



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

composta dai magistrati:

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

nell'adunanza in camera di consiglio dell'8-22 ottobre 2013

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

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 nota 5087 del 7 giugno 2013, con cui il comune di Rodigo (Mantova) ha richiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

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

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del sindaco del comune di Rodigo;

Udito il relatore dott. Andrea Luberti;

PREMESSO CHE

Il comune, in relazione all'esigenza di chiarire in modo definitivo una problematica sorta a seguito della discordanza di pareri ricevuti da vari enti istituzionali, richiede, alla luce delle norme vigenti in materia di disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e in materia ambientale, se possa, e in caso affermativo, a quali condizioni, disciplinare l'organizzazione e la gestione del servizio di raccolta, avvio e smaltimento dei rifiuti urbani, secondo le seguenti modalità:

i) in una prima fase, sarebbe espletato un servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani "porta a porta" sul proprio territorio in forma diretta, con proprio personale e mezzi, e conferimento degli stessi presso il centro di raccolta comunale regolarmente autorizzato;

ii) successivamente, sarebbe svolto il servizio di trasporto e smaltimento dei rifiuti, in concreto gestito mediante affidamento a ditte esterne, tramite gara ad evidenza pubblica, per il conferimento dei rifiuti presso impianti autorizzati allo smaltimento.

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA

Il primo punto da esaminare concerne l'ammissibilità della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normativa sopra indicata.

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, si osserva che il sindaco è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 del t.u.e.l. Pertanto, la richiesta di parere è soggettivamente ammissibile poiché promanante dall'organo legittimato a proporla.

AMMISSIBILITA' OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo di ammissibilità del quesito, occorre rammentare che la richiesta di parere è formulata ai sensi dell'articolo 7, comma 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante "*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*".

La disposizione contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 131/2003 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.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma che, lungi dal conferire alle Sezioni regionali di controllo un generale ruolo di consulenza, la limitano alla sola contabilità pubblica. Preliminare all'ulteriore procedibilità del parere è quindi la ricomprensione del parere tra quelli attribuibili per materia alle Sezioni regionali di controllo.

Le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenute 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 al riguardo precisato che detto concetto non si estende sino a ricomprendere la totalità dell'azione amministrativa che presenti riflessi di natura finanziaria, ma deve intendersi limitato al *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici"*, sia pure *"in una visione dinamica dell'accezione che sposta l'angolo visuale dal tradizionale contesto della gestione del bilancio a quello inerente ai relativi equilibri"*.

Con specifico riferimento al quesito posto dall'Ente, essi si palesano ammissibili anche sul piano oggettivo, sulla scorta di costante giurisprudenza della Sezione, in quanto afferenti a una materia, quella della gestione dei servizi pubblici, e in particolare del servizio di smaltimento dei rifiuti, tradizionalmente attratta alla contabilità pubblica.

MERITO

Deve essere premesso che la gestione del ciclo dei rifiuti (raccolta, trasporto, spazzamento e smaltimento) è da considerarsi un servizio pubblico locale, coerentemente con la normativa vigente (tra altri provvedimenti: l'art.25, c.4 DL 1 / 2012; l'art. 202 DLgs 152 / 2006; la versione originaria dell'art.23 *bis*, c.10 DL 112 / 2008).

Come ha già avuto modo di ricordare questa Sezione (Lombardia/531/2012/PAR del 17 dicembre 2012), la giurisprudenza ritiene che *"la natura del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti è quella di servizio pubblico locale di rilevanza economica 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)"*.

La natura di tale servizio è stata confermata in tali termini anche dalla giurisprudenza amministrativa (tra altre sentenze, si vedano Consiglio di Stato, Sez. V, 8/3/2011 n. 1447 e Consiglio di Stato, Sez. V, 03/05/2012 n. 2537), nonché da quella costante dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

In sintesi, quindi, i modelli astrattamente esperibili per la gestione del servizio di raccolta e gestione del ciclo dei rifiuti risultano a tutt'oggi quelle vigenti per i servizi di rilievo economico, e quindi:

- gestione in economia del servizio;
- affidamento del servizio con gara ex art.30 DLgs 163 / 2006, nel rispetto dei principi del Trattato di funzionamento dell'Unione Europea;

