Salvatore Veneziano

# I servizi pubblici locali nella giurisprudenza del giudice amministrativo (*)

## 1. Introduzione

Nell'intraprendere la relazione sul tema affidatomi devo subito precisare che non affronterò i due profili che, in questi ultimi anni, hanno più agitato la giurisprudenza amministrativa in tema di servizi pubblici locali: quello del riparto di giurisdizione e quello degli affidamenti.

1.a. In ordine al primo – destinato, per altro, ad "appassionare" più giudici ed avvocati che operatori ed utenti – credo possa prendersi atto che la sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 – con la riscrittura dell'art. 33 d.lgs. n. 80/1998 - sembra avere trovato nella "materia" dei servizi pubblici (locali) una più agevole e pacifica applicazione di quanto non sia invece avvenuto in materia espropriativa con riferimento al successivo art. 34.

1.b. In ordine al secondo – di sicuro interesse operativo e di assoluta attualità – ovvi ed evidenti obblighi di cortesia mi impediscono di invadere lo spazio riservato ad una specifica relazione programmata sull'argomento.

Per altro, non posso non rilevare come già il titolo della relazione che seguirà evidenzia l'elemento di novità che sul tema si è delineato, emergendo a livello giurisprudenziale, in questo anno 2007: alla tradizionale dicotomia tra affidamento mediante gara ad evidenza pubblica ed affidamento diretto (senza gara) attraverso lo strumento dell' "in house" tende a sostituirsi la tripartizione tra affidamento con gara pubblica, affidamento "in house" (o forse sarebbe meglio dire "autoproduzione" in house, dato il rigore con il quale deve oggi essere valutata la "compatibilità comunitaria" dell'istituto) ed affidamento a società mista.

In argomento, il ruolo della giurisprudenza amministrativa è stato decisivo nel tracciare un itinerario che, muovendo dalla affermazione del principio generale dell'obbligo del rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, è pervenuto alla progressiva "conformazione" dell'istituto dell'affidamento "in house" (anche a seguito di un proficuo ping-pong con la Corte di Giustizia della Comunità Europea) e sino alla recente distinzione da questo del fenomeno degli affidamenti diretti a società miste.

Limitatamente all'ultimo segmento di detto itinerario, mi limiterò a citare una recente pronunzia del C.G.A. per la Regione siciliana (n. 589/2006), con la quale si è sostenuta la necessità della procedura ad evidenza pubblica nell'affidamento del servizio ad una società mista anche nel caso che il partner privato sia stato scelto all'esito di una gara pubblica, un recente parere del Consiglio di Stato (sez. II n. 456 del 18.04.2007), con il quale si è disatteso il citato orientamento del CGA delineandosi le condizioni alle quali risulterebbe possibile l'affidamento diretto a società mista, il cui socio privato sia stato

selezionato in base a procedure di evidenza pubblica, ed una recentissima sentenza del TAR Sicilia (Palermo, sez. I n. 2511 del 5.11.2007) che ha esaminato detti ultimi approdi giurisprudenziali con riferimento al servizio di gestione integrata dei rifiuti.

Da ultimo, non posso non ricordare la recente rimessione all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sez. V, n. 5587 del 23.10.2007), con la quale si è richiesto un pronunciamento univoco su alcuni profili interpretativi di entrambe le forme di affidamento in questione, ipotizzandosi anche una ulteriore rimessione alla Corte di Giustizia della Comunità Europea in ordine alla compatibilità comunitaria dell'affidamento senza gara a società mista.

Nel corso della mia relazione - dopo aver delineato i criteri di qualificazione del servizio pubblico locale utilizzati dalla giurisprudenza - cercherò di evidenziare gli orientamenti giurisprudenziali emersi su alcune problematiche relative ai limiti operativi imposti alle società pubbliche affidatarie dirette ed a quelli più specificamente derivanti dal c.d. d.l. Bersani alle società partecipate pubbliche; richiamerò, infine, due recentissime pronunzie del TAR Sicilia, Palermo, sul tema delle tariffe del servizio pubblico locale di raccolta e smaltimento dei rifiuti.

Il criterio di selezione delle tematiche affrontate è, stato, quindi, quello del maggiore interesse pratico-operativo per gli operatori del settore e della maggiore "freschezza" dei relativi riferimenti giurisprudenziali.

2. Qualificazione del servizio.

Per quanto attiene alla qualificazione di una determinata attività quale "servizio pubblico locale", ai fini di farne discendere una corretta identificazione del regime giuridico applicabile, appare possibile individuare in giurisprudenza una duplicità di criteri:

- l'uno, mirante a verificare la rispondenza dell'attività all'esame ad una definizione che viene tratta dal dato normativo dell'art. 112 t.u.e.l. n. 267 del 2000;
- l'altro - utilizzato al fine di distinguere l'affidamento di un servizio pubblico dal semplice appalto pubblico di servizi - incentrato sulla identificazione del soggetto sul quale è destinato a ricedere l'onere economico.

2.a. In applicazione del primo criterio, il Consiglio Stato (sez. V, 13 dicembre 2006 , n. 7369) ha avuto modo di precisare che *ai fini della qualificazione di un'attività come servizio pubblico locale o meno occorre prendere in considerazione l'art. 112 T.U.E.L., secondo il quale "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".*

*La genericità della norma si spiega con la circostanza che gli enti locali, ed il comune in particolare, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 T.U.E.L.), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 T.U.E.L.), assumere come doverose.*

*Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività.*

*Dunque, muovendo dal dato di diritto positivo fornito dall'art. 112 T.U.E.L., deve ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico.*

Sempre la V Sezione (22 dicembre 2005 , n. 7345) aveva già avuto modo di chiarire - confermando l'orientamento seguito con le sentenze 9 maggio 2001 n. 2605 e 16 dicembre 2004 n. 8090 - che devono essere indifferentemente considerati servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 112, T.U.E.L. n. 267/2000, sia quelli di cui i cittadini usufruiscano uti singuli (c.d. servizi a domanda individuale) che quelli dei quali usufruiscano come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali.

