

COMUNE DI CAPITIGNANO

Prov. di L'Aquila

Allegato "4" alla deliberazione C.C. n. 22 del
20.12.2019

RELAZIONE EX ART.34, C.20 E SS. DL 179 / 2012

La presente relazione è elaborata con riferimento all'affidamento del servizio di raccolta differenziata (RD), basato su un sistema domiciliare integrato, *in house providing* ad ASM SpA, da parte del Comune, ai sensi del vigente art.34, cc.20 e 21 DL 179 / 2012.

A) Servizi pubblici e relative forme di gestione

Appare necessario operare la classica distinzione tra servizio pubblico locale ed attività resa a favore dei Comuni (diverse dai servizi pubblici) al fine di collocare il servizio di di raccolta differenziata (RD) in una delle due famiglie.

Tra molte:

* la sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 16/4/2014 n. 1863, ha precisato quanto segue: *... un servizio pubblico locale è rivolto alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali ..., e ... prevede una prestazione a carico del l'utente (il costo del biglietto), con assunzione a carico del concessionario del rischio economico relativo alla gestione del servizio ..., che ha come destinatari una platea indifferenziata di utenti Inoltre il rapporto tra l'amministrazione e l'erogatore del servizio prevede la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari ... e la possibilità per il medesimo gestore di effettuare scelte sulla organizzazione del servizio Quindi, a differenza della figura dell'appalto di servizi [attività strumentale], non si è in presenza di un rapporto bilaterale, che si esaurisce tra erogatore del servizio e amministrazione, ma di un rapporto trilaterale, che coinvolge anche gli utenti del servizio. La qualificazione del servizio ... all'interno del paradigma concessorio, piuttosto che in quello dell'appalto di servizi, ... esclude ... che la relativa prestazione sia rivolta "all'amministrazione" per soddisfare una sua specifica esigenza al fine di ottenere, quale corrispettivo, il pagamento di una determinata somma.*

* la sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 9/9/2011 n. 5068, *Sul criterio distintivo tra concessione di servizi ed attività resa al Comune* evidenzia la distinzione come segue: *Le concessioni [di servizi], nel quadro del diritto comunitario, si distinguono [dalle attività] non per il titolo provvedimento ..., né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la loro natura autoritativa o provvedimento rispetto alla natura contrattuale ..., ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato. La giurisprudenza della Corte di Giustizia CE ha ribadito che si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione [spesso con tariffa a carico degli utenti], mentre in caso di assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione, l'operazione rappresenta un'attività resa al Comune.*

Circa la qualificazione del servizio di raccolta differenziata (RD), si rinvia alla successiva lettera B.

Relativamente al dibattuto tema della *rilevanza economica*, va innanzitutto evidenziato quanto espresso con la sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 23/10/2012 n. 5409, la quale sintetizza gli argomenti che hanno animato la pluriennale discussione, articolatasi secondo l'evoluzione della normativa, della giurisprudenza, della dottrina e della prassi.

La distinzione tra servizi ed attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non è possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura economica (secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione. In sostanza, per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno si deve prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi). Dunque, la distinzione può anzitutto derivare da due presupposti, in quanto non solo vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato, presenta o non presenta tale rilevanza economica. Saranno, quindi, privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo (invero, la dicotomia tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica può anche essere desunta dalle norme privatistiche, coincidendo sostanzialmente con i criteri che contraddistinguono l'attività di impresa nella previsione dell'art. 2082 Cod. civ. e, per quanto di ragione, dell'art. 2195 o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso). Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto se le modalità di erogazione, ne consentano l'assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica.

... *La qualificazione di un servizio pubblico a rilevanza economica è correlata alla astratta potenzialità di produrre un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore*

Si può concludere quindi che ai servizi di raccolta differenziata (RD), salvo forse in casi di dimensione minima, si possa associare il requisito della rilevanza economica.