- affidamento del servizio a società mista con socio appaltatore, come da: punto 2.2 e nota 18 della Comunicazione interpretativa della Commissione delle Comunità europee 5/2/2008 n. C [2007] 6661 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI); Risoluzione del Parlamento europeo del 18 Maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici (2009/2175(INI)), in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 31.5.2011; sentenza Corte di Giustizia UE 15.10.2009 C-196/08; sentenza Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 03.03.2008, n.1 e parere 18.04.2007, n.456;

- affidamento del servizio a soggetto interamente pubblico *in house*, senza più alcun termine finale (alla luce dell'incostituzionalità dell'art.4, c.32, lettera a) DL 138 / 2011, che individuava il 31.12.2012 quale termine di cessazione degli affidamenti assegnati in assenza di evidenza pubblica) e senza limite di valore contrattuale (alla luce dell'incostituzionalità dell'art.4, c.13 DL 138 / 2011, che limitava il valore stesso entro i 200.000 euro / anno), purché la società disponga dei requisiti (capitale totalmente pubblico, esercizio del controllo analogo sulla società da parte degli enti soci come avviene su un proprio ufficio, più parte dell'attività svolta in relazione al territorio dei Comuni soci) individuati dalla sentenza Corte di Giustizia UE 18.11.1999, C-107/98, c.d. Teckal, e richiamati dall'art.113, c.5, lettera c) DLgs 267 / 2000, abrogato dall'art.12, c.1 DPR 168 / 2010, ma sempre valido quale riferimento.

A partire dall'art. 200 del d.lgs 152 / 2006 è stata peraltro, con specifico riferimento alla materia in epigrafe, introdotta la possibilità di gestione per ambiti territoriali (a.t.o.) nel ciclo dei rifiuti, che peraltro all'interno della Regione Lombardia non furono individuati in quanto la Regione si avvalse dell'opzione ex art.200, c.7 DLgs 152 / 2006 di non individuare gli ambiti, purché il modello adottato rispettasse i principi ispiratori (di concorrenza e liberalizzazione), in forza delle previsioni ex LR 26 / 2003 (come modificata ed integrata dalla LR 18 / 2006 e dalla LR 1 / 2009), cosicché permase in capo al singolo Comune il ruolo di ente concedente / affidante, salva la facoltà dei Comuni di associarsi volontariamente ai fini di svolgimento del servizio su base territoriale più ampia (*cf*r deliberazione 2 settembre 2013, n. 362).

Il d.l. 1/2012, novellando con un art. 3 bis il d.l. 13 agosto 2011, n.138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n.148, ha previsto, in caso di mancata assunzione delle relative determinazioni, la possibilità di provvedere in tal senso da parte del Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, intervento che allo stato non risulta tuttavia attuato.

Sotto un diverso profilo, occorre rammentare che il DL 95 / 2012 convertito in Legge 135 / 2012 (Funzioni fondamentali dei comuni e modalità di esercizio associato di funzioni e

servizi comunali), all'art.19, c.1 prevede in particolare, novellando l'articolo 14 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni, nell'individuare le funzioni fondamentali dei comuni, alla lettera f), proprio l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi.

Di conseguenza, ferma restando la piena legittimità della gestione diretta, nulla osta a che, come prospettato nel caso di specie, a tal fine lo stesso ente si avvalga dell'opera di un terzo per la fase successiva alla raccolta dei rifiuti, mantenendo però la titolarità del servizio

Peraltro, nel caso di specie, la fattispecie rientra nell'ambito di un ordinario contratto di appalto, atteso che la più recente giurisprudenza contabile e amministrativa hanno più volte rimarcato l'irrilevanza della distinzione tra concessione e appalto ai fini della qualificazione di un'attività come servizio pubblico locale.

Come è noto, l'ordinamento positivo, in termini di nozione, si limita ad evidenziare che *"la concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo"* (cfr. art. 3, comma 12, del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, codice dei contratti pubblici). Peraltro, la giurisprudenza europea e nazionale hanno elaborato la nozione di concessione, individuando il criterio discretivo (vincolante per la legislazione degli Stati membri) dall'appalto nella provenienza, o meno, della remunerazione del prestatore di servizi e nell'assunzione o meno del rischio di gestione da parte dell'aggiudicatario.

