

La riorganizzazione per ambiti ottimali del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani. Il caso del Veneto

Jacopo Bercelli

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della legislazione statale di riorganizzazione per ambiti o bacini territoriali ottimali del servizio di gestione dei rifiuti – 2. La corrispondente evoluzione della legislazione regionale Veneto in tema di riorganizzazione per ambiti o bacini territoriali ottimali del servizio di gestione rifiuti – 3. Il procedimento amministrativo di costituzione dei Consigli di bacino tra autonomia locale e poteri sostitutivi – 4. La procedura di nuovo affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani da parte dei Consigli di bacino: tutela della concorrenza, autoproduzione e obbligo di congrua motivazione

1. L'evoluzione della legislazione statale di riorganizzazione per ambiti o bacini territoriali ottimali del servizio di gestione rifiuti

Il presente studio mira ad analizzare la riorganizzazione per ambiti ottimali del servizio di gestione dei rifiuti e il rapporto tra tale riorganizzazione e il principio di tutela della concorrenza nell'affidamento del servizio stesso.

In particolare, si vuole approfondire tale tematica non solo con riferimento alla legislazione statale e regionale, ma anche verificando in concreto il procedimento organizzativo (o infrastrutturale) che viene seguito dagli Enti locali per la costituzione dei nuovi enti di governo di ambito ⁽¹⁾. Si è pertanto scelto di approfondire il caso della Regione Veneto, nella quale sono in fase di completamento i procedimenti di costituzione degli enti di governo dei bacini ed è quindi possibile

(1) Sulla rilevanza dei procedimenti amministrativi in materia di organizzazione, cfr. F. MERLONI, *Proposta di uno studio sui procedimenti organizzativi*, in S. AMOROSINO (a cura di) *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1996, p. 173 ss.

verificare in concreto come la Regione e i Comuni abbiano dato attuazione alle disposizioni legislative statali e regionali ⁽²⁾.

L'ordinamento legislativo statale oggi vigente impone la riorganizzazione del servizio rifiuti per ambiti territoriali ottimali: in questo senso dispone infatti l'art. 3-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, del d.l. 138 del 2011 ⁽³⁾.

Si deve tuttavia subito evidenziare che la storia della legislazione statale di riorganizzazione per ambiti territoriali ottimale del servizio di gestione rifiuti risale a quasi un decennio fa. Infatti già con il d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 e poi con il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 il legislatore statale aveva imposto una tale riorganizzazione, secondo un modello organizzativo sostanzialmente corrispondente a quello indicato dalla legislazione oggi vigente. Con il d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 recante «Attuazione della direttiva 91/156/CEE sui rifiuti, della direttiva 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e della direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio», il legislatore statale per la prima volta ha introdotto nel nostro ordinamento la previsione che la gestione del servizio rifiuti vada organizzata per ambiti territoriali ottimali sovracomunali, con conseguente obbligo per i Comuni ricadenti in ciascun ambito di costituire e aderire ad una forma di cooperazione intercomunale ⁽⁴⁾.

(2) Per una ricognizione completa e aggiornata degli assetti organizzativi delineati dalle varie legislazioni regionali, cfr. INVITALIA, *Assetti organizzativi del servizio di gestione rifiuti urbani*, consultabile in www.spl.invitalia.it.

(3) Per un'analisi della normativa vigente e dei processi di riorganizzazione per ambiti ottimali dei servizi pubblici locali, compreso il servizio rifiuti, cfr. Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, Audizione «*La gestione associata delle funzioni e dei servizi comunali*», Commissione Affari Costituzionali, Camera dei Deputati, 1° dicembre 2015.

Nell'ordinamento delle autonomie locali, con particolare riferimento ai servizi pubblici locali, si è sempre posto il problema di creare strutture di governo, ovvero strutture di gestione, aventi una dimensione adeguata rispetto al compito di pubblica amministrazione da svolgere: cfr. F. BASSI, *Profili giuridici dell'azienda consorziale di pubblici servizi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 368 ss.

(4) Cfr. l'art. 23 di tale decreto legislativo: *Gestione dei rifiuti urbani in ambiti territoriali ottimali*. «1. Salvo diversa disposizione stabilita con legge regionale, gli ambiti territoriali ottimali per la gestione dei rifiuti urbani sono le Province. In tali ambiti territoriali ottimali le Province assicurano una gestione unitaria dei rifiuti urbani e predispongono piani di gestione dei rifiuti, sentiti i Comuni, in applicazione degli indirizzi e delle prescrizioni del presente decreto. 2. Per esigenze tecniche o di efficienza nella gestione dei rifiuti urbani, le Province possono autorizzare gestioni anche a livello subprovinciale purché, anche in tali ambiti territoriali sia superata la frammentazione della gestione. 3. I Comuni di ciascun ambito territoriale ottimale di cui al comma 1, entro il termine perentorio di sei mesi dalla delimitazione dell'ambito medesimo, organizzano la gestione dei rifiuti urbani secon-

Gli elementi essenziali di tale disciplina erano i seguenti. La dimensione degli ambiti territoriali ottimali veniva fatta coincidere con il territorio provinciale, salvo diversa disposizione stabilita con legge regionale. I Comuni ricadenti in ciascun ambito, con il coordinamento della Provincia, erano chiamati a costituire una forma di cooperazione in forma convenzionale o consortile. Tali procedimenti di costituzione delle forme di cooperazione dovevano concludersi entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto, e in caso di inerzia si prevedeva il potere sostitutivo delle Regioni ⁽⁵⁾.

Il sopra indicato decreto legislativo è stato successivamente abrogato e sostituito dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 recante «Norme in materia ambientale», che ambiva a rappresentare una sorta di testo unico in materia ambientale.

Anche questa nuova disciplina legislativa statale ribadiva la necessaria riorganizzazione del servizio gestione rifiuti per ambiti territoriali ottimali ⁽⁶⁾.