B) Il quadro di riferimento amministrativo in materia di servizio di raccolta differenziata (RD)

Un sistema integrato di gestione rifiuti urbani, è volto a sviluppare un efficace ed efficiente politica ambientale, sia attraverso un'azione mirata alla riduzione dei rifiuti, sia attraverso il raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata previsti per legge, sia attraverso la riduzione dei costi.

Con riferimento agli artt. 5, 7, 11 e 16 del D. Lgs. n. 175/2016:

- nel contesto giuridico e normativo vigente, l'affidamento di servizi di interesse economico generale può avvenire, alternativamente: a) con gara ad evidenza pubblica per l'individuazione del concessionario; b) con gara cosiddetta "a doppio oggetto" in cui individuare un partner privato operativo cui affidare la gestione dei servizi nell'ambito di una società mista; c) mediante autoproduzione, ovvero mediante affidamento ad un soggetto cosiddetto "in house".
- Il recente D. Lgs. 175/2016, emanato in attuazione della Legge 7/8/2015 n. 124 recante delega al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, ha

disciplinato in maniera unitaria le società a partecipazione pubblica.

Il D. Lgs. 175/2016, ha consolidato ed ulteriormente dettagliato gli adempimenti per la partecipazione a società da parte di amministrazioni pubbliche prevedendo che l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica o di acquisto di partecipazioni da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere *analiticamente motivato* con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando altresì le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

L'art. 19 del D.L. 06/07/2012, n. 95 elenca e disciplina quelle che sono le funzioni fondamentali dei Comuni e modalità di esercizio associato di funzioni e servizi comunali:

- tra le funzioni fondamentali elencate dal richiamato articolo è compresa anche *“l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi”*;

L'art. 198 del D.Lgs 152/2006 in merito alla gestione dei rifiuti prevede che: *“I comuni concorrono, nell'ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 200 e con le modalità ivi previste, alla gestione dei rifiuti urbani ed assimilati. Sino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'articolo 202, i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento”*.

L'art. 17, comma 1 della L.R. Abruzzo n. 36/2013 ai sensi del quale: *“I soggetti pubblici e privati esercenti a qualsiasi titolo attività di gestione dei servizi pubblici locali assicurano l'integrale e regolare prosecuzione delle attività medesime ai sensi della normativa comunitaria e nazionale vigente ed organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte dell'AGIR di cui all'art 4”*.

L'art. 17, comma 13 della L.R. Abruzzo n. 36/2012 ai sensi del quale: *“Trascorsi sei mesi dalla data di insediamento dell'Assemblea dell'AGIR di cui all'art. 4 è fatto divieto ai Comuni di indire nuove procedure per l'affidamento dei servizi di spazzamento, raccolta e trasporto”*:

- pertanto nonostante quanto stabilito all'art. 17, comma 1 della L.R. Abruzzo n. 36/2012 la stessa legge regionale al comma 13 dà la facoltà ai Comuni di indire nuove procedure di gara per l'affidamento dei servizi d'igiene ambientale.

L'art. 34 comma 23 del D.L. 179/2012 stabilisce che le funzioni di affidamento della gestione sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei.

In data 31/03/2018 si è insediata l'Assemblea dei Sindaci e si è costituita formalmente l'Autorità di Gestione Integrata dei Rifiuti e che, pertanto, ai sensi della L.R. n.36/2013, commi 13 e 14 è vietato, a partire dal giorno 1 dicembre 2018, l'indizione di nuove procedure o l'aggiudicazione in via provvisoria di gare per l'affidamento dei servizi di spazzamento, raccolta e trasporto.

Con l'approvazione della Legge di Stabilità regionale 2019 e del Bilancio di Previsione finanziario 2019-2021 (Regione Abruzzo) il limite del 1 dicembre 2018 è stato posticipato al 1 giugno 2019.

