

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

Firenze, 5 gennaio 2017

Spett.le
ANEA

Oggetto: ATO4 Latina – Attività di supporto per la predisposizione di uno studio di fattibilità per il passaggio ad un nuovo modello di gestione del servizio idrico integrato

1. Premesse in punto di fatto.

L'Ambito Territoriale Ottimale n.4 del Lazio comprende 38 comuni, di cui 32 della Provincia di Latina, 4 della provincia di Frosinone e 2 della Provincia di Roma.

L'AATO n.4 di Latina nel 2002 scelse quale forma di gestione del SII quella della società mista. Oltre al Gestore affidatario nell'ATO 4 di Latina esistono una gestione salvaguardata e 4 gestori grossisti.

Il gestore affidatario del S.I.I., per trent'anni a far data dal 2 agosto 2002, è Acqualatina Spa, società mista a prevalente capitale pubblico, il cui capitale sociale per il 51% è detenuto in proporzione alla popolazione residente dai comuni dell'ATO, mentre il 49% è detenuto da un socio privato di minoranza Idrolatina SpA, selezionato tramite una gara europea.

Il socio privato Idrolatina SpA ha manifestato la propria volontà di cedere la propria partecipazione nella società, ed ha già avviato alcuni contatti con possibili acquirenti che hanno già redatto le attività di due diligence nonché formulato una proposta economica di acquisto.

I Comuni dell'ente di ambito in sede di Conferenza dei Sindaci hanno approvato, con la deliberazione n. 9/2016 del 3 Agosto 2016, un atto di indirizzo con il quale si è esplicitata la volontà di attivare un processo di costruzione di un nuovo modello di gestione del servizio idrico integrato, attraverso una forma completamente pubblica di gestione del servizio.

A tale fine i Comuni hanno chiesto alla società di essere informati circa le condizioni economiche della proposta di acquisto, per valutare l'eventualità di esercitare il diritto di prelazione previsto dall'art. 11 dello Statuto, ma con nota 1212.2016 Idrolatina spa ha contestato che il trasferimento integrale delle azioni di tale società non rientrerebbe nei casi in

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

cui è possibile l'esercizio della prelazione ai sensi del citato art.11 dello Statuto di Acqualatina spa, limitato ai trasferimenti di azioni di quest'ultima società e non anche della società Idrolatina spa che ne è socia.

Poiché la attuazione di tale indirizzo –cioè la ripubblicizzazione del SII- comporta la necessità di effettuare preventivamente uno studio di fattibilità, l'Ente di Ambito ha chiesto ad ANEA una assistenza per un affiancamento durante tale processo.

2. Quadro Normativo in tema di affidamento di servizi pubblici locali ed in particolare di affidamento del SII.

L'art. 113 del D.lgs. 267/20001, al comma 5 prevede(va) tre forme di gestione dei Servizi Pubblici Locali di Rilevanza Economica (d'ora in avanti SPL) , e cioè l'affidamento a terzi con gara, la società mista e l'affidamento in house, ricorrendo specifici presupposti.

Tale norma fu modificata in modo significativo dall'art. 23-bis del DL 112/2008, convertito con legge 133/2008, che a sua volta fu poi ulteriormente modificato e in parte abrogato dall'art. 15 del DL 135/20092 poi convertito con legge 166/2003.

L'art. 23-bis, comma 2, stabiliva che in via ordinaria l'affidamento dei servizi pubblici locali dovesse avvenire con gara, a favore di imprenditori o società in qualunque forma costituite, nel rispetto della normativa comunitaria, oppure anche a favore di società miste a condizione che la selezione del socio avvenga con gara, e con modalità analoghe a quelle della gara per l'affidamento del servizio in concessione a terzi.

I commi terzo e quarto invece disciplinavano il caso della gestione cosiddetta in house, da considerarsi eccezionale e derogatoria rispetto alle forme di gestione ordinaria del comma secondo.

Con specifico riferimento al SII il D.lgs.152/2006,all'art. 150 prevedeva anch'esso le tre forme di gestione del SII compreso l'affidamento in house, ma dettava una disciplina non del tutto coincidente con quella sopra illustrata.

Senonché sia l'art. 113 TUEL, sia l'art. 150 D.Lgs.n.152/2006 furono –sia pure implicitamente, per incompatibilità- abrogati dall'art. 23-bis del DL 112/2008, costituente norma di principio e di generale applicazione. In questo senso si espresse chiaramente la Corte Costituzionale dapprima con la sentenza 17 novembre 2010, n. 325 e poi con la sentenza 26 gennaio 2011, n. 25.

Il referendum del 12 giugno 2011 abrogò l'intero art. 23-bis del DL 112/2008, e con esso il DPR 168/2010.

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

Posto che, come sopra detto, l'art. 23-bis aveva già abrogato sia l'art. 113, comma 5, del TUEL, sia l'art. 150 del D.lgs. 152/2006, la disciplina vigente dopo il referendum per l'affidamento dei SPL altra non è che quella desumibile dalla normativa e dai principi di diritto comunitario che è molto meno rigida e consente tutte e tre le forme di gestione (gara, società mista, in house providing), senza le condizioni restrittive aggiunte dalla normativa nazionale (cfr Corte Costituzionale 26 gennaio 2011, n. 24).

Tale disciplina fu sostanzialmente riprodotta nell'art. 4 del DL n.138 del 13.8.2011, dichiarato incostituzionale con sentenza della Corte Costituzionale n.199 del 20.7.2012.

