affidamento dei relativi servizi, attiene al merito dell'azione amministrativa e rientra nella esclusiva discrezionalità e responsabilità dell'Ente locale che, tuttavia, potrà orientare la sua decisione in base alle conclusioni contenute nel presente parere.

Il Comune istante, anche a nome di altri Comuni azionisti della società CEM ambiente spa, formula tre quesiti che appare opportuno esaminare distintamente.

Appare preliminarmente necessario, per gli effetti che può avere sul complessivo assetto interpretativo della materia dell'affidamento dei servizi pubblici locali, sulla quale vertono i quesiti prospettati, far cenno alla sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012, con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'articolo 4 del d.l. n. 138/2011, convertito con legge n. 138/2011, nella cui vigenza altro Comune, socio della società CEM Ambiente spa, aveva inoltrato istanza di parere alla scrivente Sezione (cfr. deliberazione n. 221/2012/PAR).

La declaratoria di illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del d.l. n. 138/2011 fonda i suoi presupposti sul fatto che la disposizione violasse "il divieto di ripristino della normativa, abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost." (l'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito con legge n. 133/2008, abrogato dal referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011).

L'abrogato art. 23 bis del d.l. n. 112/2008, fatta eccezione per i servizi espressamente esclusi, restringeva, rispetto alle regole comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, specificamente, la gestione mediante società in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

La sopravvenuta disciplina, posta dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito con legge n. 148/2011, è risultata contraddistinta dalla medesima ratio, in quanto ha limitato le ipotesi in cui è consentito l'affidamento diretto, condizionandone l'ammissibilità ad una determinata soglia di valore (200.000 euro). Diversamente, la normativa comunitaria consente la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale (quando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la speciale missione dell'amministrazione, art. 106 TFUE) alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo analogo e, infine, dello svolgimento della parte più importante dell'attività in favore dell'ente socio (cfr. anche Corte Costituzionale, sentenza n. 325/2010).

A seguito dall'espunzione, per illegittimità costituzionale, della regolamentazione posta dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011, si è riprodotta la situazione esistente successivamente all'abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 ad opera dell'istituto referendario.

La situazione non determina la reviviscenza della normativa nazionale precedente, ma l'applicazione della normativa e dei principi comunitari (cfr. motivazioni di ammissibilità al quesito referendario presenti nella sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010).

Allo stato, infatti, essendo venute meno le norme nazionali, prima in seguito alla consultazione referendaria del giugno 2011 (per quanto riguarda l'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008) e, dopo, alla sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale (per quanto riguarda l'art. 4 del d.l. n. 138/2011), si riespano le possibilità di utilizzo dell'affidamento diretto a società in house o a società miste, purché conformi ai principi del diritto comunitario, quali definiti dalla Corte di Giustizia UE (fra tutte, sentenze 18 novembre 1999, C-107/98, 9 settembre 1999, C-108/98; 13 ottobre 2005, C-458/03; 18 gennaio 2007, C/220/05, etc.).

In sostanza, l'ente pubblico committente potrà valutare, fra i diversi modelli, la gestione a mezzo organi e uffici interni; di organismi strumentali (per es. aziende speciali); di società interamente partecipate, ove sussistano i presupposti per l'affidamento in house; di società miste, con scelta del socio privato previa gara a doppio oggetto (cfr. art. 1 comma 2 d.lgs. n. 163/2006; deliberazione n. 7/2012/PAR); di operatori privati selezionati mediante gara conforme ai principi comunitari (cfr. art. 30 d.lgs. n. 163/2006).

Appare opportuno sottolineare, inoltre, come ben evidenziato dalla Sezione Basilicata nel parere n. 173/2012 (depositato dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 173/2012), nonché dalla scrivente Sezione in precedenti pareri (n. 147/2012/PAR e altri ivi richiamati), come la disciplina inerente le modalità d'affidamento dei servizi pubblici locali (venuta meno a seguito della predetta pronuncia costituzionale) non impatta sulla differente materia dei vincoli e limiti che il legislatore nazionale impone agli enti locali in tema di costituzione, detenzione e mantenimento di organismi strumentali (art. 9 d.l. n. 95/2012, convertito con legge n. 135/2012) e società (art. 3 comma 27 LF n. 244/2007; art. 14 comma 32 d.l. n. 78/2010, convertito con legge n. 122/2012; artt. 4 e 9 d.l. n. 95/2012, convertito con legge n. 135/2012).