La disciplina che ha regolato il settore dei servizi pubblici locali negli ultimi anni, da ultimo rappresentata dall'art.4 del D.L. n. 138/2011, conv. in L. n. 148/2011, è stata dichiarata incostituzionale e quindi abrogata, dalla sentenza della Corte Costituzionale 20.7.2012 n. 199, la quale ha, inoltre, statuito, con sentenza n. 26 del 26.01.2011, che al venir meno della normativa statale in materia di servizi pubblici locali non consegue alcun vuoto normativo ma, escludendosi la reviviscenza delle norme precedenti (art.113 e ss. D.Lgs.n. 267/2000), deriva l'immediata

applicazione nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva delle norme abrogate) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica.

La normativa comunitaria vigente stabilisce che gli enti locali, anche in forma associata, possano affidare l'erogazione di servizi di interesse generale, e più nello specifico di servizi pubblici locali, a soggetti in house, vale a dire con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui possono essere affidate direttamente tali attività, a condizione che 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 legislatore è intervenuto a normare la materia del controllo con l'art. 34 del D.L. n. 179/2012, ai commi da 20 a 24.

Il legislatore è altresì intervenuto con il D.L. 10.10.2012 n. 174, convertito con modificazioni nella Legge 7.12.2012 n. 213, ad integrare il citato D.Lgs. 18.08.2000 n.267, inserendo, fra l'altro, l'art. 147 quater in materia di controlli sulle società partecipate non quotate.

Il "controllo analogo" è inteso come controllo gestionale e finanziario stringente e penetrante dell'ente pubblico sulla società tale da realizzare un modello di delegazione interorganica nel quale la società opera come longa manus del socio pubblico. Esso determina quindi in capo alle amministrazioni controllanti un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato che non possiede alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione; nel caso in cui gli enti locali soci siano più d'uno, dovrà essere garantito un controllo coordinato da parte degli stessi, tale da garantire l'espressione di forme di utilizzo e controllo unitarie, ancorché proveniente da distinti soggetti. Ciò deve avvenire non solo per il tramite degli organi della società cui i soci pubblici partecipano, ma, soprattutto, attraverso appositi organismi di coordinamento tra i vari soci pubblici, che svolgano il necessario controllo costituendo l'interfaccia con l'impresa pubblica controllata ed eserciti i poteri di direzione, coordinamento e supervisione del soggetto partecipato.

C) La competenza del Comune circa l'affidamento del servizio e l'approvazione della relazione ex art.34, c.20 DL 179 / 2012;

Il vigente art.34, cc.20 e 21 DL 179 / 2012 prevede quanto segue:

20. 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 e' effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che da' 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.

21. Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere ... pubblicando ... la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non e' 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.

Circa la competenza del Comune ad approvare la presente relazione, e quindi ad individuare la forma di gestione del servizio di raccolta dei rifiuti, in particolare della raccolta differenziata.

Il Comune è pertanto il soggetto competente ad individuare la forma di gestione dei servizi di raccolta dei rifiuti.

Si deve quindi innanzi tutto concludere che il servizio di raccolta differenziata deve essere oggetto della relazione ex art.34, c.20 DL 179 / 2012.

D) Forme di gestione dei servizi pubblici

La tumultuosa evoluzione normativo – giurisprudenziale recente e degli ultimi anni, afferente le forme di gestione dei servizi pubblici locali ed il servizio di manutenzione e gestione del verde pubblico, può essere riassunta come segue:

- è stato approvato il Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*); su alcune previsioni ex DLgs 50 / 2016 si ritorna nel prosieguo;
- è stata approvata la Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 Febbraio 2014, *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione* (di cui si vedano in particolare, a stabile supporto della tipologia di affidamento *in house*, il considerando n.46, l'art.13 - *concessioni aggiudicate a un'impresa collegata* - e l'articolo 12 - *esclusioni specifiche nel settore idrico*);
- con l'art.1 Legge 190/2014, con l'art.1 Legge 147/2013 e con l'art.13 DL 150/2013, successivamente al precedente intervento introdotto con lo stesso art.34, cc.20 e ss DL 179/2012 istitutivo della presente relazione, il legislatore torna ad interessarsi della materia dei servizi, delle attività e delle società pubbliche locali;
- la sentenza Corte Cost. 199/2012 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art.4 DL 138/2011, convertito in Legge 148/2011, ed anche delle modifiche ed integrazioni allo stesso apportate dall'art.9 Legge 183/2011, dall'art.25, c.1 DL 1/2012 convertito in Legge 27/2012, dall'art.53 DL 83/2012;
- il DPR 113/2011 ha abrogato l'art.23bis DL 112/2008 convertito in legge 133/2008, modificato ed integrato dall'art.15 DL 135/2009 convertito in Legge 166/2009, nonché ha abrogato il DPR 168/2010, regolamento di attuazione del citato art.23bis;
- l'art.12, c.1 ha abrogato l'art.113, cc. 5, 5-bis , 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater DLgs 267/2000.

