



GIUNTA REGIONALE

AVV - AVVOCATURA REGIONALE

Via Leonardo da Vinci n. 6 - L'Aquila

Tel. 0862/363638 - fax 0862 363660

e-mail: avvocatura@regione.abruzzo.it

22 NOV. 2018

prot. 327131 PA 61/28

Al Sindaco del Comune di L'Aquila
Dott. Pierluigi Biondi
sindaco@comune.laquila.postecert.it
Rif. Vs Prot. 0110916 del 16.11.2018

E, p.c.

Al Dipartimento Governo del Territorio e
Politiche Ambientali
Servizio Gestione dei Rifiuti - DPC026

OGGETTO: Richiesta di parere recante "*Interpretazione autentica dell'art. 17 della Legge Regionale n. 36 del 21/10/2013 "Attribuzione delle funzioni relative al servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e modifiche alla legge regionale 19 dicembre 2007, n.45 (Norme per la gestione integrata dei rifiuti). Richiesta parere."* - **Riscontro.**

In relazione alla richiesta di chiarimenti formulata con la nota di riferimento, acquisita agli atti del Servizio Avvocatura con n. prot. 318940/18 in data 16/11/2018, si rilasciano le considerazioni che seguono, che non possono, ovviamente, consistere in una "interpretazione autentica" del dettato normativo, essendo quest'ultima rimessa in via esclusiva all'organo consiliare che ha posto in essere l'atto legislativo, attraverso l'approvazione di una o più norme *ad hoc* volte a precisare il significato esatto della disposizione quale espressione diretta della *voluntas legislatoris*.

Pertanto, le valutazioni rese nella circostanza di specie attengono alla funzione consultiva esercitata dalla scrivente Avvocatura, quale contributo sul piano giuridico legale volto a supportare le attività di competenza di codesta Amministrazione Comunale, pur nella assoluta discrezionalità del relativo apprezzamento.

La richiesta di parere si concentra sulla rilevata difficoltà interpretativa riguardante il combinato disposto del comma 1 dell'art. 17 della L.R. n. 36/2013 e i commi 13 e 14 della medesima previsione.

La prima sancisce l'obbligo per i soggetti pubblici e privati esercenti attività di gestione dei servizi pubblici locali di assicurare l'integrale e regolare prosecuzione delle attività, sino all'istituzione ed organizzazione del servizio di gestione dei rifiuti da parte dell'AGIR, mentre le seconde vietano ai Comuni l'indizione di nuove procedure di gara e di aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica in via provvisoria per l'affidamento dei servizi di spazzamento raccolta e trasporto decorsi 6 mesi dalla data di insediamento dell'AGIR.

Poiché, in base alla lettera della legge, l'ambito di operatività del predetto divieto risulta limitato alle sole procedure di gara/aggiudicazione provvisoria e non menziona l'ipotesi di gestione diretta da parte dei Comuni mediante affidamento *in house*, codesta Amministrazione chiede se sia legittimo, allo stato dell'arte, procedere al rinnovo pluriennale del contratto di servizio in scadenza con una società *in house providing* (interamente partecipata dallo stesso Comune e dall'ASM Società Multiservizi S.p.A.), nelle more dell'istituzione ed organizzazione del relativo servizio da parte dell'AGIR, con l'inserimento nel contratto di apposita clausola rescissoria recante la possibilità di scioglimento anticipato del vincolo contrattuale al momento in cui l'AGIR risulterà pienamente operativa.



GIUNTA REGIONALE

Alla luce del dettato normativo regionale la data di effettivo insediamento dell'AGIR rappresenta il momento iniziale per la decorrenza del termine semestrale indicato dal comma 13, allo spirare del quale acquisterà efficacia il divieto indizione di nuove procedure di gara per l'affidamento dei servizi e di aggiudicazione provvisoria di gare ad evidenza pubblica.

Estranea rispetto all'ambito applicativo della norma parrebbe, quindi, la configurata ipotesi di affidamento diretto a società *in house* in attesa che il nuovo sistema gestorio diventi pienamente operativo.

Giova evidenziare che, in base al contesto normativo generale vigente, pur essendo l'autorità d'ambito titolare delle funzioni in materia di rifiuti e nell'affidamento della gestione del ciclo integrato, i Comuni conservano le proprie competenze in materia e quindi anche la legittimazione ad affidare il servizio, in conformità alla disciplina nazionale e comunitaria del settore fino alla completa organizzazione e funzionalità del nuovo regime.