In particolare:

- con la decisione n. 2605/2001, la Sezione ha ricompreso nel novero dei servizi pubblici locali quello relativo al "servizio calore" per gli edifici comunali destinati ad uso pubblico, ritenendo che rientri in tale nozione qualsiasi attività che si concretizzi nella produzione di beni o servizi in funzione di un'utilità per la comunità locale, non solo in termini economici ma anche in termini di promozione sociale, da fruirsi non solo in via diretta ma anche mediatamente, in quanto "componente strumentale" di un diverso servizio;
- con la decisione n. 8090/2004, la Sezione ha ricompreso nel novero dei servizi pubblici locali quello relativo all'illuminazione pubblica, facendo leva anche su considerazioni di ordine storico e rilevando come la circostanza che lo stesso Titolo V° del T.U.E.L. n. 267/2000 disciplini anche i criteri per la determinazione e la riscossione delle tariffe non esclude dall'ambito dei servizi pubblici locali quelli erogati senza un corrispettivo, sempre che le prestazioni siano strumentali all'assolvimento delle finalità sociali dell'ente;

- con la decisione n. 7345/2005, riferita nuovamente al complesso delle attività che garantiscono la temperatura necessaria alla vita ed al lavoro nelle strutture gestite dall'ente comunale, ha ritenuto che l'utenza del servizio in questione non vada individuata, restrittivamente, nei dipendenti comunali che in tali strutture lavorano, ma si estende al pubblico che si reca negli uffici, e, soprattutto, ai frequentatori delle biblioteche, delle palestre, dei centri anziani e altri sevizi ospitati in immobili comunali.

Analogo ordine di considerazioni ha svolto T.A.R. Marche (16 maggio 2007, n. 370) a proposito del servizio di pulizia dei locali comunali, in quanto il servizio si rivolgerebbe in termini di utilità anche alla collettività che ne fruisce non solo occasionalmente (accesso agli uffici per il disbrigo delle pratiche amministrative, per la richiesta di certificati; partecipazione alle sedute pubbliche degli organi di governo) ma anche con carattere di continuità con riferimento ad ogni altra possibile iniziativa (servizi sociali e di sostegno e qualsiasi altra attività svolta nei locali comunali).

Non può non rilevarsi, però, come siffatto orientamento si presti a "derive" non sempre pienamente conformi agli insegnamenti della Corte di Cassazione - come ha recentemente ricordato TAR Calabria (Reggio C., n. 1076 del 24.10.2007) secondo il quale "*in particolare un determinato servizio può essere qualificato come pubblico solo se l'attività in cui si realizza è diretta a soddisfare in via immediata esigenze della collettività, esulando dal relativo ambito le prestazioni, di carattere strumentale, rese al soggetto preposto al suo esercizio (Cass. Civ., Sez. Un., 3.8.2006, n. 17573)*" – che sin dalla pronunzia della SS.U. n. 71/2000 ha precisato che "*il servizio si qualifica come "pubblico" perché l'attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica (che possono essere realizzati direttamente o indirettamente, attraverso l'attività di privati). Il servizio pubblico è, cioè, caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) …*".

2.b. Come già accennato, altro criterio di qualificazione dell'attività come servizio pubblico locale, da distinguersi da un mero appalto di servizi, viene incentrato sulla identificazione del soggetto sul quale è destinato a ricedere l'onere economico del servizio.

Una recente pronunzia del TAR Sicilia, Catania, (sez. II, n. 461 del 12 marzo 2007) ha ritenuto che "*la giurisprudenza pacifica individua l'elemento distintivo tra concessioni di servizi pubblici ed appalti di pubblici servizi nell'eventuale incidenza dell'onere economico a carico dell'ente pubblico appaltante o concedente. Più in particolare: è elemento tipico dell'appalto di pubblici servizi l'obbligo per la stazione appaltante di corrispondere al gestore del servizio una utilità economica, quale corrispettivo per la fornitura del servizio all'ente stesso o alla comunità da esso rappresentata (per esempio, appalto del servizio di pulizia degli uffici comunali; appalto del servizio pubblico di scuolabus per gli alunni delle scuole elementari). Viceversa, nella concessione di servizio pubblico il concessionario ritrae il proprio*

*guadagno direttamente dal pagamento di una tariffa posta a carico degli utenti del servizio stesso (per esempio, servizio di trasporto urbano affidato a soggetti terzi che gestiscono "a proprio rischio") (Cfr. Cons. Stato., sez. VI, n. 6368/2005; Corte Giustizia CE, 324/2000).*

*In sintesi, con l'appalto di servizio l'ente pubblico si procura una utilità diretta e ne paga il relativo costo; con la concessione, invece, esso trasla su soggetti terzi (piuttosto che fornirlo in prima persona) la gestione di un servizio, destinato a favore di una platea più o meno ampia di utenti, e consente al gestore di ricavarne un utile attraverso la percezione del corrispettivo pagato dai fruitori*".

Risulta, per altro, interessante rilevare come di detto criterio abbia recentemente fatto applicazione la Corte di Giustizia della Comunità Europea (Sentenza n. C-382/05 del 18.07.2007) con riferimento alle convenzioni per l'utilizzo dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata, stipulate dal Commissario Delegato per l'emergenza rifiuti nella Regione Siciliana.