Il diritto comunitario, infatti, riconnette l'applicazione di più rigorosi criteri di trasparenza e concorrenza per l'affidamento di commesse avente il caratteri di "appalti" (direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) in ragione della bilateralità del rapporto che determina, in termini di tutela, la concentrazione del rischio di gestione sull'amministrazione aggiudicatrice. Infatti, risultando la stazione appaltante l'unico ed esclusivo interlocutore dell'aggiudicatario, essa è l'unico soggetto tenuta a remunerare le prestazioni, per le quali deve reperire le risorse necessarie. Nella concessione, invece, in forza del rapporto trilaterale amministrazione-aggiudicatario-utenza, tale rischio grava in tutto o in parte sul concessionario (che viene remunerato direttamente dai cittadini-utenti) e quindi, l'ordinamento consente procedure di aggiudicazione più flessibili (art. 30 del codice dei contratti pubblici).

Chiarita la ragione sottostante alla distinzione tra appalto e concessione, appare evidente che tale criterio è inconferente in chiave discriminativa della natura del servizio reso (servizio strumentale o servizio pubblico locale). Ciò è stato di recente messo in evidenza dal Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 3 maggio 2012 n. 2537: infatti, *"il servizio pubblico locale di rilevanza economica è configurabile anche quando l'amministrazione, invece della concessione, pone in essere un contratto di appalto. Il servizio pubblico locale di rilevanza economica è configurabile non solo quando l'amministrazione adotti un atto di concessione, ma anche nel caso in cui, pone in essere un contratto di appalto, (rapporto bilaterale, versamento*

di un importo da parte dell'amministrazione) sempre che l'attività sia rivolta direttamente all'utenza – e non all'ente appaltante in funzione strumentale all'amministrazione – e l'utenza sia chiamata a pagare un compenso, o tariffa, per la fruizione del servizio". Questa situazione, infatti, si può verificare quando le amministrazioni, per scelta politica, decidono di fiscalizzare interamente il costo del servizio pubblico locale, garantendo l'accesso allo stesso all'utenza a prescindere dalle capacità censuarie e remunerative dei cittadini, specie quando il servizio ricade su beni pubblici di cui l'utenza fruisce in modo diretto, perché ad uso generale. In questi casi, l'organismo di diritto pubblico ben potrà stipulare con il relativo gestore un contratto di appalto e non di concessione (in questo senso cfr. anche, con trattazione indiretta della questione, Cons. Stato, Sez. V, sentenza 13 dicembre 2006 n. 7369 e TAR Campania Napoli Sez. I, sentenza 24 aprile 2008, n. 2533; TAR. Lombardia, Brescia Sez. II, sentenza 27 maggio 2010, n. 2164; Cons. Stato Sez. V, sentenza 22 marzo 2010, n. 1651 con specifico riferimento all'art. 13 del "decreto Bersani"), senza che muti la natura del servizio (da "pubblico" a "strumentale").

In conclusione, quindi, il ricorso al contratto di appalto (a un'operazione contrattuale, quindi, priva del rischio di impresa dal punto di vista del privato) risulta ben esperibile non solo laddove l'attività sia "strumentale", vale a dire diretta essenzialmente a soddisfare interessi dell'ente-apparato, ma anche per i servizi pubblici locali, indirizzati alla collettività territoriale.

Argomenti contrari alla legittimità dell'operazione prospettata dall'ente non possono nemmeno trarsi dall'esistenza (art. 212 del citato dlgs 152/06) di un albo nazionale dei gestori ambientali, in quanto dal regime giuridico di tale albo (quale delineato dal legislatore) risulta evidente come l'iscrizione in detto registro abbia efficacia abilitativa, e quindi non costituisca requisito di legittimità dell'attività svolta da un ente locale nell'esercizio di una propria funzione fondamentale, potendo al massimo essere richiesta nei confronti dei gestori del servizio in concessione ovvero dell'appaltatore. Peraltro, la norma in questione menziona tra i soggetti suscettibili di iscrizione una serie di enti e imprese, tra cui non compaiono i comuni, che pertanto si deve ritenere siano sottratti ai relativi obblighi di iscrizione.

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'Estensore
(dott. Andrea Luberti)

Il Presidente
(dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
il 22 ottobre 2013
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)