Ad oggi ed alla luce di quanto sopra descritto, in materia di servizi pubblici locali in generale non sussiste un provvedimento di guida a livello nazionale, e non si può che far riferimento ai principi di derivazione comunitaria, cosicché le alternative per l'affidamento dei servizi risultano essere le seguenti:

- affidamento del servizio con procedura di evidenza pubblica ex art.164 e ss. DLgs 50/2016 ed art.30 e ss. Direttiva 2014/23/UE;
- affidamento del servizio a società mista con socio appaltatore ex artt 5, c.9 e 184 DLgs 50/2016;
- affidamento del servizio a soggetto interamente pubblico *in house*, ex artt 5 e 192 DLgs 50/2016, nonché ai sensi del citato n.46 e dell'art.12 della Direttiva UE 2014/23, affidamento 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 in prima battuta dalla storica sentenza Corte di Giustizia UE 18.11.1999, C-107/98, c.d. Teckal,

successivamente dall'art.113, c.5, lettera c) DLgs 267/2000, abrogato dall'art.12, c.1 DPR 168/2010, ma soprattutto come da citate norme ex DLgs 50/2016 di seguito richiamate.

E) Le caratteristiche delle società in house ex art t. 5 e 192 DLgs 50/2016; coerenza amministrativa e congruità economica.

Di seguito si riportano le norme in questione, con particolare riferimento all'approccio in house providing pluricomunale e, via via in tondo, alcuni riferimenti specifici per ASM SpA.

Art. 5 DLgs 50 / 2016 (Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico)

1. Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Al riguardo il Comune di Capitignano svolge il controllo analogo con altri comuni soci, tramite apposita convenzione approvata con deliberazione C.C. n. 22 del 20.12.2019;

b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o controllate altre persone giuridiche dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;

ASM SpA, rispetta detto limite come emerge dai documenti della società;

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

ASM SpA, è partecipata esclusivamente e solamente da Comuni; inoltre si rinvia all'analisi condotta alla lettera H) della relazione ex art.34, c.20 DL 179 / 2012, allegata alla deliberazione di Consiglio Comunale 22/2019, con riferimento all'art.5 del vigente statuto di ASM SpA (*proprietà pubblica necessaria ...*) ed all'art.8 (*gradimento*).

2. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. ...

....OMISSIS

4. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche in caso di controllo congiunto.

5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

Si rinvia alla lettera H) della relazione allegata alla deliberazione 22/2019, ai fini di apprezzare come, coerentemente con quanto sopra, l'art.10 dello statuto ASM SpA (*Assemblea*) e l'art.14 (*Consiglio di Amministrazione*) prevedano stringenti indirizzi obbligatoriamente da assegnarsi dai Comuni soci agli Amministratori, a che questi ultimi operino sotto lo stringente *controllo (analogo)* dei primi; inoltre, la convenzione per l'esercizio multi comunale del controllo analogo, cui si rinvia nel dettaglio, è stata approvata con deliberazione del Comune n. 22/2019; infine, il contratto di servizio contiene dettagliate descrizioni gestionali ed operative, cui si rinvia, previsioni di budget e report da ASM SpA a Comune con elevata frequenza, possibilità per il Comune di applicare sanzioni in caso di disservizi; sempre in base al contratto di servizio, il Comune è unico titolare delle decisioni afferenti le modalità di svolgimento del servizio sul proprio territorio.

