OCCORRE (CON CORAGGIO) FARE UN PO' DI ORDINE SULLA COSIDDETTA PROROGA "*EX LEGE*" DI CUI ALL'ART. 204 DEL D.LGS. 152/2006

di Alberto PIEROBON

già Dirigente e ViceSegretario Generale Enti Locali
già Dirigente e Direttore Generale Azienda Pluricomunale di Servizi Pubblici Locali
Studio di consulenza Bellesia Pierobon

Speciale ambiente - La Gazzetta degli Enti Locali

Il rinfocolarsi della discussione: il "pretesto" della sentenza T.A.R. Campania.

Com'è noto, una recente pronuncia del T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 2 agosto 2007, n. 7229 è intervenuta, tra altro, sulla cosiddetta proroga *ex lege* di cui all'art.204 del codice ambientale, rinfocolando un dibattito-diatriba che si trascina da tempo, invero implicando fondamentali scelte strategiche, con sottostanti rilevanti interessi non solo di ordine economico.

Riteniamo qui, brevemente, svolgere alcune considerazioni " a caldo", mentre per altre analisi (fermo restando gli approfondimenti in corso[1]) ci sia consentito rinviare:

a) sull'ambito territoriale ottimale, sull'Autorità d'ambito, sulla riorganizzazione dei servizi pubblici di cui trattasi allo scritto "Forme di cooperazione e autorità d'ambito in materia di rifiuti nella legislazione nazionale e della regione Veneto" pubblicato nella rivista "Il diritto della Regione", Cedam, Padova, n.1-2 gennaio-aprile 2005;
b) sull'analisi dei servizi coperti da privativa comunale al volume "Diritto ambientale (dei rifiuti) internazionale, comunitario, nazionale e regionale", Prime Note-Arial, Livorno 2004;
c) sulla problematica dello "*in house*" all'intervento "L'affidamento "*in house*" in materia di gestione dei rifiuti alla luce del nuovo T.U. ambientale: prime considerazioni" in questa rivista del 19 giugno 2006;

Anzitutto, occorre riprendere le affermazioni, rilevanti *in parte qua*, del prefato T.A.R. Campania:

a) sul comma 1 dell'art.204, il quale " si presta a interpretazioni divergenti, a seconda che l'accento logico venga posto sull'uso del verbo continuare, o sulle preposizioni "fino alla": nel primo caso, può apparire che la legge voglia estendere la durata delle gestioni anche al di là della loro scadenza naturale ("*continuano* a gestirlo"), ed è in questo senso che la ricorrente la intende; nel secondo caso, può ritenersi che il legislatore abbia voluto al contrario porre un termine finale, oltre il quale le gestioni esistenti, ancorché affidate per una durata maggiore, debbano comunque cessare. Quest'ultima è l'interpretazione corretta, una volta calata la norma nel suo contesto. Essa non prolunga, a tempo potenzialmente indeterminato, la durata delle gestioni esistenti alla data del 29 aprile 2006, ma ne sancisce la cessazione, anche anticipata, al momento dell'istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte delle Autorità d'Ambito";
b) infatti "L'istituzione delle Autorità d'ambito produce *ex lege* il trasferimento al nuovo ente delle competenze in materia di organizzazione, affidamento e controllo della gestione integrata dei rifiuti";
c) più esattamente "La disciplina transitoria è contenuta nell'art. 198 ("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

[1] Sia sulla problematica dello "*in house*", sia sul nuovo assetto di compenteze conseguenti alle correzioni al codice ambientale, sia sulla questione della redazione e indizione della gara per il sistema integrato di gestione dei rifiuti, e sue conseguenze su plurimi versanti (del piano economico-finanziario, della tariffazione, della contrattualistica, del mercato, della concorrenza, della privativa, eccetera).

rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267") e nell'art. 204, dedicato alle "Gestioni esistenti"" il cui comma 1, stabilisce che "i soggetti che esercitano il servizio, anche in economia, alla data di entrata in vigore della parte quarta del presente Decreto, continuano a gestirlo fino alla istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte delle Autorità d'Ambito";

d) "cosicché l'affidamento e l'avvio della gestione integrata appaiono incompatibili con la sopravvivenza di gestioni parziali preesistenti, si tratti o meno di gestioni dirette, *in house* o affidate a terzi".

L'attività di gestione e la privativa: cenni

Giova rammentare, sempre pei fini che qui interessano, che la gestione dei rifiuti è, in buona sostanza, l'attività di pubblico interesse costituita da un ciclo integrato, dove produzione, raccolta, trasporto, recupero e smaltimento, ma pure lo spazzamento, l'attività di bonifica di siti, e l'applicazione della tariffa (in luogo della t.a.r.s.u.), il controllo, eccetera, diventano fasi essenziali della gestione dei rifiuti.