Neppure è da ritenersi innovativo sul punto l'art. 34 del DL n.179/2012, che richiama la disciplina comunitaria sull'affidamento dei SIEG, e si limita ad imporre all'ente affidante di esplicitare le motivazioni della scelta della forma di gestione, *“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”*.

In questa situazione, rimane fermo il principio della generale applicabilità della normativa e della giurisprudenza comunitarie in tema di affidamento di servizi pubblici locali (c.d. servizi di interesse economico generale SIEG).

La volontà espressa con la consultazione popolare, confermata dalla Corte, è quella di estendere a tutti i SPL la possibilità di avvalersi di tutte le forme di gestione possibili, ed in particolare l'affidamento in house.

In questo quadro va collocato l'art. 7 del DL Sblocca Italia, che inserì nel D.Lgs.n.152/2006 l'art.149 bis alcune specifiche disposizioni in tema di scelta della forma di gestione.

“1. L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. L'affidamento diretto può avvenire a favore di società in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, partecipate esclusivamente e direttamente da enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale.

2. Alla successiva scadenza della gestione di ambito, al fine di assicurare l'efficienza, l'efficacia e la continuità del servizio idrico integrato, l'ente di governo dell'ambito dispone l'affidamento al gestore unico di ambito entro i sei mesi antecedenti la data di scadenza dell'affidamento previgente.

Il soggetto affidatario gestisce il servizio idrico integrato su tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale.

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

2-bis. Al fine di ottenere un'offerta più conveniente e completa e di evitare contenziosi tra i soggetti interessati, le procedure di gara per l'affidamento del servizio includono appositi capitolati con la puntuale indicazione delle opere che il gestore incaricato deve realizzare durante la gestione del servizio”.

Quindi l'Ente di Governo di Ambito sceglie la forma di gestione tra quelle previste dall'ordinamento europeo. La successiva disposizione che l'affidamento del servizio deve avvenire “nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica”, deve ritenersi sostanzialmente ripetitiva del richiamo all'ordinamento europeo.

Come accennato, la normativa comunitaria consente tutte e tre le forme di gestione già in precedenza previste dalla legge Italiana, e cioè:

- l'affidamento con gara in concessione a terzi,
- l'affidamento a società mista il cui socio privato sia scelto con procedura a evidenza pubblica,
- nonché l'affidamento in house.

La normativa comunitaria che esplicitamente regola in via generale la materia dei servizi pubblici, stabilendo quali siano le forme di gestione ammissibili, dettando una disciplina sulle procedure a evidenza pubblica da seguire per gli affidamenti e/o per la scelta dei partner privati, stabilendo i presupposti per l'affidamento in house è costituita dalla Direttiva 26.2.2014 n.2014/23/UE “sull'aggiudicazione dei contratti di concessione” pubblicata sulla GUCE 28.3.2014 L94. Direttiva che è parallela alle Direttive 24/2014 e 25/2014 che disciplinano gli appalti di lavori, forniture e servizi, in generale e nei Settori ex Speciali od Esclusi. Direttive recepite dal D.Lgs.n.50/2016.

Senonchè la Direttiva 23/2014 sulle concessioni espressamente non si applica al SII.

L'art. 12 intitolato “Esclusioni specifiche nel settore idrico” infatti dispone che

“1. La presente direttiva non si applica alle concessioni aggiudicate per:

- a) fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile;
- b) alimentare tali reti con acqua potabile”.

Ed ancora al comma secondo dispone che la direttiva medesima non si applica “alle concessioni riguardanti uno o entrambi dei seguenti aspetti quando sono collegate a un'attività di cui al paragrafo 1:

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

a) *progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento d'acqua potabile rappresenti più del 20% del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o drenaggio; o*

b) *lo smaltimento o il trattamento delle acque reflue*".

Le ragioni di tale esclusione si leggono nel considerando n.40:

(40) Le concessioni nel settore idrico sono spesso soggette a regimi specifici e complessi che richiedono una particolare considerazione data l'importanza dell'acqua quale bene pubblico di valore fondamentale per tutti i cittadini dell'Unione. Le caratteristiche particolari di tali regimi giustificano le esclusioni nel settore idrico dall'ambito di applicazione della presente direttiva.

Tali disposizioni della Direttiva sono state integralmente recepite dal D.Lgs. n. 50 del 18.4.2016.

E' pacifico che il SII sia un servizio pubblico suscettibile di essere affidato mediante concessione e non appalto, tenuto conto della sua specifica disciplina di settore, anche tariffaria. Ha del resto recentemente affermato la giurisprudenza:

"Da un punto di vista strettamente giuridico, la gestione del SII è inquadrabile nell'ambito delle concessioni di servizi. Il concessionario assume a fronte dell'esclusiva l'onere di garantire un determinato livello di qualità e quantità di servizi sulla base di un piano economico – finanziario volto a realizzare l'equilibrio tra i costi e la tariffa, assumendosi il rischio di gestione" (Consiglio di Stato sez.V, 29.10.2014 n.5376).

Premesso quindi che non è applicabile al SII, tuttavia è innegabile che la Direttiva 23/2014 ed il D.Lgs.n.50/2016 che l'ha recepita, contengono norme di principio di cui si deve tenere conto, per esempio sui requisiti per l'affidamento in house, talchè assumono sicuramente rilevanza.

A ciò si aggiunge la necessità di rispettare in sede di organizzazione del SII e di affidamento, i principi del Trattato UE, e cioè quelli di pubblicità e trasparenza, non discriminazione, proporzionalità).