La Corte europea ha rilevato come la circostanza che l'operatore risulti in sostanza remunerato dal Commissario delegato attraverso una tariffa fissa corrispostagli per tonnellata di rifiuti valga ad integrare il requisito tipico degli appalti pubblici di servizi consistente nel pagamento di un corrispettivo direttamente da parte dell'amministrazione aggiudicatrice a favore del prestatore, e ad escludere la sussistenza di elementi caratteristici della concessione di servizi quali il diritto dell'operatore privato di gestire il servizio di cui trattasi e il rischio legato a tale gestione.

Di conseguenza, le convenzioni avrebbero dovuto essere concluse applicando le procedure previste dalla direttiva 92/50 e, in particolare, pubblicando un apposito bando di gara d'appalto: la mancata applicazione di tali procedure ha comportato l'affermazione dell'inadempimento dello Stato italiano agli obblighi comunitari e la sua condanna alle spese.

3. I limiti operativi alle società miste affidatarie.

Passiamo, adesso, al tema centrale della mia relazione: mi riferisco al dibattuto tema riguardante la sussistenza, o meno, della libertà imprenditoriale delle società miste partecipate da enti locali di estendere la propria attività ad aree territoriali diverse da quelle dell'ente locale socio, partecipando a gare di appalto indette da enti terzi.

In particolare ci si è chiesti se il c.d. principio di strumentalità dell'attività di gestione - inteso come identificazione dello scopo sociale nella cura degli interessi delle comunità locali, perseguibili attraverso l'attività di gestione funzionalmente svolta dalla società nei settori dei servizi pubblici per i quali la stessa è stata costituita – valga a rendere incompatibile l'assunzione di attività gestionali extraterritoriali, e ciò in considerazione del fatto che: a) la scelta della forma societaria risponde all'esigenza del miglior impiego delle potenzialità proprie dell'organizzazione imprenditoriale al fine del conseguimento dei migliori risultati sul piano dei costi e dei risultati della gestione del servizio; b)

l'assunzione di altri impegni imprenditoriali, pur coerenti agli scopi societari, al di fuori dell'ambito territoriale degli Enti locali di cui la società è espressione, si tradurrebbe nella sottrazione – quanto meno – di parte dell'organizzazione societaria (uomini, beni e risorse) alle esigenze della comunità locale, per la sua utilizzazione in scopi estranei a quelli per i quali la società stessa è stata costituita.

Su tale problematica, ad un orientamento dei giudici di primo grado prevalentemente orientato ad estendere alle società a partecipazione pubblica locale l'orientamento maturato con riguardo all'assunzione di un pubblico servizio da parte di un'azienda speciale di altro comune - secondo il quale l'estensione dell'attività delle aziende speciali comunali al di fuori del territorio dell'Ente locale che le ha costituite presuppone comunque un collegamento funzionale, che non può essere ridotto al puro dato dell'interesse imprenditoriale, tra il servizio eccedente l'ambito locale e le necessità della collettività locale, sussistente ad esempio nel caso dell'integrazione funzionale della propria attività con quella del Comune confinante, sicché vengano in tal modo soddisfatte anche le esigenze della collettività stanziata sul territorio dell'Ente che l'ha costituita (Cons. Stato, V, 23 aprile 1998, n.475) - si è contrapposto un orientamento più "possibilista" del Consiglio di Stato.

La V Sezione (n. 4589 del 3.09.2001) ha infatti ritenuto che i limiti di ammissibilità dell'attività extraterritoriale delle aziende speciali e delle s.p.a. a partecipazione pubblica locale non possano essere affrontati negli stessi termini, proprio per evitare che le società locali, a dispetto del nome e soprattutto della disciplina, si risolvano in un inaccettabile duplicato dell'azienda speciale o ad una sorta di "azienda speciale in forma societaria", in contrasto evidente con le linee di riforma del settore che hanno inteso differenziare l'azienda speciale avente natura di ente pubblico economico strumentale, dotato di autonomia imprenditoriale ma comunque soggetto istituzionalmente dipendente dall'Ente locale, da un modulo alternativo di gestione in forma societaria che, seppur anch'esso non del tutto alieno a finalità e connotati ancora sostanzialmente pubblicistici, non è di per sé in contraddizione con il fine societario lucrativo, descritto dall'art. 2247 c.c..

Operando, quindi, un contemperamento tra la persistente immanenza di un vincolo di ordine funzionale che leghi comunque l'attività societaria agli interessi della collettività di cui l'ente costituente la società è figura esponenziale e la natura giuridica, di soggetto di diritto privato finalizzato allo svolgimento di attività imprenditoriale, propria delle società pubbliche, la Sezione ha ritenuto che "*il pur apprezzabile fine di non snaturare lo scopo per il quale la società è sorta non può portare, a sua volta, a snaturare completamente il, seppur speciale, modello privatistico societario prescelto*".

In conclusione, la Sezione ha affermato il principio secondo il quale "*il vincolo funzionale va dimensionato di volta in volta valutandone gli effetti, nel senso che occorre verificare concretamente se l'impegno extraterritoriale eventualmente distolga e in che rilevanza risorse e mezzi, senza*

*apprezzabili ritorni di utilità (anch'essi da valutarsi in relazione all'impegno profuso e agli eventuali rischi finanziari corsi) per la collettività di riferimento.*

*Il vincolo funzionale opera in termini residuali, entrando in gioco solo qualora vi sia una distrazione di risorse e mezzi che sia effettivamente apprezzabile e che realisticamente possa portare pregiudizio alla collettività di riferimento*".