L'art. 200, comma 1 infatti prevedeva che «La gestione dei rifiuti urbani è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali, di seguito anche denominati ATO». Il compito di delimitare tali ambiti veniva affidato al-

do criteri di efficienza, di efficacia e di economicità. 4. I Comuni provvedono alla gestione dei rifiuti urbani mediante le forme, anche obbligatorie, previste dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, come integrata dall'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498. 5. Per le finalità di cui ai commi 1, 2 e 3 le Province, entro il termine di dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, coordinano, sulla base della legge regionale adottata ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni, le forme ed i modi della cooperazione tra gli Enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale. Nei casi in cui la forma di cooperazione sia attuata per gli effetti dell'articolo 24 della legge 8 giugno 1990, n. 142, le Province individuano gli Enti locali partecipanti, l'Ente locale responsabile del coordinamento, gli adempimenti ed i termini previsti per l'assicurazione delle convenzioni di cui all'articolo 24, comma 1, della legge 8 giugno 1990, n. 142. Dette convenzioni determinano in particolare le procedure che dovranno essere adottate per l'assegnazione del servizio di gestione dei rifiuti, le forme di vigilanza e di controllo, nonché gli altri elementi indicati all'articolo 24, comma 2, della legge 8 giugno 1990, n. 142. Decorso inutilmente il predetto termine le Regioni e le Province autonome provvedono in sostituzione degli enti inadempienti».

(5) Per un commento a tale disciplina, cfr. S. COLOMBARI, *La riorganizzazione del servizio pubblico di gestione dei rifiuti urbani e la disciplina giuridica delle forme di cooperazione tra enti locali*, in questa *Rivista*, 1, 1999, pp. 31-58.

(6) Per un commento a tale disciplina cfr. M.G. ROVERSI MONACO, *I servizi pubblici locali tra continuità e nuovi affidamenti (la disciplina del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti urbani)*, in *Giustizia amministrativa*, 2006, pp. 975-989.

le Regioni (7). Alle Regioni veniva altresì affidato il compito di disciplinare le modalità di cooperazione tra gli Enti locali ricompresi nei nuovi ambiti (8). Il medesimo decreto legislativo prevedeva poi dei tempi molto brevi per l'attuazione della riforma stessa: infatti l'art. 204, comma 2, disponeva che la nuova «Autorità d'ambito dispone i nuovi affidamenti, nel rispetto delle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto, entro nove mesi dall'entrata in vigore della medesima parte quarta».

L'attuazione della riorganizzazione del servizio rifiuti sulla base delle nuove Autorità di ambito è stata tuttavia successivamente ostacolata e contraddetta dallo stesso legislatore statale, per andare incontro all'istanza di contenimento della spesa pubblica contraria alla moltiplicazione degli Enti pubblici, tra i quali venivano considerate anche le nuove Autorità d'ambito (9).

E così, in primo luogo, l'art. 2, comma 186-*bis*, l. 23 dicembre 2009, n. 191, come modificato dall'art. 1, comma 1-*quinquies*, d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 marzo 2010, n. 42, ha disposto la soppressione dell'Autorità d'ambito territoriale prevista dall'art. 201 del d.lgs. n. 152 del 2006; in secondo luogo, il medesimo art. 2, comma 186-*bis* ha altresì abrogato lo stesso articolo 201, a decorrere dal 31 dicembre 2012, per effetto di quanto disposto dall'art. 13, comma 2, d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 febbraio 2012, n. 14.

(7) Cfr. art. 200, comma 2 del d.lgs. cit.: «Le Regioni, sentite le Province ed i Comuni interessati, nell'ambito delle attività di programmazione e di pianificazione di loro competenza, entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto, provvedono alla delimitazione degli ambiti territoriali ottimali».

(8) Cfr. art. 201, comma 1 del d.lgs. cit.: «Al fine dell'organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della parte quarta del presente decreto, disciplinano le forme e i modi della cooperazione tra gli Enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale, prevedendo che gli stessi costituiscano le Autorità d'ambito di cui al comma 2, alle quali è demandata, nel rispetto del principio di coordinamento con le competenze delle altre amministrazioni pubbliche, l'organizzazione, l'affidamento e il controllo del servizio di gestione integrata dei rifiuti».

(9) Per una ricostruzione delle norme legislative statali sulla soppressione delle Autorità di ambito, cfr. E.M. PALLI, *La (prorogata) soppressione delle Autorità d'ambito territoriale ottimale nei servizi pubblici locali ambientali*, in questa *Rivista*, 2012, p. 881 ss.

Il disegno riformatore di istituzione delle nuove Autorità di ambito contenuto nel d.lgs. n. 152 del 2006 è stato tuttavia ripreso con il d.l. n. 138 del 2011 conv. con modificazioni in l. n. 148 del 2011. Tale decreto ha infatti previsto, in funzione di tutela della concorrenza e dell'ambiente, che tutti i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica debbano essere organizzati sulla base di ambiti o bacini territoriali ottimali, con l'obbligatoria istituzione di nuovi enti di governo sovracomunali ⁽¹⁰⁾. L'art. 3-*bis*, comma 1, del d.l. n. 138 del 2011 infatti statuisce che «A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi, entro il termine del 30 giugno 2012».

La previsione sopra riportata è stata successivamente completata dall'art. 34 del d.l. n. 179 del 2012 conv. con mod. in l. n. 221 del 2012, il quale ha inserito nel sopra citato art. 3-*bis* del d.l. n. 138 del 2011 un nuovo comma 1-*bis*, in cui si prevede che «Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo, sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo».

Dunque, il legislatore statale nel 2012 ha statuito in modo assolutamente tassativo che dal 2012 tutte le funzioni di organizzazione del servizio rifiuti debbano essere disposti solo ed esclusivamente dai nuovi enti di governo dei bacini territoriali ottimali.

La necessità che siano i nuovi enti di bacino e non più i Comuni a deliberare circa l'organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevan-

(10) Per un inquadramento di tale normativa nell'evoluzione della legislazione statale in materia di cooperazione tra Enti locali, cfr. C. TUBERTINI, *La razionalizzazione del sistema locale in Italia, verso quale modello?*, in questa *Rivista*, 3, 2012, p. 707 ss.

za economica, compreso il servizio rifiuti, è stata successivamente ribadita dal legislatore statale con l'art. 13 del d.l. 30 dicembre 2013, n. 150. Tale norma infatti prevede che «La mancata istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale ai sensi del comma 1 dell'art. 3-bis del decreto legge n. 138 del 2011 ovvero la mancata deliberazione di affidamento entro il termine del 30 giugno 2014, comportano l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Prefetto competente per territorio, le cui spese sono a carico dell'ente inadempiente, che provvede agli adempimenti necessari al completamento della procedura di affidamento entro il 31 dicembre 2014».