E' importante altresì evidenziare l'esistenza di un regime di privativa la cui titolarità all'attuale spetta ai Comuni e che, per i rifiuti urbani la privativa riguarda le fasi di raccolta, trasporto e smaltimento e, dall'01/01/2003, non più il recupero[2].

Per essere molto sintetici, ma efficaci, anche se col rischio di essere "processati":

a) per i rifiuti assimilati la privativa concerne solo la fase dello smaltimento;
b) per i rifiuti speciali vige invece il regime di concorrenza.

Come è a conoscenza degli operatori del settore, quello che soprattutto interessa, per parodiare un termine in voga in altri (più nefasti) ambiti, i "*Lordwaste*", i "signori dei rifiuti", sono gli impianti e una sorta di fagocitante "controllo" dei flussi.

Estremizzando, il servizio di raccolta può servire in tanto in quanto esso risulti essere funzionale o ancillare al sistema di gestione dei rifiuti[3], ma, com'è noto, il vero *business* risiede nell'impiantistica (che garantisce stabilità, consolidamento e rendite para-monopolistiche ai concessionari) e nella gestione (o nel potere di condizionare la gestione) del complessivo sistema (integrato) dei rifiuti.

2 Il previgente art.21, comma 7 del d.lgs. 22/1997 come modificato dall'art.23 della Legge 31 luglio 2002, n.179 "la privativa di cui al comma 1 non si applica alle attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati a far data dal 01 gennaio 2003". Che esista ancora la privativa è confermato dalle modifiche anzitempo intervenute con l'art.21, comma 7° del D.lgs. 22/1997, la quale disposizione, come appena notato, affermando che la privativa non esiste più sull'attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati, non fa altro che confermare, da un lato, come prima essa privativa esistesse, dall'altro che la privativa "copre" le altre fasi dei servizi. Sul regime attuale (del codice ambientale) si veda in prosieguo di trattazione.

3 Per esempio come flusso di "alimentazione" di rifiuti agli impianti, i quali devono "mangiarli" secondo certe quantità e qualità (omogenee), pena diseconomie o mancate ottimizzazioni tecnico-economiche dei medesimi impianti: in tal senso il servizio di raccolta potrebbe agire ricorrendo a diverse tipologie di rifiuti (più appetibili) o ad ulteriori (maggiori) quantità, per esempio tramite intercetto (e convenzionamento) di utenze fuori privativa, a tacere di altre forme illegittime, per esempio utilizzando illegalmente le stazioni di travaso, facendo leva sulle alchimie di volume che vengono convertiti, in un certo modo, in maggiori quantità di rifiuti, oppure ancora nella commistione-miscelamento di diverse tipologie di rifiuti, e, ancora, coll'imputazione al sistema pubblico di costi imputabili ad altri soggetti, infine, con l'introiettamento di ricavi occulti od opacizzati, eccetera.

Speciale ambiente, La Gazzetta degli Enti Locali

L'obbligo di affidamento con gara degli appalti di servizi: in via generale.

Come ognun sa, la normativa previgente al codice ambientale, in linea generale, imponeva agli Enti locali l'affidamento dei servizi in materia di rifiuti, in particolare di quello relativo alla raccolta e al trasporto di r.s.u. e dei r.a., solamente tramite procedure di evidenza pubblica e utilizzando la normativa degli appalti di servizi: sostanzialmente,come quasi sempre ricorre (considerando la pluriennalità dell'appalto, il maggior costo di siffatti servizi, la numerosa presenza di personale, la tecnologia sempre più evoluta, i costi assicurativi, fideiussori, di carburante, di manutenzione, eccetera) trova luogo l'applicazione della normativa sugli appalti pubblici di servizi cosiddetta sopra soglia Ue.

Ragion per cui gli enti locali che hanno in essere un appalto di servizi debbono, per tempo, procedere all'espletamento della gara per l'affidamento del medesimo servizio per il periodo successivo alla scadenza del contratto in essere, in quanto la vigente normativa non consente una mera trattativa privata con l'appaltatore del servizio per il rinnovo, né per la proroga del rapporto contrattuale per un ulteriore anno, né per un periodo maggiore (art. 113 t.u.e.l.; artt. 4 e 7 d.lgs. n. 157/1995; art. 6 l. n. 537/1993; art. 23 l. n. 62/2005).

D'altra parte se, nelle varie realtà, pur ci si appella a specifiche pattuizioni contrattuali e/o previsioni del CSA (Capitolato Speciale d'Appalto) inserite negli appalti in scadenza, prevedenti la proroga del rapporto per il tempo necessario all'individuazione del nuovo affidatario (in considerazione del principio della continuità dei servizi pubblici essenziali) non è meno vero che la *ratio* sottesa a siffatte clausole sembra consentire una proroga di breve durata e, si badi, per il tempo strettamente necessario al perfezionamento della gara e/o del contratto con il nuovo appaltatore.

