



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 (relatore)
dott. Andrea Luberti	Referendario

nell'adunanza in camera di consiglio del 7 novembre 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 11718 del 30 settembre 2013, con cui il comune di Grassobbio (BG) ha chiesto un parere nel quadro delle competenze attribuite alla Corte dei conti dalla legge n. 131 del 2003;

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 Grassobbio (BG);

Udito il relatore dott. Francesco Sucameli.

PREMESSO CHE

Il comune in epigrafe è socio una società a capitale interamente pubblico per la gestione del ciclo integrato dei rifiuti. Il comune eroga i servizi solo per 5 comuni (Grassobbio, Cologno, Azzano San Paolo, Zanica, Cologno al Serio, Spirano, con bacino demografico superiore ai 50 mila abitanti), per i rimanenti enti-soci (Provincia di Bergamo, Comune di Stezzano, Comune di Comun Nuovo, Comune di Urgnano),

Tutti i comuni verso cui i servizi vengono espletati hanno contratti di servizio con scadenza non ravvicinata nel tempo (i primi tre citati, compreso il comune richiedente il parere, il 31 dicembre 2015; gli altri due comuni, rispettivamente, il 30 giugno 2016 e il 30 settembre 2021).

Per consentire agli enti che non beneficiano dei servizi di fuoriuscire dalla compagine sociale, con liquidazione della quota, i soci avrebbero ipotizzato di procedere ad una cessione delle quote ad un socio privato, da individuare con gara a doppio oggetto. La cessione interesserebbe il 40% del capitale sociale e contemporaneamente l'affidamento al soggetto privato della gestione del servizio rifiuti.

Il Comune rievoca la circostanza che nuovi affidamenti del servizio sono comunque subordinati alla ridefinizione dei bacini territoriali da parte delle regioni, in virtù dell'art. 3-bis del D.L. n. 138/2011 (conv. L. n. 148/2011), inserito dall'art. 25, comma 1, lett. a), del D.L. n. 1/2012 (conv. L. n. 27/2012). In particolare, la norma in questione impone alle regioni ed alle Province autonome di Trento e di Bolzano i seguenti obblighi:

- 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).

Allo stato la Regione Lombardia non ha adottato i necessari provvedimenti.

Sulla scorta di detta premessa, il Comune istante, pur citando un precedente di questa Sezione (SRC Lombardia, n. 263/2013/PAR) che rinvia ogni decisione organizzativa degli enti alla scadenza dei contratti, in pendenza dell'obbligo organizzativo della Regione, ripropone il tema alla Sezione, alla luce di una sentenza del TAR che, secondo il comune istante, in assenza

della definizione degli ambiti territoriali ottimali, rinvierebbe al solo obbligo di applicare i principi comunitari in materia di concorrenza. Tanto premesso il Comune istante chiede:

- 1) parere sulla percorribilità della gara a doppio oggetto, in conformità dei principi comunitari;
- 2) se la società in questione possa cumulare la gestione di servizi pubblici locali e strumentali, alla luce della recente deliberazione SRC Liguria n. 53/2013/PAR.

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.

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 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 ricomprensione 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 alla richiesta analizzata dalla presente pronuncia, la stessa risulta oggettivamente ammissibile, in quanto evidentemente diretta a chiarire l'esatta portata di una normativa di limitazione della spesa pubblica.

MERITO

1. Deve essere premesso che il 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 D.L. n. 1/2012; l'art. 202 Dlgs. 152/2006; la versione originaria dell'art. 23-bis, c.10 D.L. n. 112 / 2008).

Come ha già avuto modo di ricordare questa Sezione (cfr. di recente SRC Lombardia n. 362/2013/PAR del 3 settembre 2013), 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 dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (pareri AS705 - AS684 - AS678 - AS612 - AS604 - AS573 - AS570 - AS564 - AS558 - A5544 - AS530 - AS526 - AS562 - A5561 - AS548 - AS594 - AS599 - A5601 - AS620 - A5627 - AS706 - A5708 - A5726 - AS727 - AS728 - AS739 - AS740 - AS742 - AS743).