Le caratteristiche di cui sopra afferenti l'approccio in house di ASM SpA risultano del tutto coerenti con quanto prescritto dalla giurisprudenza corrente in materia di cui a seguire lettera F).

7. Per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.

Si veda sopra al c.1, lettera b).

Art. 192 (Regime speciale degli affidamenti in house):

1. E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto.

2. La domanda di iscrizione consente all'amministrazione aggiudicatrice e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3.

Come da Comunicato del Presidente ANAC del 3 Agosto 2016, *Nelle more [della non ancora intervenuta istituzione dell'anagrafe da parte ANAC], tenuto conto dell'efficacia non costitutiva ma meramente dichiarativa dell'iscrizione (cfr. parere del Consiglio di Stato del 1° aprile 2016 n. 855), l'affidamento diretto alle società in house può essere effettuato, sotto la propria responsabilità, dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori in presenza dei presupposti legittimanti definiti dall'art. 12 della direttiva 24/2014/UE e recepiti nei medesimi termini nell'art. 5 del d.lgs. n. 50 del 2016 e nel rispetto delle prescrizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 192, a prescindere dall'inoltro della domanda di iscrizione.*

2. Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Circa la congruità, l'economicità, la qualità dell'offerta ASM SpA in materia di gestione del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento si rinvia alla **deliberazione di consiglio comunale** della quale la presente relazione è allegata.

Circa i risultati economico – finanziari di ASM SpA , ex art.1, cc. 551 e 552 Legge 147 / 2013, in estrema sintesi ed in prospettiva, per articolate percentuali e solo in caso di in capienza del patrimonio netto delle società partecipate, i Comuni soci dovranno accantonare a proprio bilancio le eventuali perdite di esercizio; l'ipotesi appare remota per ASM SpA, la quale mostra sequenze di risultati economici positivi per il passato, ed in prospettiva per il futuro in base ai propri strumenti di programmazione economico – finanziaria.

Circa gli obiettivi di universalità e socialità, si rinvia alla successiva lettera G).

3. Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione Trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di connessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162.

Il Comune provvederà alla pubblicazione degli atti afferenti il presente affidamento *in house providing*.

F) La giurisprudenza amministrativa corrente

La giurisprudenza amministrativa recente offre diversi spunti di interesse in relazione all'oggetto della presente relazione.

Circa la necessità di valutazioni comparative tra il modello in house e quantomeno la preesistente gestione, all'atto dell'affidamento.

L'affidamento in house non ha più carattere eccezionale ma anzi tutte le forme di gestione siano in effetti sullo stesso piano, e che lo stesso affidamento in house è ben motivato non solo a fronte della maggiore economicità, che pure sussiste, ma anche tenendo conto del fatto che, come da prosieguo per il rapporto tra il Comune di Capitignano ed ASM S.p.A., sussistono elementi di valutazione correlati al controllo analogo che l'ente può e deve esercitare sull'affidatario (diversamente da quanto avviene per altre forme di gestione).

i) Consiglio di Stato, Sez. V, 22/1/2015 n. 257

L'affidamento diretto, in house - lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, in house [può ricorrere] sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza.

ii) Consiglio di Stato, Sez. V, 8/2/2011 n. 854

La decisione di un Comune di ricorrere ad una società "in house" invece che ad un soggetto terzo deve essere effettuata, previa valutazione comparativa dei rispettivi servizi offerti.