3. La scelta della forma di gestione cosiddetta in house providing

Tale forma di gestione è ormai pacificamente consentita in generale per il SIEG e per il SII in particolare, sia dall'ordinamento Comunitario sia da quello Italiano. Non si può più considerare una forma di gestione eccezionale, ma debbono comunque sussistere i presupposti fino ad oggi elaborati dalla giurisprudenza.

Afferma Cons. Stato Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599 che per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n.199/2012, *"i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono in definitiva essere gestiti indifferentemente mediante il mercato (ossia individuando all'esito di una gara ad*

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

evidenza pubblica il soggetto affidatario) ovvero attraverso il c.d. partenariato pubblico - privato (ossia per mezzo di una società mista e quindi con una 'gara a doppio oggetto' per la scelta del socio o poi per la gestione del servizio), ovvero attraverso l'affidamento diretto, in house, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma ne che sostituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, ricorrendo in capo a quest'ultimo i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo (sulla società affidataria) 'analogo' (a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi) e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano.

*L'affidamento diretto, in house - lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, in house (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve 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 (Cons. St., sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832; sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762)”.
C*

Ciò premesso, quanto ai requisiti per l'affidamento in house:

a) Divieto di partecipazione di soci privati.

Non si può procedere ad affidamento diretto in house ad una società nella cui compagine sociale esista anche un socio privato (Corte Giustizia UE 11.1.2005 in causa C-26\03), o comunque ad una società “*aperta, almeno in parte, al capitale privato, il che impedisce di considerarla come una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei Comuni che ne fanno parte*” (Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 21.7.2005 in causa n. C-231\03; Corte Giustizia UE Sez. I, 6/4/2006 n. C-410/04);

sempre a proposito del divieto di partecipazione di soci privati alle società in house, osserva Consiglio di Stato Sez. V, 14/10/2014 n. 5079 che “*Anche una partecipazione di minoranza di un soggetto privato al capitale di una società in mano pubblica esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi. Inoltre, la partecipazione privata al capitale di società asseritamente in house comporta, da un lato, una deviazione rispetto al fine pubblico cui questa dovrebbe tendere (e, dall'altro lato, un indebito beneficio concorrenziale per il socio privato conseguente agli affidamenti disposti in via diretta dall'amministrazione partecipante*”.

La Direttiva 23/2014 apparentemente sembra aprire una “breccia” in questo divieto, ma in realtà si tratta di un caso marginalissimo, e cioè del caso in cui una norma nazionale imponga la presenza nella società di un socio privato, che comunque non deve avere una influenza

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

determinante sulla gestione della società, sulla quale deve rimanere il controllo analogo dei soci pubblici. Si tratta di una eccezione alla regola da interpretarsi in modo restrittivo. Non rammento alcuna norma che potrebbe dare contenuto reale a questa fattispecie.

b) Prevalenza dell'attività svolta per gli enti affidanti.

La giurisprudenza comunitaria ha ritenuto necessario, quale ulteriore requisito, che la società svolga in prevalenza la propria attività per conto degli enti affidanti, e nel loro territorio. *“L'attività della società in house deve essere limitata allo svolgimento dei servizi pubblici nel territorio degli enti soci, ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi”*. (Corte giustizia Comunità Europee Sez. III Sent., 10-09-2009, n. 573/07).

Ha recentemente osservato anche la Suprema Corte di Cassazione che tale requisito (essenziale per l'affidamento in house) non comporta l'esclusività dell'attività svolta per gli enti soci, ma impone che l'eventuale ulteriore attività sia soltanto accessoria e strumentale, tale da non alterare la concorrenza nel mercato. Ritiene la Suprema Corte che requisito essenziale è che:

“la società espliciti statutariamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale” (Corte di Cassazione, SS.UU., 24/10/2014 n. 22609).

Le nuove Direttive arrivano a quantificare il requisito in questione, stabilendo la quota percentuale dell'80% dell'attività svolta per gli enti soci. Si veda in particolare l'art. 17 della Direttiva 23/2014, del tutto analogo per altro alle parallele disposizioni delle Direttive 24 e 25 sugli appalti.

Un aspetto critico connesso al requisito in questione è quello che si verifica nel caso – assolutamente frequente – in cui qualche Comune rifiuti di acquistare la partecipazione nella società affidataria in house del SII da parte di un AATO nell'intero Ambito territoriale ottimale. Se è vero infatti che la società in house deve svolgere il SII nel territorio dei Comuni soci, è stata – in vari giudizi amministrativi – sostenuta l'illegittimità dell'affidamento del SII anche per il territorio dei Comuni non soci, facenti obbligatoriamente parte dell'ambito.

Orbene, recentemente il Consiglio di Stato ha sgombrato il campo dagli equivoci:

“Alla luce delle pattuizioni contenute nella suddetta convenzione ex art. 30 t.u.e.l., diviene dunque priva di rilievo decisivo la circostanza che non tutti i Comuni compresi nell'ambito territoriale partecipano attualmente al capitale sociale di

Il controllo analogo congiunto, infatti, è in ogni caso assicurato dall'esterno della società, attraverso la conferenza dei sindaci e del presidente della Provincia prevista dalla convenzione, alla quale tutti gli enti pubblici sono ammessi ad aderire”. (Consiglio di Stato sez.V, 14.10.2014 n.5080).

