ALCUNE OSSERVAZIONI SULLA MODALITA' DI AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI GESTIONE INTEGRATA DEI RIFIUTI ALLA LUCE DELLE MODIFICHE IN CORSO (Schema del decreto correttivo del 12 ottobre 2006)

A cura della Dott.ssa Agnoletto Roberta

Lo schema del decreto correttivo del Codice dell'Ambiente approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 ottobre 2006 produce, a parere di chi scrive, argomenti di discussione anche in merito alla modalità di affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti, con importanti implicazioni relative alla tutela della concorrenza[1].

Una novità, tra le più significative, apportata dal Codice dell'ambiente è la previsione che l'affidamento a terzi dell'intero servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani debba avvenire mediante la **gara** (art. 202, c. 1). Tale gara dovrà essere indetta da un nuovo, costituendo, soggetto giuridico: l'Autorità d'Ambito.

Procedendo con ordine nella ricostruzione della disciplina, si ricorderà che **entro 6 mesi** dalla data di entrata in vigore della Parte IV (cioè entro il 31 ottobre 2006), dovevano essere delimitati gli Ambiti[2] e definite *forme* (convenzioni, consorzi) e *modi* (conferenze e accordi) di collaborazione tra gli enti locali compresi nell'Ambito (le Autorità d'Ambito), attività queste che spettano alle regioni, *ma sulla base delle linee guida statali* (art. 195, comma 1, lett. *m*) e *o*). Entrambi le disposizioni, statale e regionale, risultano ad oggi mancanti.

In effetti, se la delimitazione degli ATO poteva essere fatta anche con provvedimento amministrativo (la legge parla infatti di *provvedimento* da comunicare agli enti locali interessati: art. 200, co. 2), le forme e i modi di collaborazione, con l'espressa previsione (quindi l'obbligo) della costituzione dell'Autorità d'Ambito, richiedono una **legge regionale**, trattandosi di interventi sulle competenze degli enti territoriali. Ma l'attività legislativa delle singole regioni per sua natura non può dare

[1] Si rinvia, per una approfondita disamina sull'argomento a: *Le virtù della concorrenza, Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di C. De Vincenti e A. Vigneri, Il Mulino, 2006.

[2] La norma prevede una prima delimitazione degli ATO, che possiamo immaginare provvisoria salvo successiva conferma nel Piano territoriale. La delimitazione trova posto di norma nella pianificazione

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248

garanzia del rispetto dei tempi previsti e, nel caso che qui occupa, il Codice concede tempi troppo ristretti alle Autorità per organizzare il servizio e procedere all'affidamento dello stesso.

Sulla scorta delle normative regionali si deve procedere alla costituzione delle Autorità d'Ambito, un soggetto nuovo, dotato di personalità giuridica e rappresentativo di secondo grado (in quanto espressione delle singole autonomie locali). Anche se per la formale costituzione dell'Autorità non è previsto un termine, questo si deve desumere dai **9 mesi** (che decorrono sempre dall'entrata in vigore del Codice) concessi all'Autorità per disporre l'affidamento del servizio.

Ora come allora si deve rilevare, e questa volta nei fatti, l'incongruità della tempistica scandita dal legislatore, dato che ad oggi le Regioni non sono ancora intervenute con alcuna disciplina limitandosi ad alcuni indirizzi per le prime applicazioni del codice.

La nuova struttura organizzativa disegnata dal Codice porta novità di non poco conto che le aziende di settore sono chiamate a gestire: muta il loro futuro **referente soggettivo**, che non sarà più rappresentato dalle singole amministrazioni (comunali) e che alle stesse si sostituirà nell'intera gestione dei rifiuti urbani ed assimilati. All'Autorità, nello specifico, è demandata *l'organizzazione, l'affidamento e il controllo del servizio di gestione integrata dei rifiuti* (art. 201, c. 1) nonché l'elaborazione di *un piano d'ambito comprensivo di un programma degli interventi necessari, accompagnato da un piano finanziario e dal connesso modello gestionale ed organizzativo* (art. 203, c. 3). Ne deriva che il contratto di servizio sarà stipulato tra l'Autorità e il soggetto affidatario del servizio integrato come chiaramente precisato dall'art. 203, c. 1. Questo referente esclusivo dell'affidatario sarà un soggetto composto da una corposa componente **politica** (tanti quanti sono i Comuni ricompresi nell'ATO), ognuna portatrice di esigenze proprie e, da non escludere, a volte anche particolari per specificità (avendo riguardo al contesto territoriale piuttosto che alle dimensioni dell'ente specifico). Di converso, il gestore non coprirà cariche all'interno dell'Ente Autorità e non vedrà, nella propria compagine societaria, la presenza di alcun soggetto