Si tratta dunque di una norma chiaramente diretta a “mettere in mora” gli Enti locali che non abbiano già provveduto all'istituzione dei nuovi enti di governo. Non risulta tuttavia che nella Regione Veneto i Prefetti abbiano effettivamente esercitato i poteri ivi previsti.

In base alla legislazione statale ed in particolare al sopra riportato art. 3-bis del d.l. n. 138 del 2011, la disciplina concreta relativa alla definizione dei perimetri dei bacini e alla istituzione e organizzazione degli enti di governo sovracomunali è affidata alla legislazione regionale ⁽¹¹⁾. Appare utile precisare che la scelta per una riorganizzazione per ambiti territoriali ottimali trova conferma nell'art. 13 del testo dello «Schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale» in corso di approvazione in attuazione della c.d. legge Madia (legge n. 124 del 2015).

Si deve pertanto ora passare ad analizzare la legislazione che la Regione Veneto ha posto in essere in tema di organizzazione e gestione sovracomunale del servizio rifiuti.

2. La corrispondente evoluzione della legislazione regionale Veneto in tema di riorganizzazione per ambiti o bacini territoriali ottimali del servizio di gestione rifiuti

L'evoluzione della legislazione statale descritta nel paragrafo precedente

(11) Il ruolo, anzitutto normativo, attribuito alle Regioni nel complesso processo di costituzione delle forme obbligatorie di cooperazione tra Enti locali è stato da sempre oggetto di dibattito in dottrina: cfr. M. CAMMELLI, *Le forme associative tra i Comuni*, in *Quad. cost.*, 1986, p. 89 ss.; C. MIGNONE, *Commento alla legge sulle autonomie locali*, Torino, 1993, p. 9 ss.

te ha trovato e trova corrispondenza a livello di legislazione regionale del Veneto.

Infatti, in attuazione del d.lgs. n. 22 del 1997, la Regione Veneto aveva adottato la legge regionale 21 gennaio 2000, n. 3 recante «Nuove norme in materia di gestione dei rifiuti».

All'art. 8, comma 1, di tale legge si prevedeva che «Gli ambiti territoriali ottimali per la gestione dei rifiuti urbani corrispondono al territorio provinciale». All'art. 14, comma 1, si disponeva che «I Comuni e le Province ricadenti in ciascun ambito territoriale ottimale ... istituiscono l'Autorità di ambito, utilizzando una delle seguenti forme di cooperazione: a) convenzione ai sensi dell'articolo 30 del decreto legislativo 267/2000 ... ; b) consorzio ai sensi dell'articolo 31 del decreto legislativo n. 267/2000». In entrambe le ipotesi, comunque «l'autorità d'ambito di cui all'articolo 14 ha personalità giuridica di diritto pubblico» (art. 17, comma 1).

Nel 2012, stante la sopra descritta evoluzione della legislazione statale, la Regione Veneto ha nuovamente disciplinato la materia.

In particolare, nel 2012 la Regione Veneto ha dato attuazione al citato art. 2, comma 186-*bis* della legge 23 dicembre 2009, n. 191, approvando la legge regionale Veneto 31 dicembre 2012, n. 52 recante «Nuove disposizioni per l'organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani ed attuative dell'articolo 2, comma 186-*bis* della legge 23 dicembre 2009, n. 191, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2010)», che rappresenta la disciplina regionale oggi vigente.

La legge reg. Veneto n. 52 del 2012 struttura la nuova organizzazione territoriale del servizio rifiuti su due livelli: l'ambito territoriale ottimale, che è individuato nel livello regionale; il bacino territoriale, che in via generale coincide con il territorio provinciale.

Al primo livello, l'ambito territoriale ottimale per l'organizzazione, il coordinamento e il controllo del servizio di gestione integrata dei rifiuti viene individuato nel territorio regionale (art. 2, comma 1, legge reg. cit.). Di conseguenza, presso la struttura regionale competente in materia di ambiente, viene istituito il «Comitato di bacino regionale», composto dal Presidente della Giunta (o Assessore all'ambiente) e dai Presidenti dei Consigli di bacino. A tale Comitato di bacino regionale vengono affidate, in sostanza, funzioni generali di indirizzo, vigilanza e con-

trollo sulla gestione del servizio nella Regione in tema di rispetto della normativa, livelli qualità del servizio e livelli tariffari (art. 2, comma 3, legge reg. cit.).

Il secondo livello, quello dei bacini territoriali, è quello a cui vengono allocate le vere e proprie funzioni di organizzazione e controllo del servizio (art. 3, comma 6, legge reg. cit.).

La dimensione di tali bacini territoriali è tendenzialmente quella provinciale, ma comunque la competenza alla individuazione e delimitazione esatta dei bacini è affidata alla Giunta regionale (art. 3, comma 1, legge reg. cit.).

Di seguito, i Comuni ricadenti in ciascun bacino territoriale individuato sono chiamati ad approvare una convenzione di cooperazione intercomunale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 30 del d.lgs. n. 267 del 2000, sulla base di una convenzione-tipo approvata dalla Regione (art. 4, comma 1, legge reg. cit.)⁽¹²⁾.

Con tale convenzione i Comuni stessi istituiscono il Consiglio di bacino quale «ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico e autonomia funzionale, organizzativa, finanziaria, patrimoniale e contabile» (art. 3, comma 5, legge reg. cit.).

Detti Consigli di bacino operano «in nome e per conto degli Enti locali in essi associati» (art. 3, comma 5, legge reg. cit.), per «l'esercizio in forma associata delle funzioni di organizzazione e controllo del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani» (art. 3, comma 1, legge reg. cit.). Tra le funzioni di organizzazione sono espressamente indicate l'indizione della procedura di affidamento dei servizi, l'approvazione e stipulazione del contratto di servizio, la determinazione dei livelli di imposizione tariffaria e la vigilanza sulla corretta erogazione del servizio (cfr. art. 3, comma 6, legge reg. cit.).