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

Il Consiglio di Stato ha perciò ritenuto irrilevante la mancata partecipazione di qualche Comune al capitale sociale del Gestore in house, a condizione che tutti i Comuni –anche non soci- siano messi in grado di esercitare il controllo analogo sulla società in house, cosa in quel caso garantita da una apposita convenzione ex art.30 TUEL aperta a tutti i Comuni dell'ambito, anche non soci.

Il che è anche logico: gli AATO (oggi Enti di governo di ambito) deliberano l'affidamento a maggioranza –non all'unanimità- talchè riconoscere ad un singolo Comune (che non intenda acquisire la partecipazione nella società affidataria in house) la possibilità di impedire l'attuazione della scelta della forma di gestione in house, equivarrebbe a riconoscere a quel Comune un potere di veto. Il che sarebbe inaccettabile.

Altra ulteriore problematica è quella della possibilità di commissariare il Comune che non intende acquistare la partecipazione nella società affidataria in house.

La soluzione più rigorosa e prudente è che il commissariamento sia ammissibile per gli atti amministratori obbligatori ex lege (es. adesione all'Ente di Governo di Ambito), ma non per gli atti negoziali di diritto privato. A maggior ragione è però quindi essenziale che il dissenso di un Comune non possa condizionare le decisioni dell'Ente di Governo di ambito.

c) Controllo analogo.

Infine, la Corte di Giustizia UE ha individuato il requisito del c.d. controllo analogo finanziario e gestionale (analogo a quello che un ente esercita sui propri uffici) e ne ha escluso la configurabilità allorché la società sia dotata di autonomia gestionale, e cioè qualora l'organo esecutivo abbia ampi poteri di gestione, senza che in pratica gli enti locali soci possano esercitare nella sede assembleare alcun effettivo potere di controllo (Corte di Giustizia UE sez.I 13.10.2005 n.C-458\03; in questo stesso senso cfr. TAR Sardegna 2.8.2005 n.1729).

Sempre a proposito del requisito del "controllo analogo" in caso di società partecipate da numerosi Comuni, osserva il Consiglio di Stato (Sez. V, 10-09-2014, n. 4599) che esso deve essere esercitato congiuntamente dagli enti locali:

“secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, tale requisito deve intendersi sussistente anche se svolto non individualmente, ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo, dovendo tale requisito essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicchè è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente; occorre, in particolare, verificare che il consiglio di amministrazione del soggetto affidatario in house non abbia rilevanti poteri gestionali e che l'ente pubblico affidante (rispettivamente la totalità dei soci pubblici) eserciti(no), pur se con moduli su base statutaria, concreti ed effettivi poteri di ingerenza e di condizionamento, sicchè risulta indispensabile che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

dell'ente affidante o, in caso di in house frazionato, della totalità degli enti pubblici soci (Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; 24 settembre 2010, n. 7092; 29 dicembre 2009, n. 8970)".

Più in dettaglio, sempre in tema di controllo analogo, la giurisprudenza più recente ha ritenuto sussistente tale requisito in presenza di clausole statutarie che attribuivano ai Comuni in assemblea competenze incisive sulla gestione, ed in presenza una convenzione ex art. 30 TUEL tra i Comuni, che permetteva loro di esercitare il controllo analogo congiunto.

Afferma il Consiglio di Stato (sez. V n.5080/2014 cit.):

"Quanto ai contenuti di detta convenzione, la stessa, al fine di assicurare il sopra accennato esercizio congiunto del controllo analogo da parte di tutti gli enti pubblici inseriti nell'ambito ottimale, introduce una forma di consultazione consistente in <<una conferenza tra i Sindaci dei Comuni o loro delegati ed il Presidente della Provincia di o suo delegato, disciplinata dall'art. 14 e segg. L. n. 241/1990>>(art. 2), ed un peso partecipativo in tale organismo fissato in misura capitolaria, e cioè <<in ragione di un voto per ciascun Ente a prescindere dall'entità della popolazione residente nel territorio di ciascun Comune, e perciò a prescindere dalla quota di partecipazione all'AATO e dalla partecipazione azionaria in scpa>> (art. 5). Inoltre, sempre con riguardo alle modalità di funzionamento della conferenza dei sindaci e del presidente della Provincia, si dispone che la stessa sia convocata <<prima di ogni assemblea ordinaria o straordinaria di scpa, al fine di concordare preliminarmente il voto da esprimere in tali sedi per l'esercizio delle competenze stabilite dagli artt. 20 e 20 bis dello Statuto, ed al fine di permettere l'esercizio dei diritti delle minoranze previsti dallo stesso Statuto>> (art. 3).

A loro volta, i richiamati artt. 20 e 20-bis dello statuto di, rispettivamente, attribuiscono all'assemblea della società consortile il potere di determinare <<gli indirizzi cui il Consiglio di Amministrazione dovrà attenersi nella gestione della società>> ed individuano la tipologia di <<atti degli amministratori, anche ai fini dell'esercizio del controllo analogo previsto dalla normativa comunitaria>>, tra i quali vengono in particolare in rilievo, per il loro carattere strategico nello svolgimento del servizio idrico integrato, le <<tariffe e prezzi dei servizi erogati>>.

A completamento delle previsioni statutarie ora viste, l'art. 22 prevede che gli amministratori della società consortile possono essere revocati nel caso in cui si discostino dagli indirizzi fissati dall'assemblea.

In aggiunta a tutto ciò, nell'ambito dell'organizzazione societaria della all'organo assembleare è affiancato un ulteriore consesso in cui gli enti pubblici compresi nell'ambito territoriale possono esprimere il loro controllo sulla gestione del servizio idrico. Questo consiste nel comitato tecnico previsto dall'art. 29 dello statuto, avente funzione consultiva obbligatoria nei confronti dell'organo amministrativo, e composto in modo da assicurare una equilibrata rappresentanza dei Comuni compresi nell'ambito territoriale imperiese, anche quelli di minore consistenza demografica.