Concetti analoghi risultano sostanzialmente ribaditi dalla Sezione con la pronunzia n. 5196 del 28.09.2005, nella quale alla riaffermazione del principio secondo il quale "*l'ordinamento giuridico non pone, in linea di principio, alcun limite all'assunzione, da parte delle società miste, di compiti ultronei alla mission istituzionale assegnata dall'ente locale … ferma l'esigenza che detta attività non incida negativamente sulla gestione del servizio affidato dal Comune o Comuni interessati*" si aggiunge l'affermazione che "*il fatto che una società mista a partecipazione maggioritaria pubblica possa partecipare a gare extraterritoriali è da ritenere, per la ragioni e alle condizioni dianzi indicate, certamente ammissibile; né tale tipo di partecipazione può essere fonte di specifico e differenziato discrimine sul piano comunitario; se le società miste possono partecipare legittimamente a gare sul territorio di pertinenza senza con questo ledere principi di fonte comunitaria, non si vede la ragione per la quale la partecipazione a gare extra moenia possa produrre lesione della norma comunitaria stessa; non è, infatti, la partecipazione a gare extraterritoriali a modificare l'impatto dell'azione societaria nell'ambito di interesse comunitario*".

In particolare, la sezione aggiunge: "*Quanto, poi, al fatto che una società siffatta beneficerebbe di sovvenzionamenti pubblici in violazione del principio della par condicio, vi è da dire che tale eventualità sarebbe presente anche in gare relative al territorio di pertinenza della società mista; e che, comunque, come rilevato dalla Sezione nella già citata decisione n. 6325/2004, che il Collegio pienamente condivide, il Trattato di Roma (art. 86) e la direttiva 92/50/CEE, art. 1, lett. C), prevedono che le Società pubbliche possano agire in regime di parità di trattamento con le imprese private e che tra i prestatori di servizi sono inclusi i soggetti pubblici che forniscono servizi; con il che è esclusa ogni limitazione alla facoltà dei soggetti pubblici fornitori di servizi di partecipare alle gare pubbliche.*

*Sul punto giova anche rammentare la pronuncia della Corte di Giustizia secondo cui gli organismi che beneficiano di sovvenzioni (anche in forma di sottoscrizione del capitale) sono ammessi al confronto concorrenziale secondo le regole comunitarie senza che vi sia alterazione della regola della parità di trattamento; il principio di parità di trattamento degli offerenti di cui alla direttiva 92/50/CEE non è, invero, violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono da essa stessa, o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che*

*non beneficiano di tali sovvenzioni (Corte Giustizia CE, 7 dicembre 2000, Arge Gewasserschutz c. Bundesministerium fur Land und Forstwirtschaft)*".

Di detti approdi la giurisprudenza continua a fare applicazione, subordinando la possibilità di svolgimento di attività extraterritoriale da parte di società costituite da enti locali alla "*dimostrazione che attraverso tale attività venga soddisfatta una specifica esigenza della medesima collettività (che non si traduca in un mero ritorno economico) e soprattutto sia esclusa una incompatibilità con gli interessi di tale collettività, determinata da una possibile distrazione di risorse e mezzi in grado di arrecare un pregiudizio allo svolgimento del servizio pubblico locale*" (TAR Sardegna, n. 1209 del 8 giugno 2007) ed attribuendo la competenza ad operare la verifica di compatibilità dell'attività oggetto della gara con le esigenze e gli interessi dell'ente pubblico di riferimento della società partecipante alla commissione deputata a valutare i requisiti di partecipazione alla gara, assimilando l'esito positivo di detta verifica ad un presupposto (soggettivo) di ammissibilità alla gara stessa (C.G.A. n. 197 del 21 marzo 2007).

In una prospettiva ancor più "liberista" si colloca TAR Umbria (n. 472 del 31 maggio 2007) che, muovendo dal presupposto che "*la normativa nazionale di settore prevede espressamente una sola ipotesi di esclusione, quella (analoga alla previsione generale dell'articolo 113, comma 6, del d.lgs. 267/2000) nei confronti delle società (o relative controllate, controllanti o controllate dalla medesima controllante) che gestiscano altri servizi pubblici locali in forza di affidamenti diretti o, comunque, di una procedura non ad evidenza pubblica*", ha escluso la sussistenza di altre fonti – nell'ordinamento nazionale come in quello comunitario – dalle quali far discendere un divieto di partecipazione a gare extra moenia per le società a partecipazione pubblica locale.

Per altro, in giurisprudenza è recentemente emerso un diverso percorso argomentativo, sia pur svolto a fini diversi, sul quale potrebbe essere fondato un ulteriore motivo di limitazione alla capacità imprenditoriale delle società miste, potenzialmente idoneo ad escludere la loro partecipazione a gare "extra moenia".

Mi riferisco alle considerazioni recentemente svolte dal C.G.A. (n. 719 del 4.09.2007) il quale - sia pure in occasione dell'esame della legittimità di una operazione di affidamento in house - ha fornito una interpretazione del requisito della "prevalenza" dell'attività svolta dall'affidatario diretto a favore l'ente affidante in termini di "quasi esclusività".

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa – superando le considerazioni del Consiglio di Stato in precedenza ricordate in ordine alla compatibilità comunitaria della partecipazione di società pubbliche a gare di appalto extra moenia – ha compiuto la seguente analisi:

"*Entrando finalmente nel merito della questione occorre premettere alcune considerazioni generali sulla normativa europea di riferimento e sulla costituzione economica, formale e sostanziale, che essa*

*ha indotto anche nel nostro Paese. Il principio della concorrenza è uno dei basamenti della costituzione economica europea, soprattutto in relazione al mondo delle commesse pubbliche. Nei considerando delle direttive "lavori", "servizi" e "forniture" (oggi accomunate nella direttiva n. 18 del 2004), espressamente si fa riferimento alla volontà dell'Unione Europea di garantire la completa parità di accesso di tutte le imprese europee al monte dei contratti pubblici, che costituisce, e di ciò l'Unione ha piena coscienza, il volano economico più consistente nel sistema interventista in vigore in Europa. Tale attenzione e l'accentuazione del principio della concorrenza hanno conseguenze molteplici. Per ciò che qui interessa, la conseguenza rilevante è che le imprese europee (ma con ciò si intende anche quelle dello stesso Paese del cui ordinamento giuridico si giudica) devono essere poste sullo stesso piano, concedendo loro le medesime opportunità, sia sotto il profilo dell'accesso ai contratti pubblici (e quindi attraverso il sistema ordinario della evidenza pubblica), sia impedendo che particolari situazioni economiche pongano alcune di esse in una condizione di privilegio o comunque di favore economico. Quest'ultimo aspetto merita un approfondimento.*