La precisazione appare necessaria per i Comuni istanti affinché valutino, oltre il profilo della correttezza dell'affidamento, quello della legittima partecipazione nella società CEM Ambiente spa, alla luce sia della qualificazione giuridica dell'attività espletata (per le società strumentali, l'art. 4 del d.l. n. 95/2012 impone nuovi obblighi di dismissione o razionalizzazione) che della classe demografica di appartenenza (alla luce degli obblighi di dismissione e dei limiti di costituzione o detenzione posti dall'art. 14 comma 32 della legge n. 122/2010).

I. Esatta qualificazione dei servizi erogati dalla società CEM Ambiente spa

Il Comune istante chiede, sulla base qualificazione operativa desumibile dallo statuto e dai contratti di servizio, se l'attività erogata dalla società CEM Ambiente spa sia riconducibile all'ambito dei servizi pubblici locali (aventi attuale disciplina direttamente nei principi e norme comunitarie) o a quello dei servizi strumentali (disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, cfr. art. 3 e 30, nonché dagli artt. 13 del d.l. n. 223/2006 e 4 del d.l. n. 95/2012).

Tale richiesta, in ossequio alla costante giurisprudenza della Corte (ex multis, cfr. delibera n. 70/2010 e n. 515/2012/PAR), si palesa parzialmente inammissibile per un duplice motivo.

In primo luogo riguarda la valutazione di provvedimenti e contratti già adottati. I pareri sono invece propedeutici all'esercizio dei poteri intestati agli amministratori e dirigenti degli Enti e non possono essere utilizzati per asseverare o contestare attività già espletata.

Il Comune, tuttavia, nello specifico, chiede chiarimenti interpretativi alla luce della sopravvenuta pronuncia della Corte Costituzionale n. 199/2012, nonché dell'avvento delle normative in tema di c.d. "spending review" (d. l. n. 95/2012).

Il quesito chiede però alla Sezione di pronunciarsi in ordine alla qualificazione di una fattispecie concreta (la natura dell'attività espletata dalla società) sulla base dei contratti di servizio e dello statuto, non della corretta interpretazione di una norma di contabilità pubblica (cfr. art. 1 comma 8 legge n. 131/2003). Come stabilito, infatti, dalla Sezione delle Autonomie (deliberazione n. 5/2006 del 17/02/2006) sono da ritenersi inammissibili le richieste di parere che comportino valutazione di casi o atti specifici, che possono determinare un'ingerenza della Corte dei conti nella concreta attività gestionale dell'Ente.

Tuttavia, in disparte l'analisi in concreto dello statuto e del contratto di servizio, a fini di orientamento, è possibile richiamare, in termini generali, alcuni principi regolanti la qualificazione dell'attività espletata dalle società partecipate.

La società eroga un "servizio pubblico locale" e, come tale, sarà assoggettata alla relativa disciplina normativa, nel caso in cui l'attività sia direttamente rivolta al soddisfacimento di bisogni della collettività, che, solitamente, corrisponde un corrispettivo, contributo, tariffa o tassa discendente dalla prestazione erogata (per. es., servizi di trasporto, di parcheggio, di smaltimento rifiuti, etc.). Alla base vi è solitamente un contratto di concessione di servizi (cfr. artt. 3 comma 12 e 30 d.lgs. n. 163/2006), anche se non può escludersi la presenza di un contratto di appalto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 3/5/2012 n. 2537), opportunamente modellato per il soddisfacimento dell'esigenza delle parti.

La società eroga un "servizio strumentale" nel caso in cui l'attività sia rivolta non alla collettività, ma all'amministrazione committente (per es. gestione e manutenzione del patrimonio, fornitura calore ed elettricità per immobili pubblici, progettazione, attività di riscossione, etc.).

