

Deliberazione n. 53 Adunanza del 17 Giugno 2009

Oggetto: Indagine conoscitiva sul settore dei Servizi di Gestione Integrata dei rifiuti urbani.

Visto il D.Lgs. n. 163/2006;

Vista la Legge n. 22/97;

Visto il D.lgs. n. 267/2000;

Visto il D.lgs. n. 152/2006;

Visto l'art. 23 bis della legge n. 133/2008

Il Consiglio

Vista la sentenza 23 novembre 2007 n.401 della Corte Costituzionale che ha sancito che la potestà legislativa in materia di contratti pubblici va riconosciuta, in via generale, in capo allo Stato, ed è svolta nell'obiettivo principale della tutela della concorrenza.

Visto l'art. 6, comma 7, del D.lgs. 163/2006, ai sensi del quale l'attività di vigilanza svolta da questa Autorità sull'uniformità alle disposizioni legislative in materia delle procedure di scelta del contraente, anche sottosoglia, su tutto il territorio nazionale, risponde all'esigenza di garantire il rispetto della parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e trasparenza.

Vista la Deliberazione del Consiglio dell'Autorità n. 53 del 26 novembre 2008 con la quale è stato disposto di procedere ad un'indagine conoscitiva sullo stato del sistema di gestione integrata dei rifiuti da eseguirsi, a cura delle Direzioni Generali OSAM ed OSIT.

Vista la relazione della Direzione OSAM in data 3 aprile 2009 e relativi allegati.

Considerato in fatto

L'indagine, in considerazione delle competenze assegnate all'Autorità dall'art. 6, comma 7, del D.lgs. n. 163/2006, ha come obiettivo di verificare la legittimità degli attuali affidamenti *in house* ai soggetti gestori pubblici del servizio dei rifiuti urbani, affinché sia garantita la conformità alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia, anche con riferimento alle decisioni assunte dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza del 13 novembre 2008, causa C324/07, "sentenza Coditel".

Al riguardo, dai dati acquisiti dall'Autorità emerge che il sistema di gestione dei rifiuti urbani è caratterizzato da diverse criticità legate sovente alla mancata delimitazione degli Ambiti Territoriali Ottimali nonché alla mancata istituzione ed operatività delle Autorità d'Ambito entro i termini previsti dal Codice Ambientale.

A seguito di una preventiva attività di analisi del quadro normativo e di studio orientativo della realtà della gestione dei rifiuti urbani nel nostro Paese, anche attraverso la lettura della documentazione di settore disponibile, sono state individuate due categorie di soggetti a cui richiedere due diversi insiemi di dati informativi: le Regioni / Province autonome ed i Comuni capoluogo di provincia .

Le Regioni sono state identificate come i soggetti a cui richiedere le informazioni funzionali alla verifica dell'attuazione del Codice dell'Ambiente in materia di rifiuti urbani. In particolare, sono state valutate come rilevanti, ai fini dell'indagine, le informazioni relative ai seguenti aspetti:

- delimitazione degli ATO;
- istituzione delle Autorità d'ambito;
- redazione dei piani d'ambito;
- modalità di individuazione del gestore unico;
- valore economico dei contratti stipulati.

I Comuni capoluogo di provincia sono stati individuati invece come i soggetti a cui richiedere i dati informativi relativi alle realtà territoriali dove non è ancora applicato il Codice.

Lo studio svolto sui servizi di gestione dei rifiuti ha confermato quanto emerso dall'attività conoscitiva di ordine generale circa la frammentazione dei servizi, sebbene siano trascorsi più di dieci anni dall'entrata in vigore delle disposizioni normative (Decreto Ronchi) finalizzate ad ottimizzare la gestione dei servizi relativi ai rifiuti definendo, in ciascuna Regione, gli ambiti territoriali ottimali.

La normativa in questione, rivisitata ed aggiornata nell'aprile 2006 con il Codice dell'Ambiente non ha ancora trovato completa applicazione per quanto riguarda la delimitazione degli ATO, infatti all'attualità ne risultano delimitati un numero esiguo.

Dall'indagine svolta è emerso che il servizio dei rifiuti risulta frammentato non soltanto dal punto di vista territoriale, ma anche nella gestione delle varie tipologie di servizio (raccolta rifiuti, pulizia delle strade, smaltimento).

Tale panorama risulta in contrasto con le indicazioni del Codice dell'ambiente che orienta le varie fasi del ciclo dei rifiuti verso una gestione unitaria.

Inoltre, dall'esame dei dati inviati dai Comuni capoluogo di provincia emerge che tali servizi risultano essere affidati nella maggior parte dei casi a società comunali con la formula dell'*in house providing* come sotto specificato:

Raccolta rifiuti				
Casi esaminati	Affidamento in house	Società mista con socio scelto mediante gara	Appalto	Altro
45	28 (63,6%)	9 (20,5%)	5 (11,4%)	3(4,5%)
Pulizie strade				
Casi esaminati	Affidamento in house	Società mista con socio scelto mediante gara	Appalto	Altro
44	28 (61,9%)	9 (21,4%)	6 (14,3 %)	1 (2,4%)
Smaltimento rifiuti				
Casi esaminati	Affidamento in house	Società mista con socio scelto mediante gara	Appalto	Altro
47	25 (53,2%)	10 (21,3%)	4 (8,5%)	8 (17,0%)