Il concreto esercizio delle funzioni di organizzazione sopra indicate necessita di una struttura tecnico-amministrativa adeguata. Coerentemente

(12) Sulle convenzione di cooperazione intercomunale, cfr. L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali*, Rimini, 2000, p. 536 ss.; R. FERRARA, *Moduli e strumenti dell'amministrazione convenzionale e concertata nel governo locale*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 373 ss.; C.E. GALLO, *La collaborazione tra enti locali: convenzioni, unioni, accordi di programma*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, p. 448 ss.; C. TUBERTINI, *Le forme associative e di cooperazione fra gli enti locali tra i principi di autonomia e di adeguatezza*, in questa Rivista, 2000, p. 305 ss.

la legge prevede che venga istituito presso ciascun Consiglio di bacino un Ufficio di bacino (art. 4, comma 2, lett. *d*) legge reg. cit.), cui è preposto un Direttore, con responsabilità organizzativa e gestionale dell'ufficio stesso (art. 4, comma 4, legge reg. cit.). Si tratta, come vedremo nel successivo paragrafo 4, di uno degli aspetti centrali della nuova disciplina: l'adeguatezza della struttura tecnica di bacino è infatti il presupposto sia di una efficace riorganizzazione della gestione del servizio sia di una effettiva considerazione del principio di tutela della concorrenza nell'affidamento del servizio.

3. Il procedimento amministrativo di costituzione dei Consigli di bacino tra autonomia locale e poteri sostitutivi

La compiuta realizzazione in concreto del disegno di riorganizzazione indicato dal legislatore statale e delineato dal legislatore regionale Veneto richiede, da parte della Regione e degli Enti locali, lo svolgimento di diversi procedimenti amministrativi e l'adozione di diversi atti amministrativi di organizzazione.

In primo luogo, viene affidato alla Giunta regionale il compito di approvare il riconoscimento dei bacini territoriali provinciali, valutando altresì, su proposta motivata degli Enti locali, l'opportunità, in base al criterio di differenziazione territoriale e socio-economica, di deliberare il riconoscimento di bacini territoriali di diversa dimensione, infraprovinciale o interprovinciale.

La Giunta regionale Veneto, con delibera n. 13 del 21 gennaio 2014, sentito il parere della competente Commissione consiliare, ha deliberato il «Riconoscimento dei bacini territoriali per l'esercizio in forma associata delle funzioni di organizzazione e controllo del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani a livello provinciale». In particolare, sono stati individuati 11 bacini territoriali, utilizzando dunque la facoltà prevista dalla legge di individuare bacini infraprovinciali (le Province infatti sono solo 7). Si è trattato di un passaggio assai delicato e controverso, come si evince dal parere espresso dalla Commissione consiliare, anche sotto il profilo del principio di tutela della concorrenza. Infatti la Giunta ha disegnato dei bacini territoriali tendenzialmente coincidenti con le dimensioni delle gestioni in essere. E questa tendenziale coincidenza ovviamente prelude più ad una conservazione degli assetti ge-

stionali esistenti che non ad una effettiva riorganizzazione degli stessi. La Giunta regionale ha altresì provveduto, con delibera n. 1117 del 1 luglio 2014, ad approvare lo schema di convenzione-tipo per la costituzione e il funzionamento dei Consigli di bacino, da adottare da parte degli Enti locali ⁽¹³⁾.

Il testo della convenzione-tipo approvata, in sintesi: ribadisce la natura di ente pubblico del costituendo Consiglio di bacino; prevede che la convenzione abbia una durata ventennale; prevede che venga individuato un Ente locale responsabile del coordinamento per la costituzione del Consiglio di bacino; statuisce che le quote di partecipazione al Consiglio siano determinate in rapporto all'entità della popolazione residente; individua gli organi e gli uffici del Consiglio di bacino, la loro composizione, le norme di funzionamento e le loro competenze.

Il potere di impulso per la concreta istituzione del Consiglio di bacino è quindi affidato all'Ente locale individuato come responsabile del coordinamento (di regola, il Comune con il maggior numero di abitanti). In particolare, il Sindaco del Comune individuato come responsabile del coordinamento predispone una bozza di convenzione sulla base della convenzione-tipo regionale, e procede a convocare i Sindaci di tutti i Comuni interessati, i quali in assemblea sono chiamati ad approvare un testo condiviso di convenzione di cooperazione.

In relazione a questo primo e fondamentale passaggio, si deve osservare che nella legge regionale e negli atti approvati dalla Giunta regionale non vi è alcuna indicazione specifica circa le regole di convocazione, funzionamento e deliberazione di questa prima assemblea. In particolare, non ne viene indicato né il *quorum* costitutivo né il *quorum* deliberativo.

In proposito infatti l'art. 4, comma 1, della legge reg. n. 52 del 2012 si

(13) Sul valore giuridico delle convenzioni tipo in generale, cfr. G. FALCON, voce *Convenzioni e accordi amministrativi*, I), *Profili generali*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1988.

Sulle convenzioni intercomunali come strumenti di autoordinamento ovvero di eterocoordinamento, cfr. G. FALCON, *Il coordinamento regionale degli enti locali. Gli strumenti consensuali*, in *Reg. e gov. loc.*, 1990, p. 207 ss.; M.S. GIANNINI, *Intervento*, in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali, Atti del V Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1961, p. 114 ss.

limita a rinviare all'art. 30 del d.lgs. n. 267 del 2000 ⁽¹⁴⁾. E l'art. 30 del d.lgs. n. 267 del 2000, con riferimento alle forme di convenzione obbligatoria, si limita a prevedere la previa statuizione di un disciplinare-tipo, ma non contiene alcuna disciplina sulla procedura che gli Enti locali devono seguire per approvare la convenzione di cooperazione, e dunque neppure disciplina le regole di costituzione e di funzionamento dell'assemblea nella quale i rappresentanti degli Enti locali sono chiamati ad accordarsi sul testo di convenzione.

Come noto infatti, né la legge n. 142 del 1990 aveva disciplinato né il d.lgs. n. 267 del 2000 disciplina il procedimento per la conclusione della convenzione di cooperazione intercomunale. E questa mancanza riflette la disciplina dell'istituto degli accordi tra pubbliche amministrazioni *ex art. 15* della legge n. 241 del 1990, ove il legislatore si limita a statuire che tali accordi possono essere raggiunti «anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14», ossia indipendentemente dalla previa indicazione di una conferenza di servizi ⁽¹⁵⁾.