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

Ulteriori previsioni statutarie rilevanti ai fini del presente giudizio sono quelle che circoscrivono l'oggetto sociale della all'esercizio del servizio idrico integrato nell'ambito imperiese ed escludono l'ingresso nel capitale sociale di privato (arti. 4, 5 e 7)".

Conclude poi il Consiglio di Stato: "Le norme convenzionali e statutarie esaminate consentono dunque di ritenere sussistenti, innanzitutto, il requisito della prevalenza dell'attività in favore degli enti pubblici partecipanti, che peraltro le appellanti non contestano, ed inoltre l'ulteriore requisito del 'controllo analogo' a quello esercitato sui propri servizi, nella peculiare forma del controllo congiunto da parte di più amministrazioni partecipanti".

La Direttiva 23/2014 art.17 considera sussistere il controllo analogo quando l'amministrazione aggiudicatrice

"Esercita un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore".

Il primo capoverso conferma l'orientamento giurisprudenziale sopra riferito ed ormai consolidato. Il secondo capoverso apre la strada a forme di controllo analogo "ad ampio raggio", addirittura in caso di collegamenti societari in assenza di vero controllo diretto.

Tale quadro normativo non è mutato per effetto del recepimento delle Direttive Comunitarie citate da parte del D.Lgs.n.50/2016, il cui art. 5 riproduce le caratteristiche delle società ai fini di un legittimo affidamento in house providing, e cioè il controllo analogo, anche congiunto, lo svolgimento di oltre l'80% dell'attività per conto degli enti soci, la mancanza di soci privati. Il comma quinto poi esplicita quando ricorrono le condizioni per il controllo analogo congiunto.

"1. Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

*a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi;*

*b) **oltre l'80 per cento delle attività** della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;*

*c) nella persona giuridica controllata **non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati**, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.*



STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

2. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

3. Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

4. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche in caso di **controllo congiunto**.

5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un **controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:**

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

6. Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;

b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;

c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.



STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

7. Per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione".

4. La modifica della scelta della forma di gestione nell'ATO 4 di Latina.

Alla luce delle norme sopra illustrate l'Ente d'Ambito di Latina ha senz'altro facoltà di modificare la forma di gestione prescelta, passando da quella della società mista a quella dell'affidamento in house, essendo entrambe consentite dalla normativa vigente.

Occorre perciò valutare quali sono le strade percorribili per ottenere il risultato della "ripubblicizzazione" del SII, secondo l'indirizzo deliberato dai Comuni nella Conferenza dei Sindaci con la deliberazione n. 9/2016 del 3 Agosto 2016.

Due sono le soluzioni al fine di pervenire a tale risultato.

a) Esercizio del diritto di prelazione da parte dei Comuni.

b) Esercizio della facoltà di revoca/riscatto prevista dall'art. 35 della Convenzione di gestione.

a) La prima soluzione ipotizzata è quella **dell'esercizio del diritto di prelazione** previsto dallo Statuto, che permetterebbe ai Comuni di acquisire le azioni di Idrolatina spa.

Il socio privato, che detiene il 100% delle azioni di Idrolatina spa, ha ricevuto infatti una offerta di acquisto da un terzo, rispetto alla quale lo statuto e la convenzione di gestione prevedono da un lato il diritto di prelazione dei soci pubblici, dall'altro lato il gradimento dei soci pubblici stessi e dell'Ente d'Ambito.

Gli aspetti civilistici e societari esulano dall'incarico conferito ad ANEA.

Qualora i Comuni decidessero di esercitare la prelazione sulle azioni di Idrolatina, essi diverrebbero per ciò stesso titolari del 100% delle azioni di Acqualatina, che da società mista diventerebbe società a totale controllo pubblico in house.

In tale ipotesi,

da un lato è necessaria la deliberazione dell'ente d'Ambito relativa alla modifica della forma di gestione in precedenza prescelta, passando appunto dalla società mista all'affidamento in house providing sulla base della Relazione prevista dall'art. 34 comma 20 DL n.179/2012; in tale sede si dovrà dare conto dei benefici della pubblicizzazione del SII, sia dal punto di vista economico e tariffario per gli utenti dal momento che la società in house può non produrre

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

utili, ovvero li riveste senza distribuirli, sia dal punto di vista del maggiore controllo pubblico sulla gestione rispetto alla società mista, nella quale il socio privato esercita rilevanti poteri gestionali ed operativi.

Dall'altro lato i Comuni sono tenuti a fornire le motivazioni previste dal D.Ls.n.175/2016 per l'acquisto di partecipazioni.

Per quanto riguarda la decisione che deve essere assunta dai Comuni, assume quindi particolare rilievo l'avvenuta entrata in vigore del D.Lgs. n.175/2016 sulle società a partecipazione pubblica, il cui art.5 codifica un principio ormai pacifico in materia e cioè quello dell'onere di motivazione circa la necessità di costituire una società pubblica (e di acquistare la partecipazione in una società esistente) anche indirettamente, già affermato sia dalle norme previgenti che dalla giurisprudenza.

Quello che è invece opportuno sottolineare è l'estensione della motivazione che deve riguardare molteplici aspetti, anche abbastanza complessi:

a) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4,

b) le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;

c) compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa;

d) compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

La motivazione circa la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'art.4 non crea particolari problemi.