Le società strumentali dei Comuni e l'affidamento dei servizi in materia di rifiuti: cenni.

Conviene osservare come l'insegnamento giurisprudenziale abbia ripetutamente messo in luce che le aziende speciali [4] si atteggiano come enti strumentali e soggetti istituzionalmente dipendenti dagli enti locali e con essi legate da vincoli tanto stretti (sotto i profili della formazione degli organi, degli indirizzi, dei controlli e della vigilanza) da farle ritenere un elemento del sistema organizzativo degli enti stessi: tant'è che, pur con l'accentuata autonomia derivante dall'attribuzione della personalità giuridica, che ne implica comunque non tanto la trasformazione in soggetti di diritto privato, bensì la loro configurazione come nuovi centri d'imputazione dei rapporti giuridici, distinti dagli enti territoriali e con propria autonomia decisionale, esse mantengono i propri connotati pubblicistici e, quindi, ogni negoziazione che le riguarda resta regolata dal diritto pubblico: da provvedimenti amministrativi e da deliberazioni, attraverso i quali si concretizza, in forma procedimentale, la volontà degli enti che precede la conclusione dei negozi.

Incidentalmente, va segnalato come la giurisprudenza abbia evidenziato che l'utilizzo del modello societario, anche in gestione associata del servizio da parte di più comuni, presuppone che l'ente pubblico, sebbene non possa essere singolarmente titolare del pacchetto di maggioranza, in ragione della ripartizione paritaria del capitale sociale con gli altri enti pubblici, possa comunque esercitare insieme agli altri, un'effettiva forma di controllo sulla società affidataria, posto che sarebbe diversamente obliterata l'essenziale esigenza di una verifica sulla gestione, che non sia meramente nominale e corrisponda direttamente all'interesse pubblico perseguito mediante la detta partecipazione azionaria; di tal che l'acquisizione di una minima quota del capitale sociale della

[4] Anche tramite il modello consortile o quello societario di gestione in forma associata.

Speciale ambiente - La Gazzetta degli Enti Locali

società non autorizza l'ente locale ad affidare direttamente alla società partecipata la gestione del servizio pubblico, ma necessariamente impone di dar corso all'espletamento della gara pubblica preordinata al confronto concorrenziale.

Si badi che, generalmente parlando, una società strumentale di altri enti (Comuni, Consorzi, eccetera) ovvero terza, si atteggia come ogni altra società commerciale operante nel mercato: vuoi ai fini dell'affidamento del servizio di gestione dei rsu-rsa (e segnatamente della fase del recupero) che ai fini degli appalti pubblici di servizi, il che rileva ai fini della procedura di affidamento di evidenza pubblica da rispettare con i soggetti terzi, fermo restando la peculiarità del rapporto (tramite contratto di servizio) instaurato con l'ente (o gli enti) locale di riferimento.

I Comuni (e loro modelli organizzativi) e la costituzione dell'Autorità d'Ambito: necessità della previsione normativa e/o sociale.

Anche qua, in via generale, occorre notare come sia la costituzione, che l'estinzione degli enti pubblici non può che avvenire se non per legge o, in taluni casi, con atti amministrativi, oppure ove si realizzino le condizioni contemplate dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Va anche detto come, solitamente, e più logicamente, deve essere legislativamente o amministrativamente prevista la soppressione degli enti alla quale fase, prima dell'estinzione, succede una fase di liquidazione.

La giurisprudenza ha altresì più volte affermato che "ove una norma specifica non provveda compiutamente, il fenomeno dell'estinzione e della successione di una persona giuridica pubblica è regolato dai principi generali tratti, rispettivamente e nell'ordine, dalle norme di diritto pubblico che regolano casi simili e analoghi e costituiscono nel loro insieme il sistema giuridico singolare delle persone giuridiche pubbliche; dalla disciplina dettata dagli artt. 27, 34 c.c. per le persone giuridiche private; dalla disciplina, infine, posta dal c.c. per regolare la successione *mortis causa* delle persone fisiche", talché l'ente pubblico, così come avviene per le associazioni e le fondazioni private, allorché viene estinto entra nella fase della liquidazione nella quale, si badi bene, gli amministratori nulla possono fare, nel senso che possono svolgere solamente attività di mera gestione per la liquidazione del patrimonio, perché essi amministratori, altrimenti, rispondono a titolo personale delle azioni svolte[5].

Problematiche emergenti: il passaggio delle strutture e del personale: cenni.

Per quanto riguarda la questione dell'eventuale passaggio delle strutture e del personale dalle attuali Autorità d'Ambito, al di là di quanto previsto (solamente per i beni e gli impianti) dalla più volte citata l.r. V. , ben può trovare applicazione l'art.2112 del codice civile (con le procedure di informazione e di consultazione previste dall'art.47, commi 1-4, della legge 428/1990.