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).

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

- 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, comma 32, lettera a) D.L. n. 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 D.L. n. 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, comma 5, lettera c) TUEL, abrogato dall'art.12, comma 1 DPR 168/2010, ma sempre valido quale riferimento.

2. Tanto premesso in via generale – con riguardo al primo quesito – in conformità di quanto stabilito dalla discipline nazionali ed europee in materia di concorrenza, questa Sezione (con le deliberazioni SRC Lombardia nn. 263 e 362/2013/PAR), come correttamente richiamato nell'istanza di parere da parte del comune in caso pressoché identico ha affermato, ha ricordato:

- che a partire dall'entrata in vigore dell'art. 200 del Dlgs. 3 aprile 2006, n. 152, con specifico riferimento alla materia in epigrafe, è stato previsto che la gestione dei rifiuti urbani sia organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali (a.t.o.). Tuttavia, all'interno della Regione Lombardia tali a.t.o. non risultano essere stati istituiti, essendosi la Regione avvalsa ab origine della facoltà, prevista dal comma 7 dello stesso art. 200 del Dlgs. 152/2006 di non individuare gli ambiti, purché il modello adottato rispettasse i principi ispiratori (di concorrenza e liberalizzazione), permanendo quindi in capo al singolo Comune il ruolo di ente concedente, salva la facoltà di associarsi volontariamente ai fini di svolgimento del servizio su base territoriale più ampia;

- che il D.L. n. 1/2012, novellando con l'art. 3-bis il D.L. 13 agosto 2011, n.138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n.148, ha peraltro disposto che «*A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei individuati in riferimento a dimensioni comunque non inferiori alla dimensione del territorio provinciale e tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio, entro il termine del 30 giugno 2012. Decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo*

svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, in riferimento a dimensioni comunque non inferiori alla dimensione del territorio provinciale e tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio";

- che tuttavia, ad oggi, la Regione non ha ancora assunto determinazioni sul punto, né il Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, ha provveduto in forza dei poteri sostitutivi di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

Sul punto la Sezione ha osservato che gli enti locali che non si trovano in una situazione di necessità di dover procedere ad un nuovo affidamento del servizio (nel caso di specie i contratti di servizio con i comuni affidatari scadranno non prima del 31 dicembre 2015) devono attendere l'adempimento dell'obbligo organizzativo da parte della Regione ovvero, in via sostitutiva, da parte dello Stato (SRC Lombardia n. 263/2013/PAR).

Nel differente caso di cui al parere n. 362/2013/PAR, la Sezione ammetteva la possibilità di procedere a nuovo affidamento in pendenza della definizione degli a.t.o. in forza di un parallelo obbligo di legge, per i comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, di esercitare obbligatoriamente in forma associata, mediante unione di comuni o convenzione, le funzioni fondamentali come sopra elencate. In tal caso, la Sezione ammoniva che in caso di definizione degli a.t.o. fosse stata configurata una struttura territoriale parzialmente difforme, sussisteva il conseguente obbligo di adeguamento da parte dei comuni associati-affidanti.

In assenza di situazioni di necessità, di fatto o di diritto, che rendono improcrastinabile tale nuovo affidamento, la Sezione conferma l'orientamento espresso con il primo dei pareri citati; pertanto gli enti-soci dovranno attendere la ridefinizione degli a.t.o. secondo la procedura di legge.

3. Per quanto concerne il secondo quesito, circa la possibilità di cumulare l'affidamento a società *in house* di servizi pubblici locali e strumentali, la Sezione rinvia a quanto di recente espresso con il parere n. 411/2013/PAR e con la deliberazione n. 463/2013/PRSE, in cui si conferma la permanenza del divieto di cumulo di servizi strumentali e di interesse generale, ai sensi dell'art. 13 del D.L. n. 223/2006 (conv. L. n. 248/2006 c.d. Decreto Bersani).

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'Estensore
(dott. Francesco Sucameli)

Il Presidente
(dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
18/11/2013
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)