*L'Unione Europea è ben consapevole della esistenza di situazioni nelle quali l'interesse pubblico affidato ad un soggetto pubblico sia più proficuamente curato attraverso un soggetto imprenditoriale che ad esso risponda direttamente, in virtù di un rapporto di proprietà azionaria o comunque di controllo diretto. In tal caso non considera a priori contrario ai principi del trattato affidare il contratto senza procedere ad una gara, ma a precise condizioni. Infatti, una tale evenienza depaupera il monte contrattuale a disposizione di tutte le imprese europee, e per questo il sistema dell'affidamento diretto deve, in primo luogo, essere considerato un'eccezione di stretta interpretazione (quella che nel linguaggio giudiziario della Corte di giustizia viene, infatti, definita "eccezione Teckal") al sistema ordinario delle gare; in secondo luogo deve rispondere alla sussistenza di ben precisi presupposti, in assenza dei quali l'affidamento è idoneo a turbare la par condicio e quindi a violare il trattato (e le direttive).*

*Il rispetto delle eccezioni dell'obbligo della gara, però, non è sufficiente per ricondurre l'affidamento diretto all'interno dell'alveo della concorrenza e della par condicio tra le imprese. Si è accennato poc'anzi al pericolo che si creino particolari situazioni di privilegio per alcune imprese. Una situazione di tal fatta si verifica quando un'impresa usufruisca, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi. Il privilegio economico non necessariamente si concretizza, brutalmente, nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese. Anche in questo senso, il privilegio non necessariamente si realizza in modo semplicistico introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche, ed in maniera più sofisticata, garantendo all'impresa una partecipazione sicura al mercato cui appartiene, garantendo,*

*in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali, in sintesi: un minimo garantito. Non è necessario che ciò determini profitto, purché l'impresa derivi da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale. In una tale situazione, è fin troppo evidente che ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali. Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la par condicio delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorcente di una semplice elusione del sistema delle gare. Potenzialmente ciò induce ed incoraggia il capitalismo di Stato e conduce alla espulsione delle imprese private marginali.*

*Dai rischi sopra segnalati discendono direttamente le misure che l'Unione Europea ha adottato per contenere il fenomeno dell'affidamento diretto. Esse si indirizzano, sostanzialmente, su due strade: da un lato assimilare quanto più possibile l'impresa assegnataria alla medesima amministrazione appaltatrice; dall'altro non introdurre nell'ambito del mercato privato l'elemento di disturbo, costituito da tale tipo di impresa. Al primo obiettivo corrispondono i principi che, sincreticamente, possiamo indicare come quelli del "controllo analogo"; al secondo, il principio della "attività prevalente", vale a dire della tendenziale esclusività della attività economica a favore dell'azionista: l'impresa pubblica non può in nessun modo inserirsi nel mercato privato nel quale costituirebbe un elemento di disturbo e pericolo.*

*Dall'esame della giurisprudenza europea e del Consiglio di Stato, di cui infra, emerge con chiarezza che questo imprenditore non può essere un vero imprenditore. Egli non rischia, costituisce solo un braccio operativo della Pubblica Amministrazione, professionalizzato e capace di acquisire sul mercato i mezzi e le professionalità necessarie, ma sostanzialmente equiparabile a quelle figure tradizionali del diritto amministrativo, ormai scomparse, quali le aziende autonome o gli organi con personalità giuridica. I motivi per cui un soggetto pubblico opera la scelta di agire attraverso una società per azioni ad hoc costituita, anziché apprestare all'uopo un ufficio tecnico, possono essere i più vari. Dalla esigenza di sottrarsi alla contabilità pubblica, a quella di acquisire uomini e mezzi in maniera flessibile attingendo al mercato, e quindi aderendo alle sue logiche dei prezzi e delle retribuzioni; dalla temporaneità della intrapresa, alla particolare professionalità non reperibile attraverso il reclutamento pubblico etc. Ciò non rileva molto, ciò che l'Unione Europea pretende è che tale esperienza rimanga confinata all'interno*

*del soggetto pubblico azionista o proprietario, e che un tale imprenditore non abbia margini e discrezionalità per invadere il mercato libero.*

*…*

*La limitazione della attività "privata" della impresa non rileva nei confronti del mercato pubblico delle commesse, quanto piuttosto nei confronti del mercato privato. I requisiti funzionali soddisfatti dal "controllo analogo" sono sufficienti per qualificare l'impresa come, sostanzialmente, un braccio operativo della amministrazione, sotto i due profili sostanziali della supremazia e della proprietà; essi, però, non sono sufficienti ad impedire la distorsione della concorrenza nel mercato privato, anzi, paradossalmente, la aggravano perché permettono, in astratto, che solide imprese pubbliche, ben governate dagli organi pubblici, acquisite remunerative commesse pubbliche, si presentino sul mercato privato in condizioni di forte concorrenza.*

*Pertanto, unitamente agli altri elementi qualificanti, quali il controllo totalitario della partecipazione (sentenze Stadt Halle, C-26/03, punti 49 e 52; Comm/Austria, C-29/04, punto 46; ANAV, C-410/04, punto 32) l'esercizio diretto deve essere caratterizzato dalla quasi esclusività, quantitativa e qualitativa, delle attività svolte dall'impresa nei confronti dell'Ente controllante (sentenza Carbotermo spa C-340/04, punti 62, 63, 64).*