In pratica, in sede deliberativa della Conferenza d'Ambito approvativa della forma di Consorzio e quindi anche della Convenzione e dello Statuto - nel presupposto della successione *in toto* alle funzioni dell'ente preesistente - sarà quantomeno opportuno dare atto che tutti i contratti di lavoro stipulati dagli Enti locali, o dai Consorzi di Bacino o strumentali che siano, continuino con il

[5] Infatti l'art.29 del Codice Civile, titolato "Divieto di nuove operazioni" così recita: "Gli amministratori non possono compiere nuove operazioni, appena è stato loro comunicato il provvedimento che dichiara l'estinzione della persona giuridica o il provvedimento con il quale l'autorità, a norma di legge, ha ordinato lo scioglimento dell'associazione, o appena è stata adottata dall'assemblea la deliberazione di scioglimento dell'associazione medesima. Qualora trasgrediscano a questo divieto, assumono responsabilità personale e solidale".

Speciale ambiente - La Gazzetta degli Enti Locali

costituendo A.T.O. (soprattutto ove si scelga la forma del Consorzio rispetto a quella della Convenzione), conservando ai lavoratori i diritti che ne derivano, appunto anche ai sensi e per gli effetti dell'art.2112 C.C., la quale ultima disposizione, si badi, è anche stata richiamata dall'art.31 del d.lgs. 30 marzo 2001, n.165 recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche".

La tematica, come già osservato, è riconducibile a quella del rapporto di successione fra enti pubblici, che va quindi disciplinata per legge: sarà poi lo statuto della Convenzione o del Consorzio a stabilire se si tratta di una successione a titolo universale o particolare.

Necessari interventi legislativi (regionali) sul regime transitorio e sugli appalti in essere.

Per dare chiarezza a questa problematica di transizione, la quale, come ognun veda, risulta essere di assoluto rilievo sotto il profilo operativo, economico e contrattuale per gli Enti Locali, sarebbe quantomeno opportuno un intervento regionale in materia.

In effetti quali esempi (non recenti) possiamo citare i seguenti:

a) la legge regionale Friuli-Venezia Giulia per l'istituzione dell'autorità d'ambito (22/2004) che prevede la transizione dal vecchio al nuovo regime "stabilendo che la soppressione degli enti preesistenti avvenga solo dopo che l'Autorità d'Ambito abbia effettivamente preso in carico il servizio di gestione dei rifiuti urbani. Viene stabilito, inoltre, che le concessioni e i contratti di servizio vigenti con gli enti di bacino giungano alla loro naturale scadenza. Questa, però, non potrà assolutamente essere successiva alla data del 31 dicembre 2006" [6];

b) l'art.16-*bis* della l.r.Veneto 3/2000, ancorché novellata dalla l.r. V. 22/2004, disciplinate degli opportuni "passaggi" tra gli attuali Enti di Bacino regionali e gli A.T.O., ma che pur tuttavia sembra essere abbisognante di talune modifiche[7] circa il periodo transitorio, in particolare sulla regolamentazione per gli appalti e le concessioni in essere o in scadenza, ovvero la previsione dell'eventuale inserimento di clausole nella documentazione di gara che consentano di evitare traumatiche situazioni di "subentro" tra i gestori, con inevitabili riflessi di ordine non solo economico (connessi all'eventuale conclusione anticipata del rapporto: riscatto di impianti, indennità, eccetera), ma pure tecnico- organizzativo, tali da garantire il mantenimento del *know how* e degli standard quali-quantitativi dei servizi orami acquisiti;

c) gli artt.55[8] e 12[9] della L.R. Lombardia 12 dicembre 2003, n.26 che disciplinano invece, e

[6] così G.L. SPITELLA, Sui rifiuti svolta di Autorità, Il Sole 24 ore, Nord Est, del 01/12/2004.

[7] In proposito si rinvia alle osservazioni contenute nello scritto "Forme di cooperazione e autorità d'ambito in materia di rifiuti nella legislazione nazionale e della regione Veneto" cit..

[8] L'art.55 reca le (Norme transitorie), si riportano i commi rilevanti ai fini della presente trattazione: " 1. I regolamenti regionali, con i quali si dà attuazione alle disposizioni del titolo I, sono approvati entro dodici mesi dall'entrata in vigore della presente legge. 2. Gli enti locali adeguano, entro i successivi dodici mesi, il rapporto esistente con l'erogatore del servizio, integrandolo con le indicazioni di cui all'articolo 6. L'erogatore adotta, entro i successivi trenta giorni, la carta dei servizi. 3. Per le gare bandite entro il 31 dicembre 2006, i relativi bandi e disciplinari possono contenere l'impegno per l'aggiudicatario di proporre l'associazione del gestore uscente nell'erogazione di specifiche componenti del servizio affidato, alle condizioni risultanti dall'offerta presentata in sede di gara. L'offerta illustra le modalità di coinvolgimento nel servizio del gestore uscente ed indica la soluzione individuata per l'eventualità di rigetto, da parte di questi, della proposta di associazione nella gestione. Tali modalità sono considerate quali fattori premianti per l'aggiudicazione della gara. Le condizioni dell'accordo raggiunto con il gestore uscente sono riportate nel contratto di servizio.".