Trattandosi di un'assemblea funzionale all'approvazione del testo di una convenzione di cooperazione intercomunale, ossia di un accordo tra amministrazioni *ex art. 15* della legge n. 241 del 1990, la regola dovrebbe essere – a giudizio di chi scrive – quella dell'approvazione del testo all'unanimità (ed è questo il motivo per il quale né l'art. 30 del d.lgs. n. 267 del 2000 né la legge reg. Veneto n. 52 del 2012 prevedono per tale fattispecie alcun *quorum* costitutivo e deliberativo).

(14) L'art. 4, comma 1, infatti prevede che «Ai fini della costituzione dei Consigli di bacino, gli Enti locali ricadenti in ciascun bacino territoriale approvano un'apposita convenzione ai sensi e per gli effetti dell'articolo 30 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sulla base di una convenzione-tipo approvata dalla Giunta regionale entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge».

(15) Cfr. R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, con il coordinamento di D.U. GALETTA e M. GIGANTE, Milano, 2011; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2003; E. BRUTI LIBERATI, voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir. agg.*, vol. 5, Milano, 2001; F. MERUSI, *Procedimenti di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, 1993, p. 1039 ss.; G. GRECO, in V. ITALIA e M. BASSANI (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (legge 7 agosto 1990, n. 241 e regolamenti di attuazione)*, Milano, 1995, p. 353 ss.

Si deve però osservare che nella realtà alcuni Comuni responsabili del coordinamento e gli Enti locali partecipanti hanno applicato anche a quest'assemblea i *quorum* costitutivi e deliberativi previsti dall'articolo 10 della convenzione-tipo regionale per il funzionamento dell'assemblea di bacino, arrivando così a "concordare" il testo dell'accordo a maggioranza e non all'unanimità.

Ma questa prima riunione dei Sindaci dedicata all'approvazione del testo di convenzione da sottoporre ai Consigli comunali non è (ancora) l'assemblea di bacino, e l'applicazione a questa prima riunione dei *quorum* previsti per l'assemblea di bacino non appare supportata da alcun dato normativo. In particolare, non trova un fondamento normativo l'applicazione a questa riunione delle regole di costituzione e deliberazione a maggioranza previste per l'assemblea di bacino.

In assenza di una diversa e specifica disciplina legislativa o regolamentare, sarebbe stata più coerente con la natura dell'atto da approvare l'applicazione della regola dell'unanimità sia per la costituzione dell'assemblea sia per l'approvazione del testo di convenzione. Con la conseguenza che, nel caso in cui alcuni Sindaci, nella prima assemblea, non avessero dato il loro assenso al testo di convenzione proposto dal Comune responsabile e condiviso dagli altri Sindaci, non si sarebbe potuto considerare approvato il testo della convenzione. La via per superare l'eventuale situazione di stallo avrebbe potuto essere solo quella dell'esercizio del potere sostitutivo da parte del Presidente della Giunta regionale (non quella della deliberazione a maggioranza, come invece è concretamente avvenuto).

Infatti l'art. 4, comma 6 della legge reg. Veneto n. 52 del 2012 prevede un'unica modalità di superamento della persistente inerzia o inadempimento da parte degli Enti locali rispetto alle procedure di costituzione dei Consigli di bacino, mediante il richiamo all'art. 16 della legge reg. Veneto n. 11 del 2001 («Nel caso sia accertata una persistente inerzia o inadempimento rispetto agli adempimenti di cui al comma 1 da parte degli Enti locali, si applica la disciplina di cui all'articolo 16 della legge regionale 13 aprile 2001, n. 11»).

E l'art. 16 cit. prevede che «nel caso siano accertati una persistente inerzia o inadempimento nell'esercizio delle funzioni e dei compiti conferiti dalla presente legge alle Province, ai Comuni, alle Comunità montane e al-

le autonomie funzionali, il Presidente della Giunta regionale, previa comunicazione alla Conferenza permanente Regione-Autonomie locali, assegna agli enti inadempienti un congruo termine, non inferiore a trenta e non superiore a sessanta giorni, per provvedere, salvo deroga motivata da ragioni di urgenza. Decorso inutilmente tale termine, il Presidente della Giunta regionale, sentiti gli enti inadempienti, nomina un commissario *ad acta* che provvede in via sostitutiva e nei casi più gravi, sentita la Conferenza permanente Regione-Autonomie locali, attiva il procedimento legislativo di revoca delle funzioni e dei compiti amministrativi già conferiti». Proseguendo nell'analisi del procedimento di costituzione dei Consigli di bacino, a questo punto il testo della convenzione concordato tra i Sindaci viene sottoposto per l'approvazione ai Consigli comunali di tutti i Comuni interessati. Infatti l'art. 42 del d.lgs. n. 267 del 2000 inserisce le «convenzioni tra i Comuni e quelle tra i Comuni e le Province, costituzione e modificazione di forme associative» tra gli atti fondamentali di indirizzo e controllo politico amministrativo riservati alla competenza esclusiva dei Consigli comunali. Ovviamente, anche in relazione a tale passaggio nei Consigli comunali, in caso di inerzia di qualche Consiglio comunale, si applica l'art. 16 della legge reg. Veneto n. 11 del 2001, e dunque si deve procedere con il potere sostitutivo del Presidente della Giunta regionale.

Una volta che tutti i Consigli comunali abbiano approvato la convenzione di cooperazione nel medesimo testo, i Sindaci (o altro soggetto autorizzato dall'ente) sono chiamati a sottoscrivere tale convenzione e dunque, da tale momento, può dirsi costituito il Consiglio di bacino come persona giuridica di diritto pubblico.

Per arrivare alla piena operatività di tale nuovo ente, tuttavia, saranno necessari ancora alcuni passaggi fondamentali.

In primo luogo dovrà essere convocata l'assemblea di bacino, la quale nella prima seduta procede a eleggere il Comitato di bacino e, tra i componenti di detto Comitato, anche il Presidente del Bacino (cfr. art. 9 della convenzione-tipo regionale).

Il Comitato di bacino dovrà quindi approvare il regolamento per il funzionamento degli organi del Consiglio di bacino, nonché il regolamento per il funzionamento della struttura operativa del medesimo (cfr. art. 12 della convenzione-tipo regionale).