Orbene, il modello dell'*in house providing*, già contemplato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, a seguito dell'abrogazione referendaria della previgente disciplina di cui all'art. 23 *bis* del D.L. n. 112/2008 (maggiormente confermativa del principio dell'evidenza pubblica nell'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica) si configura attualmente come una possibile modalità di affidamento, non più "eccezionale" come precedentemente sancito dal diritto interno (sul punto, *cf. Cons. di Stato, Sez. V, 18/07/20187, n.3554* correttamente citata anche da codesta Amministrazione, nella quale viene rilevato come la decisione dall'amministrazione di procedere con l'affidamento *in house*, **ove motivata**, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o illogicità manifesta)

E' pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che l'organismo *in house* di una amministrazione pubblica corrisponda alla figura che, sebbene soggettivamente distinta, presenti le caratteristiche tali da poterla qualificare quale "*longa manus*" di quest'ultima, ovvero come una figura incaricata di una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o alle sue articolazioni (*cf. Cons. Stato Ad. Plen 03.03.2008*).

Resta quindi inteso che, in ogni caso, il modello *in house* è istituito circoscritto ai casi di sussistenza dei parametri essenziali, da intendersi come condizioni tassative per la relativa procedibilità:

- la società sia a capitale **totalmente pubblico**,
- l'amministrazione eserciti sulla stessa società un **controllo analogo** a quello esercitati sulle proprie strutture e servizi;
- la società svolga la **parte più rilevante della propria attività in favore dell'ente pubblico** che la controlla ed al quale appartiene.

Come noto, il codice dei contratti pubblici disciplina gli affidamenti *in house* all'art 192, che introduce una serie di garanzie finalizzate a controbilanciare la possibilità di procedere ad affidamento diretto con la previsione di adeguate forme di pubblicità e trasparenza oltre al rispetto dei principi di economicità ed efficienza.

Da ultimo va ricordato che il servizio di igiene urbana costituisce un'attività di pubblico interesse e presenta alcune peculiarità: prima tra tutte la continuità e la regolarità, al fine di tutelare l'igiene e la salute pubblica, che rappresentano una garanzia per i cittadini.

Pertanto, l'opzione prospettata da codesta Amministrazione per la gestione del servizio di igiene urbana - affidamento *in house providing* nelle more della piena operatività della gestione da parte dell'AGIR- implica necessariamente la preventiva verifica circa la sussistenza, in concreto, di tutti i requisiti previsti dall'ordinamento europeo e nazionale, delle quali dovrà essere data evidenza, sia sotto il profilo della ricorrenza delle condizioni legittimanti l'affidamento diretto, sia delle ragioni del mancato ricorso al mercato, laddove il rispetto dei principi possa rischiare di compromettere la missione affidata al gestore, in termini di efficacia efficienza ed economicità.



GIUNTA REGIONALE

Infine, non appare ultroneo richiamare l'attenzione sui limiti fissati dall'art. 106 del D. Lgs. n. 50/2016 in materia di **rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi**, che non lasciano spazio all'autonomia contrattuale delle parti, alla luce del principio inderogabile, fissato per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, **salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria**, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica (T.A.R. Sardegna Cagliari sent. n.755/2014, confermata da Consiglio di Stato sez. III n. 01521/2017, nella quale si afferma che *"La proroga... omissis costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali"*)

Va, peraltro, ricordato che la differenza tra rinnovo e proroga di contratto pubblico sta nel fatto che il primo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; la seconda ha, invece, come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario

Nell'unica ipotesi oggi ammissibile ai sensi dell'art. 106, del d. lgs. n. 50 del 2016 la proroga, atteso il carattere temporaneo, rappresenta uno strumento volto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro.

Ciò, peraltro, è stato chiarito, conformemente all'univoco orientamento della giurisprudenza, anche dall'ANAC (parere AG 38/2013) che ha ritenuto la proroga *"teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente"* (cfr Cons stato, sez. V, sent. 11.5.2009, n. 2882).

Cordiali saluti.

L'Avvocato della Regione
Marianna Cerasoli

L'AVVOCATO REGIONALE
Stefania Valeri