Speciale ambiente La Gazzetta degli Enti Locali

molto opportunamente, gli aspetti *de quibus*, ivi comprese le forme indennizzanti agli appaltatori "uscenti".

La gestione integrata dei rifiuti (per tipologia e per fasi) nel vigente codice ambientale.

Tra altre disposizioni, per economia del presente intervento, basti qui richiamare l'art.195 (competenze dello stato) del codice ambientale il quale, alla lettera "m", del comma primo, tra le competenze statali annovera la **"**determinazione di criteri generali, differenziati per i rifiuti urbani e per i rifiuti speciali, ai fini della elaborazione dei piani regionali", delle linee guida per l'individuazione degli A.T.O. eccetera.

Nelle osservazioni rese nel parere della VIII ^ Commissione Camera Deputati sullo schema del decreto, sul punto è stato voluto "specificare che tali criteri dovranno essere distintamente elaborati per i rifiuti urbani e per i rifiuti speciali, anche al fine di evitare la impropria estensione anche ai rifiuti da attività produttive dei principi che governano la gestione dei rifiuti urbani (cosiddetta ''bacinizzazione'')".

Si veda altresì l'art.198 (competenze dei comuni) dove al primo comma viene previsto che i comuni "concorrono nell'ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali" con le modalità previste all'art.200 "alla gestione dei rifiuti urbani e assimilati".

Il legislatore governativo, anche con l'endiadi utilizzata, ha automaticamente esteso la disciplina di gestione dei rifiuti urbani ai rifiuti (assimilabili divenuti) assimilati ovvero equiparati agli urbani ai fini tecnologici, giuridici e fiscali, anche se vanno tenute presenti altre espresse o diverse specificazioni; quali per esempio, quella contenuta in materia di esonero del formulario di cui all'art.193 ,e, soprattutto, va fatta salva la distinzione, in particolare per le sue ricadute gestionali e amministrative, tra rifiuto urbano e rifiuto assimilato (nelle varie fasi) ai fini del regime di privativa.

Tanto assume maggior peso ove si consideri il principio di tassatività delle fattispecie penali in particolare quelle conseguenti da comportamenti illeciti nella gestione dei rifiuti.

Ed è interessante notare, ai nostri fini,anche la dianzi citata seconda parte del comma primo dell'art.198 ove "Sino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'art.202, i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267".

Si noti che qui la privativa riguarda la gestione dei rifiuti urbani e assimilati "avviati allo smaltimento": non avviati al "recupero", la quale ultima attività dovrebbe quindi intendersi

[9] "Art.12 (Disposizioni particolari) - 1. Ferme restando specifiche disposizioni contenute nelle leggi statali, le erogazioni di servizi già affidate con procedure diverse dall'evidenza pubblica proseguono fino alla scadenza stabilita e comunque non oltre il 31 dicembre 2006, differibile alle condizioni indicate dall'articolo 113, comma 15 bis, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). 2. Nell'ipotesi di cui al comma 1, in caso di mancata accettazione della proposta di associazione di cui all'articolo 55, comma 3, al gestore uscente è riconosciuto un indennizzo, a carico del gestore entrante, calcolato nel rispetto di quanto stabilito nelle convenzioni o nei contratti, e, per quanto non desumibile dalla volontà delle parti, con i criteri di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 24 del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578 (Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province). Resta sempre esclusa la valutazione del mancato profitto derivante dalla conclusione anticipata del rapporto di gestione".

Speciale ambiente - La Gazzetta degli Enti Locali

"liberalizzata". Purtuttavia nel codice ambientale si rinvengono altre disposizioni di diverso tenore, che vanno opportunamente coordinate.

Per l'intanto possiamo ribadire che la privativa non riguarda il recupero dei rifiuti anche se i Comuni, l'Autorità d'ambito e il concessionario possono comunque svolgere, s'intende fuori privativa, servizi integrativi *jure privatorum* per le altre fasi (recupero, produzione di CDR, eccetera) e per altri tipi di rifiuto (per esempio i rifiuti speciali, eccetera).