Di seguito, su proposta del Comitato di bacino, verrà nominato dall'Assemblea il Direttore, che ha la responsabilità della struttura operativa del Consiglio di bacino (cfr. art. 15 della convenzione-tipo regionale). E verrà istituito, utilizzando prioritariamente personale già in servizio presso gli Enti locali partecipanti, l'ufficio del Consiglio di bacino con competenze tecniche e capacità professionali adeguate (cfr. art. 16 convenzione-tipo regionale).

Alla luce di quanto sopra descritto, appare evidente che il procedimento per arrivare alla concreta istituzione e operatività del Consiglio di bacino implica una molteplicità di passaggi, che nascondono potenziali ostacoli e difficoltà interpretative ed operative. E nel caso di inerzie e inadempimenti da parte degli Enti locali in qualsiasi passaggio del procedimento di costituzione del Consiglio di bacino, l'art. 4, comma 6 della legge reg. n. 52 del 2012 prevede un generale potere sostitutivo della Regione, e dunque deve intervenire il Presidente della Giunta regionale, prima con una diffida e poi, in caso di persistente inerzia, con la nomina di un commissario *ad acta*.

La previsione in legge regionale del potere sostitutivo in capo alla Regione a fronte di inerzie e inadempimenti degli Enti locali nella costituzione di forme di cooperazione intercomunale obbligatorie trova il proprio fondamento, a livello di principi dell'ordinamento locale, nell'art. 4 del d.lgs. n. 267 del 2000 che nel delineare il «Sistema regionale delle autonomie locali» affida alla Regione il compito di «realizzare un efficiente sistema delle autonomie locali al servizio dello sviluppo economico, sociale e civile».

Semmai esiste un problema sotto il profilo strettamente applicativo, in quanto non vi è alcuna previsione circa tempi certi e termini perentori per l'esercizio di tale potere sostitutivo, e dunque la tempestività dell'intervento è in realtà rimessa alla valutazione, anche politica, del Presidente della Regione.

In sintesi, i procedimenti organizzativi di effettiva costituzione e operatività dei Consigli di bacino, da cui dipendono l'avvio della riorganizzazione del servizio e dunque anche l'applicazione del principio di tutela della concorrenza in tale riorganizzazione, sono assai articolati, ma soprattutto non trovano nella legge tempi certi di conclusione, con la conseguenza che il loro effettivo completamento è rimesso alla capaci-

tà politica dei Comuni di trovare un accordo ovvero, in mancanza, alla volontà politica della Regione e del suo Presidente.

4. La procedura di nuovo affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani da parte dei Consigli di bacino: tutela della concorrenza, autoproduzione e obbligo di congrua motivazione

Si tratta ora di verificare e dimostrare che il principio di tutela della concorrenza è un principio che, pur affiancato da quello della libertà di autoproduzione affermato dalla Direttiva 2014/23/UE⁽¹⁶⁾, deve essere particolarmente considerato nella riorganizzazione del servizio rifiuti e dunque non può essere dimenticato dai Consigli di bacino nell'esercizio della prima fondamentale funzione ad essi affidata, ossia – come recita l'art. 3, comma 6, lett. c) della legge n. 52 del 2012 – l'indizione della procedura di affidamento del servizio di raccolta, trasporto, avvio a smaltimento e recupero».

Per argomentare la vigenza del principio di tutela della concorrenza si deve partire dall'analisi della normativa legislativa statale sulla riorganizzazione per ambiti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, già citata nel primo paragrafo del presente scritto⁽¹⁷⁾.

Il già riportato art. 3-bis, comma 1 del d.l. n. 138 del 2011, che rappresenta la norma alla base del processo di riorganizzazione per ambiti ottimali del servizio rifiuti, statuisce che «A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massi-

(16) Cfr. in particolare il principio affermato nell'art. 2 e sviluppato con specifico riferimento al modello *in house* nell'art. 17 della Direttiva citata. Per un commento alla disciplina positiva dell'*in house* contenuta nella Direttiva, cfr. C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, Roma, 2014.

(17) Per una ricostruzione del rapporto tra tutela della concorrenza e disciplina italiana dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, cfr. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, p. 104 ss., nonché G. PIPERATA, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Mumus*, 2011, p. 33 ss., F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, p. 219 ss., M. DUGATO, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. appalti*, 2010, p. 41 ss.

mizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi, entro il termine del 30 giugno 2012».

Dunque, questa legislazione di riorganizzazione viene messa in campo in funzione di due fondamentali interessi pubblici, la cui cura è affidata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato: la tutela della concorrenza e la tutela dell'ambiente.

Di conseguenza, le norme statali di riorganizzazione del servizio sono necessariamente norme di tutela della concorrenza e dell'ambiente, e dunque vanno interpretate e applicate alla luce di tali due principi.

Dunque, non si può cadere in una lettura dell'evoluzione della disciplina statale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che consideri superato e non vigente in tale settore il principio di tutela della concorrenza ⁽¹⁸⁾.

Infatti, è vero che l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 imponeva la gara e marginalizzava la modalità di affidamento diretto *in house*; è vero che tale normativa è stata abrogata per via referendaria, e che la Corte costituzionale ha giudicato illegittimo il tentativo del Governo di reintrodurre una normativa analoga per decreto legge (Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199); è altresì vero che oggi, come affermato dalla Corte, in materia di affidamento di tali servizi si applicano i principi comunitari e che tali principi prevedono sia l'affidamento con gara sia l'affidamento diretto *in house* sia l'affidamento diretto a società mista in cui il socio privato industriale sia stato scelto con gara ⁽¹⁹⁾.

Tale evoluzione normativa, se certamente evidenzia come oggi l'Ente locale non sia obbligato sempre e comunque ad affidare il servizio con gara, tuttavia, a giudizio di chi scrive, non deve portare a concludere che le tre forme di affidamento del servizio siano sullo stesso piano. In realtà, nell'ambito della giurisprudenza amministrativa ad oggi paiono coesistere due diversi indirizzi sul punto.

(18) Cfr. C. VOLPE, *L'affidamento in house: situazione attuale e prospettive per una disciplina specifica*, in C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni: elementi critici e opportunità*, Editoriale Scientifica, 2015, p. 132.