Il requisito della strumentalità sussiste allorché le attività che le società sono chiamate a svolgere siano rivolte agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società medesima, per

svolgere funzioni di supporto, ovvero funzioni di stretta inerenza al conseguimento dei fini istituzionali (si rinvia, per approfondimenti, a Cons. Stato, sez. V., sent. 12 giugno 2009, n. 3766 e Cons. Stato, sez. V, sent. 5 marzo 2010, n. 1282).

Un caso specifico di servizio strumentale è costituito dall'espletamento, per conto dell'Ente, delle funzioni di stazione appaltante/centrale di committenza, fattispecie delineata, in linea generale, dall'art. 33 del Codice dei contratti (sull'archetipo del modello CONSIP). La funzione di centrale di committenza può essere anche appannaggio di una società partecipata (come implicitamente previsto dagli art. 13 del d.l. n. 223/2006 e 3 comma 27 della LF n. 244/2007).

Il sistema è stato, fra l'altro, recentemente reso obbligatorio (per le gare bandite dopo il 31/03/2012) per i Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, dall'art. 33 comma 3 bis del d.lgs. n. 163/2006, introdotto dall'art. 23 comma 4 del d.l. n. 201/2011, convertito con legge n. 214/2011.

Nel caso dello svolgimento, in nome e per conto dell'ente pubblico aggiudicatore, delle funzioni di stazione appaltante/centrale di committenza, infatti, la società partecipata svolge una funzione amministrativa in sostituzione dell'ente locale, i cui effetti ricadono nel patrimonio di quest'ultimo.

Svolgendo tale funzione per conto dell'ente locale socio, la centrale di committenza sarà assoggettata alle medesime regole, previste per le amministrazioni pubbliche, nel caso di procacciamento di lavori, beni o servizi sul mercato (gara ad evidenza pubblica).

Pertanto, ove la società CEM Ambiente spa sia qualificabile, sulla base dell'esame dello statuto, del contratto di servizio e dell'attività espletata, come "società strumentale" va ricordato il potenziale assoggettamento all'art. 13 del d.l. n. 223/2006, convertito con legge n. 248/2006 ed alla recente disciplina introdotta dall'art. 4 del D.L. n. 95/2012, convertito con legge n. 135/2012.

Ai sensi della prima norma le società "c.d. strumentali" non possono svolgere l'attività a favore di enti diversi da quelli costituenti o partecipanti, né possono gestire attività eterogenee rispetto a quelle di supporto alle funzioni amministrative (c.d. oggetto sociale esclusivo). In sostanza, non è ammissibile, come evidenziato in vari pareri (per tutti n. 221/2012/PAR e n. 147/2012/PAR) che la medesima società strumentale, affidataria "in house", presti, per conto di uno o di più enti locali, sia attività strumentali che servizi pubblici locali (Corte Cost. sent. 1° agosto 2008, n.326).

La seconda norma, con l'intento di ridurre il numero, ha previsto che, entro il 31/12/2013, debbano essere sciolte le società controllate, direttamente o indirettamente, dalle pubbliche amministrazioni che abbiano conseguito, nell'anno 2011, un fatturato da prestazione di servizi a favore delle PA socie superiore al 90% del totale. Alternativamente è necessario procedere all'alienazione, entro il 30/06/2013, con procedure di evidenza pubblica, dell'intera partecipazione, nonché alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili, a decorrere dal 01/01/2014 (art. 4 comma 1).

Scaduti i predetti termini, ove l'amministrazione non proceda né allo scioglimento né all'alienazione delle partecipazioni, le predette società strumentali non potranno ricevere affidamenti diretti di servizi, né fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari (comma 2).

Appare tuttavia opportuno precisare, alla luce della tipologia di attività plausibilmente svolta dalla società CEM Ambiente spa, quale emerge dall'istanza di parere avanzata, che le predette disposizioni non si applicano (comma 3):

- alle società che erogano servizi di interesse generale (servizi pubblici locali);
- alle società che svolgono prevalentemente compiti di centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;
- alle ipotesi in cui, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato (previa emanazione di un parere vincolante da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a seguito di acquisizione di una relazione predisposta da parte dell'amministrazione).

Pertanto, ove dall'esame dello statuto e del contratto di servizio, si accerti l'inclusione della società in discorso in una delle eccezioni previste, non vi sarà obbligo di scioglimento o alienazione.