Del resto anche l'art.199 (piani regionali) sembra riferirsi (in più parti) ai soli rifiuti urbani, ed anche qui la VIII^Commissione della Camera dei Deputati nel parere reso, ha osservato che "ogni qualvolta si fa riferimento alle Autorità d'ambito, occorre specificare che tale riferimento è limitato alla gestione dei soli rifiuti urbani, al fine di evitare confusioni con la gestione dei rifiuti speciali; inoltre, allo stesso articolo, appare opportuno introdurre un comma aggiuntivo che riproduca le disposizioni recate dal comma 11 dell'articolo 22 del decreto legislativo n.22 del 1997, relativo alla realizzazione di attività di recupero di rifiuti urbani non previste dalla pianificazione regionale". Si evidenzia come agli effetti della pianificazione (della tipologia e del complesso impiantistico) si deve però aver a riferimento lo smaltimento e il recupero, e ciò sempre in una ottica di autosufficienza (degli A.T.O.) per la gestione dei rifiuti urbani non pericolosi[10].

Tornando agli A.T.O. [11], occorre far presente che i compiti relativi alla gestione dei rifiuti solidi urbani e dei rifiuti assimilati nel già lumeggiato regime di privativa spettavano ai Comuni direttamente o tramite i loro concessionari, ed ora spettano, nella scansione di competenze dianzi cennate, alle Autorità d'Ambito che esercitano questi compiti tramite il gestore del servizio integrato di gestione dei rifiuti.

Le correzioni normative al codice ambientale (d.lgs. 152/2006) alla luce anche del parere C.S.,Sezione Consultiva per gli atti normativi, adunanza del 5 novembre 2007, n. 3838/2007

Esaminando i rapporti (*rectius*, le competenze) tra i vari enti e soggetti, e tralasciando il pur fondamentale art.195 (riguardante le competenze dello Stato), non possiamo non notare il nuovo comma 1 dell'art.197 (competenze delle Provincie) il quale (nella proposta correttiva in itinere) così recita**:** "in linea generale le funzioni amministrative concernenti la programmazione ed organizzazione del recupero e dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale, da esercitarsi con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, ed in particolare:".

[10] Si veda il comma 3 dell'art.199 laddove si "prevedono inoltre":

- la tipologia ed il complesso degli impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti urbani da realizzare nella regione, tenendo conto dell'obiettivo di assicurare la gestione dei rifiuti urbani non pericolosi (sottolineatura nostra) all'interno degli A.T.O. (Ambiti Territoriali Ottimali di cui all'art.200), nonché dell'offerta di smaltimento e di recupero da parte del sistema industriale;
- il complesso delle attività e dei fabbisogni degli impianti necessari a garantire la gestione dei rifiuti urbani secondo criteri di: a) trasparenza; b) efficacia; c) efficienza; d) economicità; e) autosufficienza della gestione dei rifiuti urbani non pericolosi all'interno degli A.T.O. di cui all'art.200, nonché ad assicurare lo smaltimento dei rifiuti speciali in luoghi prossimi a quelli di produzione al fine di favorire la riduzione della movimentazione dei rifiuti (si veda anche l'art.197/1 lett. "d": individuazione da parte delle Provincie delle zone idonee alla localizzazione di impianti di recupero e di smaltimento dei rifiuti);
- i tipi, le quantità e l'origine dei rifiuti da recuperare o da smaltire, suddivisi per singolo A.T.O. per quanto riguarda i rifiuti urbani (sottolineature nostre).

[11] Sugli A.T.O. nel d.lgs. 22/1997 ci si permette rinviare all'ancora attuale scritto di A.PIEROBON, Questioni problematiche sulla gestione dei servizi pubblici nell'ATO, atti del Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 1998, Milano, Giuffrè, 1999, nonché al più volte citato "Forme di cooperazione e autorità d'ambito in materia di rifiuti nella legislazione nazionale e della regione veneto".

Speciale ambiente - La Gazzetta degli Enti Locali

Il parere della Sezione Consultiva del Consiglio di Stato, adunanza del 5 novembre 2007, n.3838/2007 sul punto così si manifesta: "si tratta (..) di innovazioni sostanziali che non trovano giustificazione né in esigenze di legalità comunitaria né in ragioni tecniche, e che quindi esulano dai limiti del correttivo. Ma vi è di più. La modifica contrasta con basilari principi di buona amministrazione:
- per l'inutile moltiplicazione di competenze - nociva per gli operatori e la collettività – che si sovrappongono ai compiti attribuiti alle Regioni (art. 196), e, quanto alla organizzazione, ai compiti attribuiti agli a.t.o. (art. 200 e ss.);
- per gli oneri aggiuntivi per la finanza pubblica che ne derivano (lo schema di decreto correttivo ha previsto il ripristino del tributo ambientale in favore delle Province - v. comma 44 dello schema -, che il codice aveva soppresso).
I rilievi critici espressi nel precedente parere vanno ribaditi in questa sede, tanto più alla luce del disegno in atto di riduzione dei costi della politica.
Si esprime, pertanto, parere negativo"[12].