La scelta di un Comune di non trasferire ad un soggetto terzo la funzione amministrativa atta a soddisfare la domanda relativa ad un pubblico servizio costituisce per la P.A. una facoltà legittima (come previsto dal Trattato CE), ciò non esclude che comunque la decisione di ricorrere ad una società "in house" in vece che ad un soggetto terzo debba essere effettuata, previa valutazione comparativa dei rispettivi servizi offerti. Posto che l'art. 113, V c., del D. Lgs. n. 267 del 2000, prevede che la gestione dei servizi pubblici locali avvenga secondo una delle alternative modalità ivi contemplate, tra cui quella che si sostanzia nel conferire il servizio a società a capitale interamente pubblico, e che il ricorso all'affidamento diretto è sempre consentito, alla sola condizione che sussistano i requisiti indicati nella

lett. c) di detto quinto comma, può convenirsi che non sia necessaria un'apposita ed approfondita motivazione di tale scelta, ma solo dopo che sia stata dimostrata non solo la sussistenza dei presupposti richiesti per l'autoproduzione, ma anche la convenienza rispetto all'affidamento della gestione del servizio a soggetti terzi, perché, in difetto, la scelta sarebbe del tutto immotivata e contraria al principio di buona amministrazione cui deve conformarsi l'operato della P.A.. Il principio che la scelta della forma di gestione per ciascun servizio deve essere effettuata previa valutazione comparativa tra le diverse forme di gestione previste dalle disposizioni in materia è applicabile non solo, nel caso di specie, nel Comune di Ceriale perché previsto dallo statuto, ma in generale ed ovunque ogni qualvolta debba essere effettuata la scelta tra il ricorso alle due forme di gestione di cui trattasi, anche se non espressamente previsto dall'art. 113 del D. Lgs. n. 267 del 2000, in ossequio al principio di buon andamento costituzionalmente previsto.

iii) Consiglio di Stato, Sez. VI, 11/2/2013 n. 762

Venuto meno l'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 per scelta referendaria, e dunque venuto meno il criterio prioritario dell'affidamento sul mercato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e l'assoluta eccezionalità del modello in house, la scelta dell'ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare la opzione tra modello in house e ricorso al mercato, deve basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire:

- *valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti;*
- *individuazione del modello più efficiente ed economico;*
- *adeguata istruttoria e motivazione.*

In particolare, nella proposta dell'ASM Spa acquisita dall'Ente, si specificano i requisiti tecnici come di seguito riportati:

“Il centro di raccolta rispecchiare i requisiti minimi essenziali previsti dalla normativa vigente ed in particolare dall'allegato I del DM 8/04/2008 e smi.

Il centro di raccolta vedrà lo stoccaggio dei rifiuti non pericolosi in due aree distinte. I rifiuti non pericolosi verranno stoccati all'interno di container scarrabili. Invece, i rifiuti pericolosi ivi incluso i RAEE saranno stoccati all'interno del fabbricato e protetti dagli agenti atmosferici.

Al fine di evitare rischi di sicurezza per l'utenza dovrà essere individuata sotto la tettoia del fabbricato una apposita area di conferimento dei rifiuti. Sarà cura degli operatori del centro trasferire i rifiuti nei luoghi ovvero nei contenitori allo scopo predisposti per lo stoccaggio degli stessi in attesa dell'invio agli impianti di recupero e/o smaltimento.

In base al D.M. il centro di raccolta costituito unicamente da cassoni scarrabili destinati a ricevere rifiuti non pericolosi di provenienza domestica deve rispettare solo i requisiti di cui ai punti: 1.1, 2.1, 2.2 punti b), d) ed e), 2.3, 3.1 punto a), 3.2, 4.1, 4.3, 5.1, 5.4, 5.9, 5.11, 5.12, 6.1, 6.3, 6.4 e 7 dell'allegato I.

In particolare il centro deve rispondere a quanto previsto dall'allegato I del DM ovvero:

Allegato I - Requisiti tecnico gestionali relativi al centro di raccolta dei rifiuti urbani e assimilati

Ubicazione del centro di raccolta

1.1. Il centro di raccolta deve essere localizzato in aree servite dalla rete viaria di scorrimento urbano per facilitare l'accesso degli utenti.