Il rispetto dei predetti divieti e vincoli normativi non esclude la valutazione che la scrivente Sezione potrà operare, in sede di ricognizione sulle società partecipate (ex art. 3 comma 28 della LF n. 244/2007) o di esame dei bilanci (ex art. 1 comma 166 e ss LF n. 266/2005), sull'efficienza e l'economicità del sistema di gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani, prescelto dai Comuni istanti. Oltre gli aspetti evidenziati nella richiesta di parere, appare, infatti, necessario analizzare l'incidenza, sul costo del servizio, dell'intermediazione operata da CEM Ambiente spa (che, come riferito, non è l'esecutore diretto), nonché il costo complessivo della predetta struttura in rapporto a ipotesi alternative o complementari di funzioni e servizi prestabili per conto dei Comuni soci (posto che non appare congruo il mantenimento di una struttura avente il compito di appaltare a terzi, previo espletamento di gare, il solo servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani).

II. Esatta qualificazione del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti

Il Comune istante chiede se la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti rientri tra i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, disciplinati dall'art. 3 bis, commi 1 e 1 bis del d.l. n. 138/2011, come modificato, da ultimo, dall'art. 34 comma 16 del d.l. n. 179/2012 (in attesa di conversione) e, in caso positivo, quale sia la sorte degli affidamenti già effettuati in una situazione in cui la Regione Lombardia non ha ancora individuato ambiti territoriali ottimali ed omogenei.

La giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare che la natura del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti è quella di servizio pubblico locale di rilevanza economica (Consiglio di

Stato, Sez. V, 03/05/2012 n. 2537), in quanto reso direttamente al singolo cittadino, con pagamento da parte dell'utente di una tariffa, obbligatoria per legge, di importo tale da coprire interamente il costo del servizio (cfr. art. 238 d.lgs. n. 152/2006 e, prima, art. 49 d.lgs. n. 22/1997).

Questo anche quando l'Amministrazione, invece della concessione, stipula un contratto di appalto (rapporto bilaterale, con versamento diretto da parte del committente), sempre che l'attività sia rivolta direttamente all'utenza e quest'ultima sia chiamata a pagare un compenso, o tariffa, per la fruizione del servizio (Consiglio di Stato, Sez. V, 03/05/2012 n. 2537).

L'art. 3 bis del d.l. n. 138/2011, convertito con legge n. 148/2011, inserito dall'art. 25, comma 1, lett. a), del d.l. n. 1/2012, convertito con legge n. 27/2012, ha imposto alle Regioni ed alle Province autonome di Trento e di Bolzano di:

- organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, oltre che di istituire o designare gli enti di governo degli stessi, entro il 30 giugno 2012;

- prevedere la dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali, di norma non inferiore a quella del territorio provinciale (le regioni possono individuare bacini territoriali di dimensione diversa motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale o socio-economica e in base a principi di proporzionalità, anche su proposta dei comuni, previa lettera di adesione dei sindaci interessati o delibera di un organismo associato già costituito, ex art. 30 TUEL).

La norma fa salva l'organizzazione di servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali già previsti in attuazione di specifiche direttive europee, delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali in coerenza con le previsioni indicate nel presente comma.

Decorso inutilmente il termine indicato (già scaduto al 30/06/2012), il Consiglio dei Ministri può esercitare i poteri sostitutivi previsti dall'articolo 8 della legge n. 131/2003 per riorganizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei.

Il precetto normativo impone, pertanto, un obbligo di tipo organizzativo alle Regioni, senza far riferimento alle procedure di affidamento in essere (oggetto di disciplina, invece, da parte del successivo art. 4 del d.l. n. 138/2011, poi dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale)

A conferma, l'art. 3 bis comma 3 prevede soltanto che, a decorrere dal 2013, l'applicazione della procedura a evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi da parte di regioni, province, comuni o degli enti di governo dell'ambito o del bacino costituisca elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del d.l. n. 98/2011, convertito con legge n. 111/2011.