Sull'affidamento del servizio (art. 202) il comma 1 viene così modificato: " l'Autorità d'ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, (SI AGGIUNGE: "secondo la disciplina vigente in tema di affidamento dei servizi pubblici locali") in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché con riferimento all'ammontare del corrispettivo per la gestione svolta, tenuto conto delle garanzie di carattere tecnico e delle precedenti esperienze specifiche dei concorrenti, secondo modalità e termini definiti con decreto dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio nel rispetto delle competenze regionali in materia".

Si noti che, a differenza della prima correzione, ove (mercè la soppressione del riferimento al comma 7) si intendeva consentire l'affidamento in tutte le forme dell'art.113 t.u. 267/2000 (quindi dando ingresso agli affidamenti *in house*) ora viene (giustamente) riaffermata la regola-principe della gara.

Difatti, sempre per il parere del C.S., la precedente proposta di correzione non era in sintonia con la disciplina comunitaria in materia di appalti, inoltre, essendo questa una modifica di carattere sostanziale non sarebbe comunque consentita dalla Legge 308/2004 e dai principi vigenti in materia di delega legislativa[13].

Prime conclusioni.

Anzitutto la sentenza del TAR Campania va riferita ad un particolare contesto (e contingenza) non riferito al solo codice ambientale, ma pure alla normativa emergenziale che, quantomeno fino al 31 dicembre 2007, trova parimenti applicazione (derogatoria) anche *in parte qua*.

Ma, principalmente, in linea generale, proprio per dare una chiara visione e soluzione alle problematiche che si agitano conseguentemente all'avvento dell'A.T.O., della Autorità d'Ambito, della cessazione dei rapporti contrattuali in essere, della indizione della gara per l'affidamento del servizio integrato di gestione dei rifiuti (peraltro secondo i criteri indicati nel codice e di quelli che saranno emanati sempre secondo la previsione del D.Lgs. 152/2006), fuori di ipocrisia (e in una logica e lettura sistematica della normativa e dei principi generali) considerato quanto sin qui argomentato, possiamo affermare quanto segue:

[12] Così a pag. 59 del parere.
[13] Confronta il parere a pag.60.

Speciale ambiente - La Gazzetta degli Enti Locali

a) è corretto affermare che, stante la vigente normativa non solo di settore ma pure in tema di contrattualistica pubblica, non possa ravvisarsi una (speciale) proroga *ex lege*, salvo che quest'ultima non venga correttamente intesa come il provvedimento strettamente necessario (e motivato e trasparente anche nei profili tecnici-economici) adottato dall'ente concedente (che, ora sulla base del codice ambientale, sarà l'Autorità d'Ambito) di indire una gara ad evidenza pubblica;
b) è anche corretto attuare i principi comunitari concorrenziali relativi, per esempio, alla separazione fra regolazione e gestione;
c) è altresì corretto perseguire una coraggiosa razionalizzazione del settore di cui trattasi, in una logica di ottimizzazione in linea tecnica-economica e organizzativa, oltre che giuridica, sia nei rami alti (legislazione di vario rango, pianificazione regionale, eccetera) sia nei rami bassi (regolamentazione da parte degli enti locali, anche in sede di capitolati di concessione, di contratti di servizio, eccetera);
d) è però poco realistico pensare che i soggetti attualmente operanti nel mercato dei servizi (anche per la parte della raccolta e del trasporto) dei rifiuti non troveranno altre forme di alleanze, di cartello, aggregative, di associazione di impresa, di subappalto, financo collusive, tali da consentire il mantenimento (in altra forma, sotto altra veste, eccetera) della loro come dire….. "presenza": gli attrezzi e gli strumenti per perseguire siffatto obiettivo, per chi sappia leggere la normativa (e per chi non creda alla befana), ci sono tutti;
e) è censurabile (quantomeno dal punto di vista economico e logico) l'automatismo che vede l'Ambito Territoriale Ottimale corrispondere al mero criterio amministrativo delle Provincie[14];
f) le (non lievi) problematiche connesse al passaggio tra Enti locali (e loro moduli organizzativi) e Autorità d'Ambito (e *holdings* di riferimento) devono essere anzitutto