Più complesso l'assolvimento degli oneri di motivazione dei punti b) e c), che presuppone un PEF ed uno studio circa modalità di gestione dell'attività diretta od esternalizzata, al fine di verificare che la costituzione della società (o l'acquisto della partecipazione di società esistente) sia davvero la soluzione migliore per l'interesse pubblico.

non è poi chiarissima la differenza delle motivazioni b) e c), perché è difficile ipotizzare una motivazione sull'efficienza ed economicità del servizio ulteriore e diversa da quella già fornita con un PEF ed una relazione come previsto dal caso b).

E' da ritenersi che tali motivazioni possano essere impostate seguendo i criteri individuati nelle "Linee Guida" del marzo 2015 redatte da Invitalia per la predisposizione dei piani operativi di razionalizzazione delle partecipazioni ex comma 611 della Ln.190/2014.



STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

Si legge nelle suddette linee guida:

“L'ente è chiamato, infatti, a verificare anche l'economicità e l'efficacia dell'azione amministrativa, quindi la possibilità di organizzare il servizio mediante altre formule organizzative (si ricorda che i criteri indicati dal comma 611 non formano un elenco chiuso, la norma infatti recita testualmente: “razionalizzazione...anche tenendo conto dei seguenti criteri”), nonché obbligato ad eliminare le società e le partecipazioni nel caso in cui manchi a monte il perseguimento di una finalità istituzionale ovvero quando tale finalità può essere raggiunta attraverso altri strumenti.

Questa valutazione, peraltro, non deve essere svolta in astratto, ma in relazione alla capacità amministrativa dell'ente, alla potenzialità di sviluppo dell'iniziativa economica e alla disponibilità finanziaria esistente nel territorio di riferimento.

Nel caso in cui, quindi, sia riscontrata la sussistenza della funzionalità delle attività rispetto alle finalità istituzionali da parte della società, l'ente è chiamato a verificare l'indispensabilità della società rispetto alle altre formule organizzative, ovvero rispetto all'internalizzazione o esternalizzazione al mercato, dimostrando in concreto, sulla base di valutazioni tecniche documentabili, l'imprescindibilità dello strumento societario anche rispetto ai risultati raggiunti e raggiungibili dalla società ed in comparazione con le altre possibili soluzioni organizzative.

Tale valutazione dovrà essere necessariamente condotta anche in termini di qualità, di economicità ed efficacia del servizio, finalità quest'ultima perseguita sia dal comma 611, ma soprattutto dall'art. 97 della Costituzione. Risulterebbe, infatti, una scelta antieconomica ed illogica quella di cedere una propria società e poi dover acquistare gli stessi servizi da un soggetto privato a condizioni economiche sconvenienti, nonché contrario al principale obiettivo del legislatore di contenimento della spesa pubblica”.

Sintetizzando i criteri fissati dalle linee guida di Invitalia, la motivazione ex art.5 dovrà dare conto se esistano operatori privati sul mercato e se possano considerarsi più convenienti rispetto alla scelta organizzativa della società pubblica;

verificare i possibili “scenari alternativi” gestionali e segnatamente:

§ esternalizzazione dell'attività al mercato (liquidazione o cessione/vendita);

§ aggregazione o accorpamento (fusione o fusione per incorporazione);

§ internalizzazione dell'attività (liquidazione o cessione/vendita);

§ razionalizzazione dei costi.

“Una volta identificati e definiti gli scenari alternativi si procede alla valutazione comparativa degli stessi, attraverso tecniche e strumenti di valutazione economico-finanziaria”.

Ed ancora, proseguono le linee guida:

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

“Nello specifico si tratta di verificare se la conduzione dell'attività realizzata possa essere ottenuta a prezzi più efficienti secondo altre modalità, tra quelle identificate nei diversi scenari percorribili.

Il criterio utilizzabile per porre in essere tale valutazione è quello del costo netto evitabile. Secondo tale criterio saranno scelte le opzioni che minimizzano gli oneri in capo alla collettività. Diversamente dalla stima di convenienza finanziaria, posta in essere dal punto di vista dell'operatore di mercato, in questo caso, è necessario stimare anche l'impatto economico-sociale, finalizzato a minimizzare gli oneri che direttamente o indirettamente gravano sulla finanza pubblica. Tale valutazione dovrà tenere in considerazione anche la sostenibilità delle azioni da un punto di vista prospettico, in modo tale da definire un cronoprogramma degli interventi che distribuisca in modo ottimale gli effetti degli scenari sulla finanza pubblica nel tempo. A tale scopo si suggerisce altresì di combinare l'analisi con l'impiego del criterio del costo netto sociale incrementale di lungo periodo (LRNSIC – long run net social incremental cost)”.

Tali valutazioni dovranno costituire il fondamento della decisione di costituire una società pubblica ovvero di acquisire una partecipazione di una società esistente; valutazioni identiche a quelle che l'ente pubblico deve fare in sede di razionalizzazione delle partecipazioni in suo possesso, quando cioè deve decidere se conservarle ovvero alienarle o sciogliere le società.

Tornando all'esame dell'art. 5, piuttosto gravosa è la disposizione secondo la quale *“Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica”*. Tale adempimento aggrava e complica fortemente l'iter di costituzione/ acquisizione di partecipazione, per cui non può che essere (anch'essa) letta in ottica di sfavore del legislatore per siffatte operazioni.