Totale modalità di affidamento dei servizi di pulizia, raccolta e smaltimento				
Casi esaminati	Affidamento in house	Società mista con socio scelto mediante gara	Appalto	Altro
136	81 (59,6%)	28 (20,6%)	15 (11,0%)	12 (8,8%)

Considerato in diritto

1. Il Decreto Legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 c.d. decreto Ronchi con il quale sono state recepite in Italia alcune direttive comunitarie in materia di rifiuti, aveva chiaramente stabilito che la gestione dei rifiuti costituiva attività di pubblico interesse. Invero, l'art. 23, comma 1 aveva previsto l'individuazione di Ambiti Territoriali Ottimali al cui interno fosse assicurata la gestione "unitaria" dei rifiuti urbani, al fine del superamento della frammentazione delle gestioni e dell'affermazione del principio di autosufficienza territoriale e di prossimità.
2. Il D. lgs. 152/06 e s.m.i. (c.d. Codice ambientale) (come modificato dal decreto legislativo 16 gennaio 2008, n.4), ha abrogato il D.lgs. 22/1997, recependone le disposizioni, ed ha introdotto le significative novità alla preesistente disciplina in materia di gestione dei rifiuti urbani, organizzandola, all'interno di singoli Ambiti Territoriali Ottimali, in modo da superare la frammentazione delle gestioni attraverso il "servizio di gestione integrata dei rifiuti". In particolare, la competenza in materia di gestione integrata dei rifiuti e di affidamento della gestione passa dai Comuni all'Autorità d'Ambito, inteso unico soggetto, dotato di personalità giuridica, cui gli Enti locali partecipano obbligatoriamente. L'Autorità d'Ambito diventa il soggetto preposto all'indizione ed all'espletamento della gara ad evidenza pubblica per l'individuazione dell'operatore economico che dovrà gestire il servizio (art. 201, comma 1, D. lgs. 152/2006). Inoltre, viene separato il governo dalla gestione dei rifiuti e viene introdotta una disciplina settoriale per l'affidamento dei servizi, che mira alla tutela della concorrenza prevedendo l'obbligo della gara. In merito, l'art. 202, comma 1, del D. lgs. 152/2006, come modificato dal d. lgs. n. 4/2008, sancisce che "l'Autorità d'ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267"… la norma fa espresso riferimento all'art. 113, comma 7 del D. lgs. 267/2000, c.d. TUEL, escludendo, quindi, la possibilità di scegliere tra le diverse modalità di affidamento come previsto dall'art. 113, co. 5, TUEL. In particolare, non è più possibile ricorrere all'affidamento *in house*. Ciò in quanto per il legislatore il settore dei contratti pubblici relativi al servizio di gestione dei rifiuti rappresenta un mercato in cui operano più soggetti e al cui interno va tutelata la concorrenza, attraverso il ricorso alla procedura a devidenza pubblica. Il Codice, dunque, ammette una sola modalità di affidamento del servizio, ritenendo 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, creando per i rifiuti una disciplina di settore diversa rispetto a quella ordinaria.
3. Sulla stessa linea si collocano le disposizioni dell'art. 23-bis del D. l. n. 112/2008, convertito nella legge n. 133/2008, che impongono "... in ogni caso, entro lo data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica",

4. la disciplina transitoria è regolata dall'art. 204 del Codice Ambientale, in base al quale i gestori attuali esercitano il servizio fino all'istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte delle Autorità d'ambito, nel senso che le vecchie gestioni proseguono fino all'affidamento ai nuovi gestori, come specificato dall'art. 198 "sino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblico indetto dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'art. 202, i Camuni continuano lo gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati al/a smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'art. 113, comma 5, decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267". Tale disposizione ha ipotizzato una rapida attuazione del nuovo sistema (31.01.2007), ma i termini previsti dal Codice non sono stati rispettati, pertanto le gestioni in economia e le gestioni dirette, svolte attraverso società *in house*, continuano in regime di proroga *ex lege*, a condizione che si tratti di gestioni in essere nell'aprile 2006.
5. In merito agli affidamenti *in house* va evidenziato come, nel corso degli anni, la giurisprudenza comunitaria sia stata concorde nel ribadire il carattere derogatorio, eccezionale e transitorio della gestione *in house* e, dal momento che questa costituisce una deroga alle regole di evidenza pubblica, abbia subordinato il ricorso alla stessa alla necessità che l'ente pubblico eserciti sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che il soggetto gestore svolga l'attività prevalente in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

Appaiono, inoltre, con riferimento all'argomento dell'indagine, rilevanti le decisioni assunte dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza del 13 novembre 2008, causa C-324/07, "sentenza Coditel", con cui è stata affrontata la questione del controllo analogo nel caso in cui questo debba essere esercitato da associazioni intercomunali, cioè da più comuni associati per perseguire determinate finalità di interesse comune.

In base a quanto sopra considerato,

il Consiglio

delibera:

- di aprire un procedimento istruttorio volto alla ricognizione delle disfunzioni nella gestione integrata dei rifiuti, con particolare riferimento alla verifica della legittimità degli attuali affidamenti *in house* ai soggetti gestori, affinché sia garantita la conformità alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia.
- l'intero procedimento dovrà essere completato entro il 30 novembre 2009;
- di dare comunicazione dell'apertura dell'istruttorio alle parti mediante pubblicazione del presente provvedimento sul sito dell'Autorità;
- di nominare responsabile del procedimento dott.ssa Antonella Cirillo dirigente presso la Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra; Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 Luglio 2009

Il Segretario: Maria Esposito