1.2. *Il sito prescelto deve avere viabilità adeguata per consentire l'accesso sia alle autovetture o piccoli mezzi degli utenti, sia ai mezzi pesanti per il conferimento agli impianti di recupero e/o smaltimento.*

Requisiti del centro di raccolta

2.1. *Il centro di raccolta deve essere allestito nel rispetto di tutte le norme vigenti in materia di tutela della salute dell'uomo e dell'ambiente, nonché di sicurezza sul lavoro.*

Le operazioni ivi eseguite non devono creare rischi per l'acqua, l'aria, il suolo, la fauna e la flora, o inconvenienti da rumori e odori né danneggiare il paesaggio e i siti di particolare interesse.

2.2. *Il centro di raccolta deve essere dotato di:*

a. adeguata viabilità interna;

b. pavimentazione impermeabilizzata nelle zone di scarico e deposito dei rifiuti;

c. idoneo sistema di gestione delle acque meteoriche e di quelle provenienti dalle zone di raccolta dei rifiuti;

d. recinzione di altezza non inferiore a 2 m;

e. adeguata barriera esterna, realizzata con siepi e/o alberature o schermi mobili, atta a minimizzare l'impatto visivo dell'impianto. Deve essere garantita la manutenzione nel tempo.

2.3. *All'esterno dell'area dell'impianto devono essere previsti sistemi di illuminazione e apposita ed esplicita cartellonistica, ben visibile per dimensioni e collocazione, che evidenzia le caratteristiche del centro di raccolta, le tipologie di rifiuti che possono essere conferiti, gli orari di apertura e le norme per il comportamento.*

2.4. *Deve essere redatto un piano di ripristino a chiusura dell'impianto al fine di garantire la fruibilità del sito, in coerenza con la destinazione urbanistica dell'area.*

Struttura del centro

3.1. *Il centro di raccolta deve essere strutturato prevedendo:*

a. zona di conferimento e deposito dei rifiuti non pericolosi, attrezzata con cassoni scarrabili/contenitori, anche interrati, e/o platee impermeabilizzate e opportunamente delimitate. Nel caso di deposito dei rifiuti in cassoni scarrabili è opportuno prevedere la presenza di rampe carrabili almeno per il conferimento di materiali ingombranti o pesanti;

b. zona di conferimento e deposito di rifiuti pericolosi, protetta mediante copertura fissa o mobile dagli agenti atmosferici, attrezzata con contenitori posti su superficie impermeabilizzata e dotata di opportuna pendenza, in modo da convogliare eventuali sversamenti accidentali ad un pozzetto di raccolta, a tenuta stagna; in alternativa ciascun contenitore destinato al conferimento dei rifiuti liquidi pericolosi deve avere una vasca di contenimento con capacità pari ad almeno 1/3 di quella del contenitore;

3.2. *Le aree di deposito devono essere chiaramente identificate e munite di esplicita cartellonistica indicante le norme per il conferimento dei rifiuti e il contenimento dei rischi per la salute dell'uomo e per l'ambiente.*

Modalità di conferimento e tipologie di rifiuti conferibili al centro di raccolta

4.1. *I rifiuti conferiti al centro di raccolta, a seguito dell'esame visivo effettuato dall'addetto, devono essere collocati in aree distinte del centro per flussi omogenei, attraverso l'individuazione delle loro caratteristiche e delle diverse*

tipologie e frazioni merceologiche, separando i rifiuti potenzialmente pericolosi da quelli non pericolosi e quelli da avviare a recupero da quelli destinati allo smaltimento.”.

G) Obblighi di servizio pubblico/universale ed affidamento in esclusiva del servizio di manutenzione e gestione del verde pubblico

Con riferimento agli obblighi di servizio pubblico ed universale in tema di servizio di manutenzione e gestione del verde pubblico, si consideri quanto segue.

Gli obblighi in questione, richiamati esplicitamente dall'art.34, c.20 DL 179/2012 sono correlati all'impossibilità di interrompere il servizio per ragioni di decoro pubblico (se non in alcuni casi igienico – sanitarie) e di qualità della vita nelle comunità locali.