In sostanza, gli obblighi posti dall'art. 3 bis del d.l. n. 138/2011, nella formulazione discendente dall'art. 25 del d.l. n. 1/2012, sono di tipo organizzativo e impongono obblighi di adeguamento

alle Regioni, senza intervenire sulle procedura di affidamento già espletate dagli enti gestori del servizio (in prevalenza Comuni e Province).

La disciplina è parzialmente mutata in virtù dell'inserimento nell'art. 3 bis del d.l. n. 138/2011, da parte dell'art. 34 comma 16 del d.l. n. 179/2012 (in attesa di conversione), di un nuovo comma 2 bis, in base al quale "le procedure per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica sono effettuate unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei di cui al comma 1 del presente articolo dagli enti di governo istituiti o designati ai sensi del medesimo comma".

Pertanto, in virtù di tale norma (che interviene dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 199/2012 di dichiarazione di illegittimità del successivo art. 4), le future procedure di gara, bandite per la gestione di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, dovranno far riferimento agli ambiti o bacini territoriali ottimali (che, se non individuati dalla Regione, potranno far scattare il potere sostitutivo del Governo ai sensi dell'art. 8 della legge n. 131/2002; cfr. art. 3 comma 1 del d.l. n. 138/2011, come modificato dall'art. 25 del d.l. n. 1/2012).

L'art. 34 del d.l. n. 179/2012 (in attesa di conversione), sempre sulla scorta della pronuncia della Corte costituzionale n. 199/2012, si pone il problema di disciplinare anche gli affidamenti già in essere, al fine di garantire il rispetto dei principi di derivazione comunitaria. I commi 13 e 14 prevedono infatti che:

"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 è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà 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.

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."

Pertanto i Comuni committenti, entro il 31/12/2013, dovranno pubblicare sul proprio sito internet una relazione che dia conto degli elementi previsti dalla norma sopra citata e del termine finale di affidamento del servizio (che, ove originariamente non previsto, va inserito nel contratto, pena la cessazione dell'affidamento al 31/12/2013).

Quanto detto vale anche nell'ipotesi in cui l'affidamento sia avvenuto a mezzo della società CEM Ambiente spa, posto che, pur nell'eventuale mediazione della società nelle funzioni di centrale di committenza, comunque i committenti sostanziali del servizio (obbligati al rispetto delle normative dettate per l'affidamento dei servizi pubblici locali) rimangono i Comuni soci.

III. I presupposti del controllo analogo per la legittimità del c.d. affidamento in house

Il Comune chiede, infine, se i presupposti previsti nello statuto della società, riepilogati in un documento allegato, possano ritenersi tali da assolvere i requisiti posti dai principi di derivazione comunitaria per il legittimo affidamento a società interamente partecipate (c.d. affidamento in house).

Anche a questo quesito, sulla scorta di quanto sopra riferito, la Sezione non può che rispondere in termini generali e astratti, posto che il Comune istante non pone dubbi circa l'interpretazione di una norma di contabilità pubblica, ma della sola conformità dello statuto societario ai presupposti previsti per i c.d. affidamenti in house (peraltro non aventi fonte in un testo legislativo, ma frutto dell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria e nazionale).

Appare sufficiente richiamare i presupposti previsti dalla giurisprudenza che, nel caso degli affidamenti in house, hanno chiarito come non si venga a creare una relazione economica rilevante per il mercato, ma un rapporto interorganico alla pubblica amministrazione. Ritenendo a tal fine necessari la ricorrenza di tre presupposti (partecipazione pubblica totalitaria; controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici o servizi; erogazione della parte preponderante dell'attività a favore dell'ente o degli enti pubblici controllanti), quali interpretati e chiariti dalla giurisprudenza comunitaria (Corte Giustizia UE 18 novembre 1999, C-107/98, 9 settembre 1999, C-108/98; 13 ottobre 2005, C-458/03; 18 gennaio 2007, C/220/05, etc.) e nazionale (Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 1/2008; Cons. Stato n. 3448/2002, etc.), nonché dalla prassi (Comunicazione Commissione UE del 26/06/2002; Presidenza del Consiglio dei Ministri, Circolare n. 12727 del 19/10/2001, etc.).

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione

Il Relatore
(Donato Centrone)

Il Presidente
(Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
17 dicembre 2012
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)