regionale, per la quale alla Regione sono assegnati due anni. Nella prima applicazione della legge la

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248

politico. Tale commistione è un aspetto ben noto e discusso soprattutto nella gestione *in house*. Netta invece appare, quanto meno nel disegno normativo, la separazione tra le funzioni di governo (riconosciute all'Autorità, a garanzia prioritaria dell'unitarietà gestionale) e le funzioni di gestione (in capo al soggetto affidatario).

Ciò premesso, l'art. 202, c. 1 nello stabilire che l'Autorità d'ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante *gara*, precisa che la stessa deve essere disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'art. 113, c. 7 del d.lgs. 267/2000 c.d. Testo Unico degli Enti Locali. E' emersa fin da subito, quindi, la scomparsa della possibilità di scelta tra diversi modelli di gestione come consentito dal c. 5 dell'art. 113 del TUEL, sostituita dalla previsione della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del gestore.

Si ricordi che l'art. 113, c. 5, prevede che l'erogazione del servizio avvenga "secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio":

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico-privato, nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

c) a società a capitale interamente pubblico "a condizione che l'ente o 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";

rimettendo quindi al singolo ente la scelta sulla forma di gestione da utilizzare.

E, in particolare, proprio quest'ultima forma di gestione del servizio *ex* art. 113, c. 5, lett. c), il c.d. *in house providing*, ha animato un acceso dibattito, in quanto soluzione che più aggrada alle amministrazioni pubbliche (cui consente di evitare la procedura ad evidenza pubblica) ma, al contempo, dotata di funzione anti-concorrenziale e, quindi,

delimitazione è anticipata e quindi scorporata dal piano regionale.

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248

malvista dagli operatori economici privati, di fatto estromessi dal mercato di riferimento, nonché dall'ordinamento europeo, che tenta di restringerne l'applicazione.

Discostandosi dai criteri dell'art. 113, il nuovo Codice ammette una sola modalità di affidamento del servizio: una procedura pubblica per la scelta del gestore. Il legislatore, in sintesi, ha ritenuto che in questo settore esista un mercato dove operano soggetti economici, ed è quindi intervenuto a tutela di quel mercato e in definitiva della concorrenza (art. 117, c. 2, lett. e), Cost.)[3] creando per i rifiuti una disciplina differenziata (*rectius*: disciplina di settore) rispetto a quella ordinaria.

L'interpretazione qui esposta che, in sintesi, ritiene non utilizzabili nel settore dei rifiuti i tre modelli di cui all'art. 113, c. 5, parrebbe essere stata contraddetta dal recente *schema* di decreto legislativo correttivo del 12 ottobre 2006 nella parte in cui (art. 202, c. 1) ha sostituito il termine "*gara*" con il termine "*procedura*" e ha eliminato il riferimento al c. 7 dell'art. 113. Si tratta ora di verificare se è affettivamente così.

Diciamo subito che non si ritiene che questa modifica, contrariamente a quanto auspicato da alcuni[4], abbia modificato la novità (gara) apportata dal Codice dell'ambiente (anche se occorre precisare che lo schema correttivo accoglie le osservazioni formulate dalla XIII° Commissione permanente del Senato della Repubblica nel parere del 26 luglio 2006[5]). Infatti:

- non è la prima volta che il termine "*procedura*" viene utilizzato nella Parte IV del Codice in relazione alla modalità di gestione e affidamento del servizio rifiuti. Si veda l'art. 204, c. 3 relativo all'esercizio di poteri sostitutivi da parte della Regione o del Ministero in ipotesi di inattività dell'Autorità d'Ambito. Dispone la norma citata che qualora l'Autorità non adempia a quanto stabilito dall'art. 204, c. 1 e 2 il Presidente della Giunta nomina un commissario *ad acta*, il quale avvia entro 45 gg le "*procedure*"