Ed ancora in ottica di sfavore del legislatore e di estrema cautela è poi la previsione del comma terzo dell'invio degli atti *“alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287”*.

b) La seconda ipotesi di ripubblicizzazione del servizio è quella **dell'esercizio del diritto di recesso/revoca previsto dall'art. 35 della Convenzione di Gestione**, ovviamente del tutto alternativa ed antitetica rispetto alla prelazione di cui sopra.

Ovviamente nel caso di specie, essendo stato stipulata la convenzione di gestione, l'istituto applicabile è il recesso e non invece la revoca, che riguarda il caso di ritiro del provvedimento di aggiudicazione prima della stipula del contratto.

“In via generale, mentre la revoca resta impraticabile dopo la stipula del contratto d'appalto pubblico, dovendo utilizzarsi, in quella fase, il diverso strumento del recesso, prima del perfezionamento del documento contrattuale, al contrario, l'aggiudicazione è pacificamente revocabile (art. 21 quinquies L. n. 241/1990)

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

(Riforma della sentenza del T.a.r. Puglia, Bari, sez. II, n. 694/2016)?. (Cons. Stato Sez. III, 29-11-2016, n. 5026).

“Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici se, una volta stipulato il contratto di appalto, le Pubbliche Amministrazioni rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo (di recesso) regolato dall'art. 134 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice degli appalti 2006) (Conferma della sentenza breve del T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, n. 2812/2016)?. (Cons. Stato Sez. V, 13-09-2016, n. 3865).

La Convenzione sottoscritta il 3.5.2012 prevede infatti all'art. 35 che l'Autorità può recedere in qualsiasi momento dal contratto, e richiama l'art. 33 del Disciplinare Tecnico, previa corresponsione delle somme di cui all'art. 24.

L'art. 24 dispone che in caso di revoca, recesso, risoluzione o decadenza, fatta sola eccezione per i casi di risoluzione per inadempimento dell'Autorità d'Ambito, il Gestore ha diritto ad un indennizzo pari *“all'eventuale valore degli investimenti meno l'ammortamento, risultanti dalle scritture contabili del gestore stesso”*.

L'art. 33 del DT sul quantum dispone:

“Il Gestore ha diritto di vedersi riconoscere i danni, i maggiori oneri, le passività, le esposizioni e quanto altro potrà dimostrare. Si escludono gli indennizzi per mancato guadagno. La richiesta di indennizzo, motivata e documentata per ogni sua componente, dovrà pervenire entro 3 mesi dalla comunicazione di recesso dell'ATO.

Nella valutazione dell'indennità si pronuncia una commissione, composta di elementi con specifica competenza tecnica, formata da un componente nominato dal Gestore, uno dall'Autorità d'Ambito, ed un terzo, con funzioni di Presidente, scelto di comune accordo da entrambe le parti, o, in mancanza, designato dal presidente del Tribunale di Latina.

La commissione, opererà formandosi entro 20 gg dalla richiesta del Gestore e depositerà il proprio pronunciamento prima di 3 mesi dalla nuova scadenza della Concessione”.

Gli atti convenzioni pertanto prevedono il pagamento di una somma commisurata ai soli investimenti non ammortizzati, e non invece al mancato guadagno.

Vero è che la normativa prevede il pagamento di indennizzo commisurato anche al mancato guadagno sia in caso di revoca (l.n.241/1990), sia in caso di appalto (D.Lgs.n.163/2006 ed oggi D.Lgs.n.50/2016). Addirittura lo prevedeva il vecchio TU sulla municipalizzazione dei servizi n.2578/1925.

Cionondimeno la convenzione di gestione ed il DT sono chiari al riguardo e non possono non trovare applicazione. La convenzione tipo approvata da AEEGSI con deliberazione 23.12.2015 n.656 non disciplina espressamente il caso di recesso, ma è certo che,

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

ai sensi dell'art. 13, il Gestore uscente dovrà continuare a gestire il servizio –senza interruzioni di continuità- fino al pagamento del valore di subentro da parte del gestore subentrante.

Ovviamente in caso di recesso –deciso ed esercitato dal concedente e cioè dall'Ente d'Ambito- l'indennizzo dovrà essere pagato al Gestore uscente dal Gestore subentrante, e cioè dalla società affidataria in house, sia essa neo-costituita ovvero esistente. A questo proposito è chiaro il disposto dell'art. 24 della Convenzione.

Viceversa, in caso di esercizio della prelazione, sono direttamente i Comuni a dover pagare la somma prevista per il trasferimento delle azioni alla società che le cede.

E' in ogni caso certo che il pagamento dell'indennizzo è condizione essenziale per il subentro del nuovo al vecchio Gestore.

Anche in questo caso -recesso dall'affidamento a società mista- l'Ente d'Ambito dovrà deliberare la modifica della forma di gestione, sulla base della Relazione prevista dall'art. 34 comma 20 DL n.179/2012.

Come abbiamo già detto sopra, in tale sede si dovrà dare conto dei benefici della pubblicizzazione del SII, sia dal punto di vista economico e tariffario per gli utenti, dal momento che la società in house può non produrre utili, ovvero li riveste senza distribuirli, sia dal punto di vista del maggiore controllo pubblico sulla gestione rispetto alla società mista, nella quale il socio privato esercita rilevanti poteri gestionali ed operativi.

5. In concreto l'attività da svolgere ed i tempi.

La casistica di affidamenti in house è ormai abbastanza ampia, mentre non sono noti casi di "ri-pubblicizzazione" del SII, e cioè di esercizio di poteri di autotutela dopo l'affidamento in concessione oppure a società mista, con nuovo affidamento in house. E' pertanto giocoforza applicare i principi generali e le disposizioni convenzionali sopra illustrate.