*Questo ultimo punto giova essere brevemente approfondito.*

*Sembrano ormai chiari, ripercorrendo l'iter logico ed evolutivo della giurisprudenza europea e del Consiglio di Stato, i motivi e gli scopi ultimi delle norme, anche pretorie, consolidatesi nella materia. La giurisprudenza traccia dell'affidatario diretto un ritratto stringente, che, in parole povere e sincreticamente, potremmo definire come una mera articolazione interna della pubblica amministrazione sia pure sotto una forma giuridica che ne separa la personalità.*

*Che questa articolazione svolga i suoi compiti contrattuali esclusivamente nei confronti dell'Ente è, quindi, conseguenza logica ed ineludibile.*

*…*

*Sembra piuttosto evidente che l'impresa controllata da un ente locale, nel momento in cui partecipa ad una gara fuori territorio, sia pure bandita da un ente locale analogo a quello che la controlla (in ipotesi comune e comune) si pone nei confronti del mercato imprenditoriale locale come concorrente sleale (per i motivi ampiamente sopra illustrati) e quindi non solo questa sua espansione può condurre da un lato alla inammissibilità della sua partecipazione alla gara, fino a che dura il regime di affidamento diretto nei confronti del suo ente controllante, ma anche al venire meno della sua qualifica di soggetto "affidatario diretto" (o soggetto in house come si dice nel gergo comune), sì che delle due l'una: o l'impresa non partecipa a gare fuori territorio, e mantiene così il suo status, o vi partecipa, e perde il suo status, con le ovvie conseguenze nei confronti della legittimità dell'affidamento diretto già realizzato o da*

*realizzare. Già con la sentenza n. 4586 del Consiglio di Stato, sez. V, del 3 settembre 2001, si era ritenuto che il vincolo territoriale entrasse in gioco qualora la distrazione di mezzi e di risorse fosse realmente apprezzabile e tale da creare nocumento agli interessi della comunità locale espressione della società.*

*Il Consiglio giudicava la questione sotto il profilo dell'interesse pubblico dell'ente promotore della società, preoccupandosi che non si verificasse una sorta di "peculato per distrazione" delle risorse dall'una all'altra comunità locale. L'extraterritoriale influenza, quindi, la legittimazione alla gara nella visione del Consiglio. La tesi è esatta e condivisibile, sotto questo profilo, ma deve essere integrata con le considerazioni di diritto comunitario sopra esposte. In effetti, la circostanza che l'affidatario diretto impieghi risorse consistenti fuori del territorio di competenza del suo ente promotore, è non solo indice di una possibile cura affievolita dell'interesse pubblico di questi, ma anche, e soprattutto, della rilevanza della attività a favore di soggetto diverso dal suo ente proprietario. Quindi l'extraterritorialità della attività incide, a priori, proprio sul concetto di prevalenza, particolarmente nel senso qualitativo che si vedrà infra.*

*A fortiori, infine, è del tutto da escludere un affidamento diretto da parte del secondo soggetto pubblico, atteso che esso, pur rivestendo una qualificazione pubblica, non è proprietario del pacchetto azionario e dunque non esercita alcun controllo, né analogo né difforme, sull'impresa affidataria".*

Appare evidente che detto orientamento interpretativo, ove acquisito, finirebbe con il costituire una vera e propria, sia pure indiretta, limitazione allo svolgimento da parte dell'affidatario in house di un servizio pubblico di attività imprenditoriale a favore di enti terzi - anche al di là di quanto prescritto dal co. 6 dell'art. 113 t.u.e.l. n. 267/2000 limitatamente al settore dei servizi pubblici locali (*6. Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4.*) – rendendo tale attività imprenditoriale incompatibile con l'affidamento diretto anche nelle ipotesi nelle quali si risolva nella partecipazione a gare per l'aggiudicazione di pubblici servizi.

4. Il c.d. d.l. Bersani

Ulteriore limite operativo alle società a capitale pubblico è stato introdotto dall'art. 13 del d.l. n. 223 del 4 luglio 2006, convertito in legge con l. n. 248 del 4 agosto 2006, che ai commi 1 e 2 prescrive: *Art. 13. - (Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza). - 1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di*

*assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonchè, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.*

*2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.*

La previsione di cui al citato articolo 13, comma 1, pone dunque il tassativo divieto per le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara.

I successivi commi 3 e 4 rafforzano tale divieto con prescrizioni finalizzate a far cessare situazioni pregresse di attività extra moenia (co. 3) e sanzione di nullità dei contratti eventualmente conclusi in violazione del divieto, con eccezione di quelli stipulati all'esito di procedure di gara indette anteriormente alla entrata in vigore del decreto (co. 4).

La norma in esame pertanto vieta l'attività extra moenia di dette società, al dichiarato fine di porre un freno all'incidenza che la loro composizione può comportare sull'assetto del mercato, in difesa del principio della libera concorrenzialità: si tratta, all'evidenza, di considerazioni e scopi analoghi a quelli dal C.G.A. desunti dalla "*costituzione economica, formale e sostanziale*" europea per fondare una interpretazione in termini di "quasi esclusività" del requisito della prevalenza dell'attività svolta dall'affidatario "in house" in favore dell'ente direttamente affidante.

In ordine ad alcune problematiche interpretative della norma, si sono già riscontrate le prime pronunzie giurisprudenziali:

4.a. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, n. 140 del 31.01.2007 ha fornito una prima interpretazione della norma in termini rigorosi, applicandola con riferimento alla ricorrenza del duplice profilo della partecipazione sia di ente pubblico non territoriale (C.C.I.A.A.) che di altra società per azioni a sua volta interamente partecipata da ente locale (c.d. partecipazione di ente locale di "terza generazione"), anticipando la soluzione successivamente adottata Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori , servizi e forniture con Deliberazione n. 135 del 9.05.2007.