[3] Cfr. sul punto le sentenze Corte Cost. 272/2004 nonché 29/2006. Per un approfondimento sui titoli della competenza legislativa statale in materia di rifiuti urbani vedi: A. VIGNERI, *La gestione dei rifiuti nel nuovo codice ambientale, con particolare riferimento ai rifiuti urbani*, in Astrid-Rassegna www.astrid-online,, 28 luglio 2006, n. 34 e in www.masterdirittoambiente.it - Convegni.

[4] M. G. Roversi Monaco, *I servizi pubblici locali tra continuità e nuovi affidamenti (la disciplina del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti), in www.giustamm.it*, n. 10-2006, pubblicato il 24/10/2006.

[5] Nel citato parere si legge: lett. n.) *assicurare l'unitarietà della gestione anziche l'unicità* (per le acque) *e fare riferimento all'art. 113 decreto legislativo 267/2000 e non ad un unico modello basato sulle gare, per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti (art. 202, c. 1)*

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248

di affidamento. Analogamente provvederà il Ministero in ipotesi di inattività del commissario;

- la correzione proposta dal decreto correttivo si riduce all'uso di un termine più adeguato nel contesto in cui è inserita. In sostanza, il termine *procedura* pare più appropriato, in luogo del riferimento alla gara, nell'art. 202, c. 1 che tratta, per l'appunto, della disciplina che dovrà essere applicata alla gara. E si rammenti che l'art. 201 prevede inequivocabilmente che l'affidamento sia disposto *nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale*, normativa relative unicamente all'*evidenza pubblica*, quindi solo limitatamente a questo aspetto.

L'intenzione del legislatore con tale modifica potrebbe, ragionevolmente, essere quella di aprire la strada alle differenti procedure consentite dal Codice degli Appalti (d.lgs. 163/2006);

- appare strano che, al di là della modifica in questione, si sia comunque conservato l'utilizzo del termine "gara" in molteplici altri punti (cfr. art. 198, c. 1; 202, c. 2; 203, c. 1).

Non vi sono dunque allo stato argomenti sufficienti per dire che nella versione dello *schema* sia stato richiamato l'articolo 113 del Tuel con la conseguenza che l'affidamento al gestore unico possa avvenire con una delle modalità del relativo comma 5.

Ancor meno è possibile sostenere che possa applicarsi il regime transitorio dell'art. 113. Lo impedisce la necessità di ripensare e riorganizzare interamente un nuovo servizio di gestione integrata dei rifiuti su base d'ambito con criteri di unitarietà, come richiesto dalla legislazione di settore. Questo aspetto, da solo, dovrebbe forse imporre l'individuazione di un *nuovo* gestore unico per tutto l'ambito così in grado si superare la frammentarietà fino ad oggi creata attraverso la costituzione di molteplici società *in house* e che nello spirito del Codice dell'ambiente può essere superata unicamente con la previsione della gara, quindi attraverso una modalità di individuazione del gestore pro-concorrenziale.

Si aggiunga per completezza, che l'art. 204, nel regolare il passaggio dalle gestioni esistenti al nuovo sistema, fa carico ai soggetti attuali gestori del servizio di continuarlo fino all'istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata dei

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248

rifiuti da parte delle Autorità d'Ambito. Dopo la completa costituzione del servizio integrato di darà corso alle operazioni per individuare il nuovo gestore che dovrà avere delle caratteristiche e qualità adeguate alla nuova dimensione e ai nuovi contenuti del servizio.

Si conclude rammentando che ciò non impedisce come precisato in sede di definizioni (art. 183) che il gestore del servizio possa ricorrere ad altre imprese, in possesso dei requisiti di legge, per lo svolgimento di singole parti del servizio, fermo restando il suo ruolo di unico referente della gestione e coordinatore delle imprese partecipanti.

Roberta Agnolotto

Pubblicato il 29 gennaio 2007

© Copyright riservato www.dirittoambiente.com - Riproduzione vietata
La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18-08-2000 n°248