Da un punto di vista strettamente operativo,

a) in ogni caso occorre preliminarmente procedere all'istruttoria da parte dei Comuni funzionale alla motivazione prevista dal D.Lgs.n.175/2016 per la costituzione della società (oppure all'acquisto delle azioni o quote della società esistente) alla quale affidare il servizio in house; tempo occorrente 30-60 giorni circa;

b) occorre inoltre che l'Ente d'Ambito deliberi motivatamente la modifica della scelta della corsa di gestione, passando da quella attuale (società mista) all'affidamento in house providing, ed a tale fine occorre la redazione della Relazione prevista dall'art. 34 comma 20 DLn.179/2012; tale delibera potrà eventualmente contenere anche indirizzi circa le caratteristiche essenziali che dovrà avere la società per potersi procedere all'affidamento in

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
AVV. RICCARDO FARNETANI
AVV. ELISABETTA SANTORO
AVV. GABRIELE SANDRELLI

house providing; tempo occorrente 30-60 circa, anche parzialmente coincidente con i tempo di cui al punto a);

c) parallelamente occorrerà adottare gli strumenti statutari e convenzionali necessari per l'esercizio del controllo analogo congiunto sulla società ai fini dell'affidamento in house providing.

Si è visto infatti che è necessario modificare lo statuto per:

- sopprimere la possibilità che privati acquisiscano azioni;
- limitare l'oggetto sociale, prevedendo il vincolo allo svolgimento dell'80% dell'attività per i Comuni soci;
- introdurre strumenti di governance per attribuire poteri rilevanti di indirizzo gestionale ai soci limitando i poteri degli amministratori;
- introdurre un organo funzionale al controllo analogo, con obblighi di reportistica ed informazione periodica ai soci;

ed inoltre è necessario istituire un vincolo convenzionale tra i Comuni soci, nella forma della convenzione ex art. 30 TUEL oppure di altro accordo tra Pubbliche Amministrazioni, od anche nella forma del patto parasociale, al fine di garantire l'esercizio del controllo analogo congiunto;

tempo occorrente 60-90 giorni, perché gli atti suddetti debbono essere preliminarmente approvati dai Consigli Comunali; attività anche questo che potrà essere svolta parallelamente con quella dei punti precedenti;

d) i contratti di finanziamento in essere non prevedono il caso di recesso da parte del concedente, ma in generale prevedono l'obbligo dell'Autorità d'ambito ad informare l'Istituto di credito cessionario del credito di *«tutti gli eventi (...) incidenti sull'equilibrio economico-finanziario di cui alla Convenzione»* (art. 3), ed inoltre che le decisioni assunte da Acqualatina nell'ambito della convenzione per la gestione del servizio idrico *«sono soggette al preventivo consenso scritto»* della banca cessionaria (art. 5); è perciò ragionevole ritenere che sia necessario ottenere dagli Istituti finanziatori un consenso al trasferimento sul Gestore subentrante in tutto od in parte degli obblighi del Gestore uscente, col subentro del primo al secondo nel finanziamento in essere; il contratto di finanziamento non prevede un termine entro il quale l'Istituto finanziatore dovrà esprimere il proprio consenso, per cui è opportuno considerare un periodo non brevissimo tra 3 e 6 mesi;

e) costituzione della società tra i Comuni; tempo occorrente 30 giorni dopo l'attività sub c);

f) l'Ente d'Ambito deve medio tempore approvare il Piano d'Ambito e lo schema di convenzione di gestione; questa attività può essere svolta in parallelo alle precedenti;

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
 AVV. RICCARDO FARNETANI
 AVV. ELISABETTA SANTORO
 AVV. GABRIELE SANDRELLI

g) successivamente l'Ente d'Ambito dovrà procedere a deliberare l'affidamento del SII previa verifica della sussistenza dei requisiti per l'affidamento in house; tempo occorrente circa 30 giorni;

h) stipula della convenzione di gestione; 30 giorni;

i) pagamento dell'indennizzo al Gestore uscente relativamente agli investimenti non ammortizzati ed effettivo subentro nella gestione da partecella società in house affidataria del SII.

Avv. Riccardo Farnetani

Riccardo Farnetani

Attività	ogni colonna vale un mese									
a) istruttoria da parte dei Comuni funzionale alla motivazione prevista dal D.Lgs.n.175/2016 per la costituzione della società	—	—								
b) Relazione prevista dall'art. 34 comma 20 D.Ln.179/2012 e deliberazione EGA modifica forma di gestione		—	—							
c) adozione degli strumenti statutari e convenzionali necessari per l'esercizio del controllo analogo		—	—	—						

6

STUDIO DELL'AVV. RICCARDO SANTORO

50123 FIRENZE - VIA DEI CONTI 3

AVV. PIER LUIGI SANTORO
 AVV. RICCARDO FARNETANI
 AVV. ELISABETTA SANTORO
 AVV. GABRIELE SANDRELLI

congiunto									
d) Consenso istituti finanziatori			---	---	---	---	---	---	
e) costituzione della società tra i Comuni					---				
f) approvazione EGA Piano d'Ambito e schema di convenzione di gestione				---	---	---			
g) deliberazione EGA affidamento del SII							---		
h) stipula della convenzione di gestione								---	
i) pagamento indennizzo al Gestore uscente ed effettivo subentro nella gestione						---	---	---	---