Il Tribunale, inoltre, ha ritenuto che la mancanza di un contratto già stipulato escluda la ricorrenza della ipotesi di salvezza, di cui al co. 4, del contratto concluso all'esito di procedure di gara indette anteriormente alla entrata in vigore del decreto.

4.b. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-ter, n. 1486 del 20.02.2007 ha escluso l'applicazione della norma a procedura indetta, e provvisoriamente aggiudicata, in data anteriore all'entrata in vigore del decreto, per altro indipendentemente dalla circostanza della mancata stipula del contratto.

4.c. T.A.R. Marche, n. 370 del 16 maggio 2007 ha fornito una interpretazione restrittiva della norma, ritenendo che debba essere applicata solo ed esclusivamente alle "società costituite o partecipate dalle amministrazioni... locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti" in funzione della loro attività - senza che, neanche indirettamente, la stessa possa rilevare in termini di utilità per i cittadini - dal momento che detta norma esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione il settore dei servizi pubblici locali.

In virtù della sua natura eccezionale - dovuta al forte impatto limitativo in termini di capacità, non escluso certamente dalle disposizioni sul possibile scorporo o cessione delle attività non consentite - la norma va, infatti, interpretata in stretta aderenza al suo dato letterale e senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi in essa previsti.

4.d. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n. 5192 del 5 giugno 2007 ha analizzato pregiudizialmente la portata ed il significato, alla stregua del dettato normativo, del carattere strumentale all'attività dell'ente locale dei servizi svolti e ritiene che possono definirsi tali tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali.

Le società strumentali sono, quindi, solo le strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività.

Il Tribunale ha identificato, quindi, la ratio che ha spinto il legislatore nell'evitare che una società che in partenza ha un mercato protetto, e dunque sia privilegiata ricevendo direttamente commesse da un ente pubblico, sia nel contempo libera di competere, per una parte della propria attività, con altri concorrenti che non usufruiscono della medesima posizione di vantaggio.

Il Tribunale si è, infine, preoccupato di verificare la compatibilità costituzionale e comunitaria della norma:

- *Quanto all'articolo 41 è la stessa Costituzione che pone limitazioni alla iniziativa economica privata sul libero mercato, sia per tutelare interessi generali di rilievo pubblicistico, sia per garantire esigenze*

*della concorrenza in conformità ai principi comunitari costantemente affermati dalla Corte di Giustizia (cfr. Corte Cost., 26 gennaio 2004 n. 36; 16 gennaio 2004 n. 17).*

*L'articolo 13 del Decreto n. 223 del 2006, cd. Decreto Bersani, lungi dal violare l'art. 41 Cost. ne costituisce immediata applicazione mirando dichiaratamente a preservare il mercato da alterazioni e fenomeni distorsivi delle regole della concorrenza.*

*- Quanto all'articolo 3 della Cost., si sostiene che la legittima aspettativa di profitto del socio privato di una società mista sarebbe lesa dall'applicazione dell'articolo 13 in conseguenza del divieto per le società miste di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati in affidamento diretto o gara.*

*Al riguardo si osserva che l'intento dichiarato del Decreto ha come finalità precipua quella di tutela dell'interesse pubblico generale con l'introduzione di un livello ulteriore di concorrenza e di libertà nel mercato al fine di permettere agli operatori di poter agire in posizione di uguaglianza, evitando che alcune imprese possano avvantaggiarsi nel confronto concorrenziale della struttura della propria compagine societaria per la presenza di un socio pubblico.*

*- La interpretazione dell'articolo 13, escludendo qualunque soggetto partecipato da un ente locale, si porrebbe altresì in contrasto con i principi comunitari ed in particolare con quelli posti a tutela della libera concorrenza, ossia con gli artt. 87 e 295 del Trattato CEE.*

*Ma … il disposto dell'articolo 13 in parola trova supporto ed inspirazione proprio nel fatto che l'Unione Europea ha reiteratamente previsto la necessità che gli Stati membri provvedano alla regolamentazione dell'accesso al mercato degli appalti pubblici da parte di organismi di proprietà o partecipati da enti pubblici, evitando distorsioni della concorrenza nei confronti dei soggetti privati (quarto considerando della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi).*

*La finalità della norma è dunque quella di limitare il vantaggio competitivo nel quale si trovano dette società con accesso privilegiato al mercato della pubblica amministrazione a scapito di altri operatori privati.*

4.e. La Sezione III del Consiglio di Stato, con parere n. 322/07 del 25 settembre 2007, ha risolto il quesito interpretativo sottopostole – se la norma fosse applicabile a tutti gli enti locali o solo a quelli territoriali – nel senso che "*il riferimento normativo alle "amministrazione pubbliche locali" ricomprenda le attività poste in essere dalla generalità delle amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici locali.*

*In sostanza, è l'ambito spaziale – locale – dell'attività pubblica che rende operativa la norma e nulla più. Con la conseguenza che la disposizione in esame, nella sua complessità, si riferisce a tutte le*

*amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici entro un dato ambito territoriale*".

Appare, per altro, interessante notare come il parere ascriva la genesi della norma non solo alle esigenze di tutela della concorrenza di derivazione comunitaria – "*Al riguardo è stato considerato che la disposizione mira a porre un freno all'incidenza che la composizione di tali società può comportare sull'assetto del mercato, in difesa del principio della libera concorrenzialità. Infatti detti soggetti godono di asimmetrie informative di notevoli dimensioni, in grado di alterare la par condicio con gli altri operatori agenti nello stesso mercato e di eludere sostanzialmente il rischio d'impresa (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 9/5/2007, n. 135)*" – ma anche ad esigenze di "*riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali*".