Il fatto che il servizio di raccolta differenziata dei rifiuti, debba essere gestito in esclusiva (un ente pubblico affidante [nel caso di specie, il Comune], un affidatario unico per territorio e periodo di tempo [ASM SpA]) e non in regime di concorrenza totale (venir meno del ruolo di affidante da parte dell'ente pubblico, libero dispiego della concorrenza tra più gestori contestualmente operanti sul territorio) deriva dalle considerazioni che seguono.

Il servizio di raccolta differenziata dei rifiuti, appare caratterizzato, come già evidenziato, dall'accesso (come per la pubblica illuminazione e, ad esempio, per lo stesso spazzamento stradale) dell'operatore comunale, al fine di svolgere determinate operazioni; si tratta in tutta evidenza di un servizio per il quale l'esclusiva (unico operatore per Comune per periodo di tempo determinato) non può che essere mantenuta; solo l'ente proprietario del suolo, dei beni, ecc. può ordinatamente definire quale sia l'(unico) affidatario che si occupi del servizio; la concorrenza nel mercato (più operatori contestualmente sulla medesima area) non appare nemmeno concepibile, anche indipendentemente dal fatto che sia il Comune ad erogare il corrispettivo al concessionario del servizio.

Le prestazioni da eseguire sono in parte dettagliate nel contratto principale e per quanto concerne la raccolta differenziata, la società effettuerà gli interventi che verranno concordati annualmente da eseguirsi con le modalità indicate nella proposta tecnica.

H) Compensazioni economiche ed aiuti di Stato

Detto sopra della congruità economica dell'offerta ASM SpA, si consideri quanto segue in materia di compensazioni economiche/aiuti di Stato, come previsto si debba evidenziare alla luce dell'art.34, c.20 DL 179 / 2012:

In attuazione del pacchetto della Commissione UE di cui sopra in data 20.11.2012, è stato approvato il *Regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione del 25 Aprile 2012 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore («de minimis»)* concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale; quest'ultimo prevede tra l'altro che, all'art.2(Aiuti “de minimis”): 1. Sono considerati non corrispondenti a tutti i criteri dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, e pertanto esenti dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del trattato, gli aiuti concessi alle imprese per la fornitura di servizi di interesse economico generale che rispettano le condizioni stabilite ai paragrafi da 2 a 8 del presente articolo. 2. L'importo complessivo degli aiuti “de minimis” concessi a un'impresa che fornisce servizi di interesse economico generale non supera i 500 000 EUR nell'arco di tre esercizi finanziari.

Giacché il corrispettivo a fronte del contratto di servizio non configura certamente un aiuto di Stato, si ritiene di dover dare atto del fatto di non dover inoltrare alcuna segnalazione sul tema.

Infatti, il corrispettivo per la gestione del servizio è attinente esclusivamente a quest'ultimo, e non si rileva l'utilizzo gratuito, da parte di ASM SpA, di infrastrutture di proprietà comunale a titolo

gratuito (o situazioni analoghe), né il Comune eroga contributi a fondo perduto a supporto di ASM SpA ad altro titolo (ad esempio, per la realizzazione di impianti).

Inoltre, la compensazione (corrispettivo) per la gestione del servizio è effettivamente utilizzata per garantire il funzionamento del servizio di interesse economico generale afferente il servizio di raccolta differenziata, e non per operare su altri mercati in quanto, in quest'ultimo caso, essa costituirebbe un incompatibile aiuto di Stato; resta ferma invece la possibilità per l'impresa affidataria di conseguire ragionevoli margini di profitto, una volta coperti i costi variabili e fissi di gestione, compresi gli ammortamenti dei cespiti e delle infrastrutture, sostenuti per il funzionamento dello specifico servizio di interesse economico generale.

I) Conclusioni

Si può quindi dare atto del fatto che, in relazione ai precedenti punti della presente relazione, risultano affrontati e coerentemente soddisfatti, con riguardo all'affidamento del servizio di manutenzione e gestione del verde pubblico e dei servizi cimiteriali da parte del Comune ad ASM SpA, tutti i requisiti richiesti da normativa, giurisprudenza e prassi in materia di in house e di cui alla relazione ex art.34, c.20 DL 179 / 2012.