(19) Cfr. L. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, p. 906 ss.; T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'instabilità nazionale alla deriva europea*, in *Munus*, 2012; J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013.

Un primo indirizzo interpretativo afferma che i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere gestiti «indifferentemente» mediante il ricorso al mercato o all'affidamento diretto *in house*, e che «l'affidamento diretto *in house* – lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali – costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse». Dunque, la scelta della modalità di affidamento si configura come «scelta ampiamente discrezionale», che deve sì essere «adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano», ma che «come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità o arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti» (20).

Tuttavia è altresì ravvisabile un indirizzo giurisprudenziale diverso, rappresentato da sentenze del Consiglio di Stato nelle quali si evidenzia come la vigente legislazione ritenga comunque che l'affidamento con gara rappresenti modalità preferenziale, anche perché il legislatore espressamente incentiva il ricorso al mercato rispetto all'affidamento diretto *in house*.

In particolare, una recente pronuncia afferma che «la scelta del legislatore operata con l'art. 3-bis, d.l. 138/2011, milita nel senso di incentivare il ricorso al mercato in materia di servizi pubblici locali», evidenziando come la legislazione statale vigente esprima «l'opzione – in coerenza con la normativa comunitaria – di promuovere l'affidamento dei servizi pubblici locali a terzi e/o a società miste pubblico-private e di contenere il fenomeno delle società *in house*» (21).

(20) Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, seguito sul punto da TAR Liguria, sez. II, 8 febbraio 2016, n. 120. Nell'ambito di tale indirizzo, si segnala altresì Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1034.

(21) Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 dicembre 2015, n. 5759, nella quale si afferma che «la Corte costituzionale, con sentenza 20 marzo 2013, n. 46, ha rimarcato come la scelta del legislatore operata con l'art. 3-bis, d.l. 138/2011, milita nel senso di incentivare il ricorso al mercato in materia di servizi pubblici locali. Infatti, la Consulta ha dichiarato inammissibile la censura relativa al comma 3 dell'art. 3-bis del d.l. n. 138 del 2011 – il quale prevede che, a decorrere dal 2013, l'applicazione delle procedure di affidamento ad evidenza pubblica da parte di Regioni, Province e Comuni o degli enti di governo locali o del bacino costituisca elemento di valutazione della «virtuosità» degli stessi enti, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (Di-

Nello stesso senso, altre recenti pronunce del Consiglio di Stato sottolineano come «*in house providing*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembri rappresentare, prima che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario», con la conseguenza che «l'affidamento diretto ha carattere spiccatamente derogatorio» (22).

D'altra parte, la Corte dei Conti, Sezione Autonomie, in una recentissima Audizione alla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, espressamente ha ricordato che «L'azione del legislatore statale, sulla spinta delle direttive e della giurisprudenza comunitaria, è da tempo orientata nel senso di accrescere la concorrenza nel settore. Da ultimo, l'intento è stato ribadito dall'art. 19 della legge delega n. 142/2015, dedicato, appunto, al riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale che, richiamando i principi della tutela e della promozione della concorrenza, ha invitato il legislatore delegato a definire i criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, ove non sussistano i presupposti della concorrenza e del mercato» (23).

sposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111 – in relazione alla violazione degli artt. 117, comma secondo, lettera e), e 118 Cost. Infatti, l'intervento normativo statale, con il d.l. n. 1 del 2012, si prefigge la finalità di operare, attraverso la tutela della concorrenza (liberalizzazione), un contenimento della spesa pubblica; con la norma impugnata, il legislatore statale ritiene che tale scopo si realizzi attraverso l'affidamento dei servizi pubblici locali al meccanismo delle gare ad evidenza pubblica, individuato come quello che dovrebbe comportare un risparmio dei costi ed una migliore efficienza nella gestione: da qui l'opzione – in coerenza con la normativa comunitaria – di promuovere l'affidamento dei servizi pubblici locali a terzi e/o a società miste pubblico-private e di contenere il fenomeno delle società *in house*.

(22) Cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291, ove si evidenzia che «Quanto all'esistenza di un precetto comunitario, occorre precisare che l'*in house providing*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, prima che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono che l'affidamento degli appalti pubblici avvenga mediante gara. Infatti l'affidamento diretto del servizio – anche laddove non si traduca nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* possa sfruttare nel mercato, presentandosi come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio* – rileva comunque ai fini della tutela della concorrenza, in quanto sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso», con la conseguenza che «l'affidamento diretto ha carattere spiccatamente derogatorio».

(23) Cfr. Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, Audizione *La gestione associata delle fun-*

Dunque, ad oggi, pur in presenza dei due indirizzi giurisprudenziali sopra richiamati, appare affermabile – a giudizio di chi scrive – che le tre forme di gestione non siano esattamente sullo stesso piano e soprattutto che gli Enti locali (e specificamente i Consigli di bacino) non possono scegliere liberamente tra le forme astrattamente ammesse dal diritto comunitario.

Quanto al primo profilo, poiché il principio di tutela della concorrenza informa per espressa previsione di legge la normativa statale che impone la riorganizzazione del servizio rifiuti per ambiti territoriali ottimali, tale principio è certamente un principio vigente in questo settore. Di conseguenza, non si può affermare che nel settore della gestione dei rifiuti le tre forme di gestione siano assolutamente sullo stesso piano. Due di esse, infatti, ossia l'affidamento con gara e l'affidamento a società mista, garantiscono e attuano in pieno il principio di tutela della concorrenza, mentre l'affidamento *in house*, pur essendo espressione della libertà di autoproduzione quale principio riconosciuto dalla Direttiva 23/2014, comunque produce l'effetto di escludere e annullare in radice ogni possibilità di concorrenza per un dato servizio in un dato ambito territoriale.

Di conseguenza, le due modalità di affidamento che garantiscono la tutela della concorrenza dovrebbero essere considerate preferibili, mentre la forma che esclude e annulla ogni possibilità di concorrenza dovrebbe comunque essere considerata residuale e derogatoria ⁽²⁴⁾.

Quanto al secondo profilo, si deve affermare che gli Enti locali (ossia i Consigli di bacino) non possono certamente ritenere di poter scegliere tra le tre forme di gestione senza una motivazione congrua sotto il profilo della natura tecnico-economica della scelta effettuata.