Nel ricordare, inoltre, come la disposizione, sotto un profilo oggettivo, non si applichi ai servizi pubblici locali (secondo la formulazione conseguente alla legge di conversione), la Sezione segnala "*che il disegno di legge AS 772, contenente "Delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali ", all'art. 2, comma 1, lettera b), prevede il seguente principio e criterio direttivo: "consentire eccezionalmente l'affidamento a società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento in house" e, lettera e), "escludere la possibilità di acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quello di appartenenza, per i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nonché per le imprese partecipate da enti locali, affidatarie della gestione di servizi pubblici locali, qualora usufruiscano di forme di finanziamento pubblico diretto o indiretto, fatta eccezione per il ristoro degli oneri connessi all'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla gestione di servizi affidati secondo procedure ad evidenza pubblica, ove evidenziati da sistemi certificati di separazione contabile e gestionale;*".

Appare, quindi, evidente che il futuro delle società a partecipazione pubblica reca più di un'ombra sulle prospettive di loro sviluppo quali soggetti imprenditoriali operanti sul libero mercato.

5. Le tariffe del servizio pubblico locale

Pur trattandosi di tema avulso dalle problematiche sin qui trattate, ritengo utile concludere con alcuni brevi riferimenti a due recenti pronunzie del TAR Sicilia, Palermo in materia tariffaria.

Con sentenza n. 2295 del 25.10.2007 – per altro in conformità alla n. 1713 del 2 luglio 2007 - si è affermata la giurisdizione amministrativa sui provvedimenti generali determinativi delle tariffe "*facendosi questione del potere esercitato dal Consiglio Comunale, ai sensi del co.8 art.49 D.Lgs.22/97, ai fini della determinazione della tariffa*" (e ciò in consonanza a quanto ritenuto da TAR Lazio, Latina, n. 406 del 24.06.2006) ed escludendo la sussistenza della giurisdizione delle Commissioni Tributarie

giacchè "*nel caso di specie la causa petendi attiene all'atto generale con cui vengono determinate le tariffe, e non anche al momento della applicazione e alla contestazione della stessa da parte dell'utente. Infatti, come precisato anche dalla SS.UU. della Cassazione (in ultimo cfr. Sent. 8.3.2006. n.4895), la giurisdizione del Giudice tributario, ai sensi del sopravvenuto art. 3 bis comma 1 lett. b) d.l. 30 settembre 2005 n. 203, conv. in l. 2 dicembre 2005 n. 248 (che ha aggiunto al comma 2 dell'art. 2 d.lg. 31 dicembre 1992 n. 546 la precisazione "appartengono alla giurisprudenza tributaria anche le controversie relative alla debenza del canone per lo smaltimento dei rifiuti urbani) è circoscritta alla fase successiva della applicazione della tariffa di che trattasi*".

La medesima sentenza n. 2295/2007, così come la coeva n. 2290, si occupa infine della individuazione del soggetto competente a determinare la tariffa per il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti; pur dando atto che la questione sottoposta al vaglio era disciplinata, ratione temporis, dal D.Lgs. n. 22/1997, il Collegio rileva come la materia sia adesso regolata dal nuovo T.U. ambientale D.Lgs. n. 152/2006, esaminando anche la nuova disciplina dallo stesso introdotta in materia.

In riferimento alla disciplina previgente (art. 49 d.lgs. n. 22/1997 ed artt. 3 e 4 D.P.R. n. 158/1999), non derogata dalle ordinanze emergenziali in materia adottate, il Collegio ha ritenuto che "*il Legislatore nazionale ha, in altri termini, nettamente differenziato l'aspetto della gestione del servizio (affidato alla "società d'ambito" cui appartiene il potere di applicare e riscuotere la tariffa) dalle altre competenze relative alla determinazione della tariffa, che permangono all'Ente Locale. ... Mercè la normativa applicabile in specie, all'interno dell'Ambito territoriale ottimale viene ad essere costituita solo una Società di gestione (non anche – allo stato – una "autorità d'ambito")*.

Con riferimento alle innovazioni introdotte con il D.Lgs. n. 152/2006, il Collegio ha invece ritenuto che "*con il nuovo corpus normativo, infatti, il legislatore ha inteso apportare delle sostanziali modifiche alla disciplina di settore, sostituendo alla "Società d'ambito" le nuove (e differenti) "Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale". La neo istituita Autorità costituisce una struttura dotata di personalità giuridica costituita in ciascun ambito territoriale ottimale, delimitato dalla competente regione, alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l'esercizio delle loro competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti (art.201 D.Lgs.152/06) La stessa autorità d'Ambito, tuttavia, non è chiamata a gestire direttamente il servizio, che deve essere assegnato a mezzo di una gara secondo i principi di cui all'art.113 co.7 D.Lgs 267/00. Inoltre, ai sensi dell'art.238 co.3 (previa espressa abrogazione della tariffa di cui all'art.49 D.Lgs.22/97) è stato altresì previsto che: "La tariffa è determinata, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 6, dalle Autorità d'ambito ed è applicata e riscossa dai soggetti affidatari del servizio di gestione integrata sulla base dei criteri fissati dal regolamento di cui al comma 6.". Solo quindi*

*dall'entrata in vigore del nuovo T.U. ambientale è stato attribuito, ad un soggetto sostanzialmente differente dalla precedenti "società d'ambito", il potere di determinazione della tariffa*".

avv. Salvatore Veneziano

Consigliere T.A.R. Sicilia – Palermo

(*) Testo della relazione tenuta in occasione del convegno di studi "I Servizi Pubblici Locali", organizzato dall'I.S.E.L. – Istituto Documentazione Ricerche e Formazione per gli Enti Locali - in Palermo nei giorni 9 e 10 novembre 2007.

( da www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Veneziano.htm )