[14] Oltre agli scritti dianzi citati, si rinvia, seppur muovendo dall'A.T.O. idrico alla segnalazione dell'Antitrust (ai sensi dell'art.22 della Legge 10 ottobre 1990, n.287) inviata al Presidente della Camera dei Deputati al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro dell'Economia ove "Con specifico riferimento alla gestione dei servizi idrici, la normativa in discussione, pur animata dal condivisibile intento di procedere ad una razionalizzazione e ad un ridimensionamento dell'apparato amministrativo allo scopo di destinare le economie a carattere permanente che ne deriveranno al doveroso ammodernamento delle infrastrutture, nonché al contenimento delle tariffe, rischia nondimeno di determinare un ostacolo al processo di sviluppo dell'industria del settore. Desta in particolare preoccupazione il criterio prevalente cui le regioni devono ispirarsi per la ridefinizione degli ambiti territoriali ottimali che fa riferimento al territorio provinciale, essendo del tutto recessivi i criteri connessi alle più idonee valutazioni di carattere idrogeologico ed economico. A tal proposito, si osserva che tra le principali difficoltà sin qui sperimentate nel raggiungimento di un'organizzazione efficiente delle imprese che prestano i servizi in questione vi siano proprio le dimensioni ancora eccessivamente ridotte dei singoli ambiti operativi, per lo più già attualmente corrispondenti ai territori provinciali, che nella maggior parte dei casi non consentono la realizzazione di opportune economie di scala, che sono una condizione indispensabile affinché le imprese del settore siano effettivamente in grado di fornire servizi di migliore qualità, con costi e quindi prezzi realmente competitivi. La ridefinizione degli ambiti condotta alla luce della "*valutazione prioritaria dei territori provinciali quali ambiti territoriali ottimali*" avrebbe conseguenze immediate in termini economici e concorrenziali, comportando la necessità di ridefinire le economie di scala e la dimensione dei soggetti imprenditoriali operanti nel settore, con conseguenze negative in termini di competitività generale e anche per gli aspetti occupazionali. Sarebbe, dunque, opportuno non confondere la dimensione dell'ambito territoriale ottimale, che dovrebbe essere individuata dalle regioni in base ai più corretti criteri unicità del bacino idrografico, unicità della gestione e adeguatezza delle dimensioni gestionali previsti dall'art.147 Dlgs. 3 aprile 2006, n152, con l'esigenza di evitare superfetazioni degli apparati amministrativi. Sotto altro profilo, l'attribuzione diretta agli enti locali delle funzioni di regolazione del settore deve necessariamente essere accompagnata da specifiche cautele volte, da un lato, a garantire l'individuazione di strutture amministrative all'interno dell'ente locale che abbiano una capacità tecnica adeguata e, dall'altro, ad evitare che si confondano nello stesso soggetto le funzioni di regolazione con l'attività di gestione del servizio, che è svolta in condizioni di monopolio naturale, molto spesso dall'impresa dallo stesso ente posseduta. In tal modo, graverebbe sull'ente locale un palese conflitto di ruolo che sarebbe di ostacolo allo sviluppo di un mercato efficiente. L'Autorità si auspica che il legislatore voglia tenere in considerazione le preoccupazioni illustrate e, quindi, eliminare il riferimento alla priorità del criterio dei territori provinciali. Sarebbe poi opportuno garantire, compatibilmente con le esigenze di ridimensionamento degli apparati, una funzione di regolazione tecnicamente adeguata e libera dai conflitti di ruolo segnalati".

Speciale ambiente - La Gazzetta degli Enti Locali

disciplinate in via normativa, oltre che statutaria, trovando qui altresì applicazione la tematica della successione tra enti, nonchè la affluente regolamentazione civilistica come chiarito dalla giurisprudenza;

g) le ancora più incandescenti problematiche riguardanti il regime transitorio, i diritti quesiti del personale, degli appaltatori e/o dei concessionari che avevano un rapporto contrattuale in essere (rapporto che viene, per così dire, a "decadere" , *rectius*, cessare) vanno anch'esse risolte in via legislativa (quantomeno regionale) piuttosto che ricadere in (spesse volte opinabili anche dal magistrato contabile) accordi bonari, transazioni, liti, mascheramenti di proroghe (o di veri e propri rinnovi);
h) rimangono ferme le problematiche (nei confronti di chicchessia, quind'anche delle Autorità d'Ambito, stante la disciplina – positiva e non – di rango comunitario) della privativa (e delle fasi gestionali attivate entro i vari scenari della privativa), della assimilazione, della concorrenza, del principio di autosufficienza (si badi applicabile alla sola fase dello smaltimento dei rifiuti), del principio di prossimità, del principio di idoneità impiantistica, della corretta imputazione di costi e di ricavi, della tariffazione, eccetera, eccetera;
i) rimane altresì ferma la problematica dell'affidamento "*in house*", per il quale occorre svolgere una valutazione materiale dell'accordo stipulato, piuttosto che guardare al suo aspetto formale: superando così la maschera della personalità giuridica, le finzioni apprestate dagli enti pubblici al riguardo, bensì pienamente rispettando criteri del controllo analogo e dell'attività prevalente, così come perspicuamente elaborati dalla giurisprudenza comunitaria.

Speciale ambiente - La Gazzetta degli Enti Locali