Tale scelta, infatti, per quanto considerata recentemente dal Consiglio di Stato come scelta ampiamente discrezionale ⁽²⁵⁾, in realtà si deve basare

zioni e dei servizi comunali, cit., p. 22 ss.

(24) Per una ricostruzione in senso opposto, cfr. C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, cit., secondo il quale il principio di libera organizzazione è ontologicamente superiore rispetto a quello della tutela della concorrenza.

(25) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599 ove si afferma che la scelta della modalità organizzativa del servizio «costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che de-

su di una istruttoria adeguata e deve essere supportata da un'altrettanto adeguata motivazione di natura tecnico-economica.

La necessità di una «relazione che confronti i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione tenendosi conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l'uno o l'altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e benefici di ciascuno di essi» era già stata affermata dal Consiglio di Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374.

Detto principio giurisprudenziale è stato recentemente positivizzato dal legislatore statale nell'art. 34, comma 20 del d.l. n. 179 del 2012, ove si prescrive che «Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste».

Successivamente, l'art. 1, comma 609, lett. a) della legge 27 dicembre 2014, n. 190 ha esteso espressamente tale obbligo ai costituendi enti di governo degli ambiti territoriali ottimali, statuendo che «Gli enti di governo di cui al comma 1 devono effettuare la relazione prescritta dall'articolo 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e le loro deliberazioni sono validamente assunte nei competenti organi degli stessi senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive, da parte degli organi degli Enti locali. Nella menzionata relazione, gli enti di governo danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano

ve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti».

le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio»⁽²⁶⁾.

Quello dell'adeguatezza dell'istruttoria e della motivazione è, a giudizio di chi scrive, il cuore del problema della tutela della concorrenza dei servizi pubblici locali in generale, e il punto di contatto più sensibile del rapporto tra principio di tutela della concorrenza e riorganizzazione per ambiti ottimali del servizio rifiuti.

Accade infatti talvolta che gli uffici tecnici dei Comuni, o per insufficienze organizzative o perché comunque enfatizzano la natura di indirizzo politico-amministrativo della scelta, non operino quelle indagini di mercato, non elaborino quelle relazioni tecnico-economiche sui risultati prevedibilmente derivanti dal ricorso alle tre possibili forme alternative di gestione, che sole possono integrare il requisito dell'adeguatezza dell'istruttoria rispetto a siffatte deliberazioni⁽²⁷⁾. Solo un'istruttoria siffatta può rappresentare la base di una motivazione congrua in punto di convenienza rispetto alle altre opzioni, così da fondare la scelta di indirizzo politico-amministrativo che deve essere successivamente compiuta dal Consiglio comunale *ex art.* 42 del d.lgs. n. 267 del 2000. E così può accadere che i Consigli comunali arrivino a deliberare in questa

(26) La norma prosegue statuendo che «Al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento *in house*, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio. Il piano economico-finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966. Nel caso di affidamento *in house*, gli Enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*».

(27) Per un caso evidenziato di recente dalla giurisprudenza, cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 18 gennaio 2016, n. 17, ove con riferimento alla motivazione si lamenta come essa sia «assolutamente generica, limitandosi ad assumere la sussistenza dei presupposti normativi per l'*in house* e a descrivere le caratteristiche del servizio: nessuna stima economica dei costi, nessuna valutazione della convenienza economica dell'affidamento diretto, nessuna indicazione delle ragioni che sconsigliano il ricorso al mercato».

materia senza basarsi su indagini di mercato e relazioni tecnico-economiche sulle possibili forme di gestione alternativa. Con la conseguenza che fatalmente essi decidono non sulla base di considerazioni strettamente tecnico-economiche, ma sulla base di valutazioni altre, che possiamo chiamare latamente e genericamente politiche.

La costituzione dei Consigli di bacino e l'attribuzione ad essi della competenza a deliberare sulla forma di affidamento del servizio devono rappresentare la modalità organizzativa attraverso la quale possono essere superate le inadeguatezze istruttorie e motivazionali sopra indicate, e dunque indirettamente anche lo strumento per garantire in modo più pieno il principio di tutela della concorrenza.

Sotto questo profilo, dunque, appare davvero cruciale che i costituenti Consigli di bacino si dotino effettivamente, come previsto dagli artt. 15 e 16 della convenzione-tipo regionale, di un Ufficio di bacino dotato di competenze tecniche e capacità professionali adeguate allo svolgimento dell'istruttoria tecnico-economica richiesta.

Certo, anche la scelta di ricorrere al mercato, nella forma della gara per l'affidamento del servizio o della gara per la scelta del socio industriale, deve essere motivata dimostrando come, nell'assetto del settore, tale scelta possa garantire condizioni convenienti di qualità e di prezzo.

Ma certamente un onere di motivazione più intenso si manifesta per la scelta di non coinvolgere il mercato, affidando in via diretta il servizio ad una società *in house*. Mentre infatti la scelta di ricorrere al mercato, strutturalmente, con lo svolgimento della gara, è orientata ad acquisire le condizioni migliori possibili sul mercato, un tale riscontro esterno e oggettivo manca nell'affidamento diretto *in house*. Dunque, a giudizio di chi scrive, si deve rimarcare che l'affidamento *in house* deve necessariamente basarsi su di una istruttoria ed una motivazione che dimostrino come il mercato, in quel dato bacino territoriale e per il tipo di servizio che il Consiglio di bacino vuole garantire ai propri cittadini, non sia in grado di dare risposte adeguate.

Una conferma a tale impostazione potrebbe derivare dall'approvazione in via definitiva del testo dello «Schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale» di attuazione della c.d. legge Madia (legge n. 124 del 2015), in corso di approvazione.

Infatti tale testo, oltre ad inserire tra i principi generali della disciplina del settore la «concorrenza nell'affidamento dei servizi» (art. 4, comma 1), espressamente prevede che nel caso dell'affidamento *in house*, il provvedimento di scelta di tale forma di gestione deve dare «specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini» (art. 7, comma 3), stabilendo altresì che prima dell'approvazione dell'affidamento *in house* lo schema del relativo provvedimento deliberativo debba essere inviato «all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che esprime un parere» (art. 7, comma 5).

