



Napoli, ottobre 2012

Spett.le
Comune di Caserta
Piazza Vanvitelli
81100 CASERTA

Oggetto: parere legale relativo alla concessione disposta con delibera n. 34/91 della gestione del servizio idrico in favore della società Napoletanagas S.p.a.

La richiesta di parere.

Con determina dirigenziale prot. n. 294 del 28.05.2012 mi viene richiesto parere:

- a) *“per valutare, muovendo dall’instaurazione del rapporto concessorio con la Napoletanagas S.p.a., l’impatto della evoluzione normativa di settore sugli atti (provvedimentali e convenzionali) relativi all’erogazione del servizio idrico, coinvolgenti i rapporti tra il Comune di Caserta ed il soggetto gestore, tenendo conto non solo delle plurime modifiche legislative intervenute soprattutto negli ultimi anni, ma, altresì, dell’assetto della giurisprudenza in materia (specialmente costituzionale¹), degli eventuali effetti degli esiti del referendum del 2011 sulla disciplina dei servizi pubblici e di quello idrico in particolare, nonché della regolamentazione di legge intervenuta successivamente”*; nonché

¹ Nel provvedimento di conferimento incarico si fa erroneamente riferimento alla giurisprudenza “istituzionale”.

b) per *"indicare le soluzioni operative praticabili dal Comune relativamente al servizio in questione"*.

Le risposte all'anzidetto articolato quesito impongono una sintetica ricostruzione delle vicende normative che hanno interessato negli anni la materia dell'affidamento dei servizi pubblici locali (ricostruzione resa impervia da evoluzioni legislative incalzanti e caotiche) e qualche cenno all'assetto della giurisprudenza sul punto, avvertendo espressamente che gli approdi cui perverrà il presente parere sono ancora incerti e opinabili.

*

La convenzione regolante il rapporto concessorio.

Prima di procedere nel senso indicato, tuttavia, occorre soffermarsi sui punti più importanti, per i fini che qui interessano, dell'atto di concessione e della convenzione accessiva stipulata dal Comune di Caserta e dalla Napoletanagas S.p.a..

In data 9.04.1991 il C.C. di Caserta, con delibera n. 34, ha affidato in concessione alla Napoletanagas S.p.a. senza alcuna procedura di evidenza pubblica), ai sensi degli artt. 265 e 267 del r.d. n. 1175/1931, la gestione del servizio di distribuzione dell'acqua potabile.

L'art. 1 del contratto concessorio, precisamente, descrive l'oggetto dell'affidamento come *"la concessione in esclusiva, su tutto il territorio comunale, del pubblico servizio di distribuzione acqua potabile mediante tubazioni per usi domestici, artigianali, commerciali, industriali ed agricoli"*.

Ai sensi dell'art. 3 il servizio fu affidato in concessione per la durata di 30 anni decorrenti *"dal primo giorno del mese successivo a quello in cui avrà luogo la*

consegna formale dell'acquedotto alla Napoletanagas S.p.a." (società, oggi, di proprietà dell'Italgas S.p.a., a sua volta controllata dalla Snam S.p.a.).

Con l'art. 4 il Comune di Caserta ha attribuito alla Napoletanagas S.p.a. diritto di prelazione per il proseguimento della concessione, nel caso in cui, alla scadenza del contratto, intendesse rilevare gli impianti ma senza svolgere direttamente la gestione del servizio.

Gli obblighi del concedente e della concessionaria sono puntualmente disciplinati dagli artt. 10 e 14.

L'art. 16 regola il c.d. riscatto anticipato dal servizio, attraverso un rinvio alle modalità previste dal R.D. n. 2578/1925, il cui art. 24 dispone che *"i comuni possono valersi delle facoltà consentite dall'articolo 1 [assumere la diretta gestione del servizio idrico] per i servizi già affidati all'industria privata quando dall'effettivo cominciamento dell'esercizio sia trascorso un terzo della durata complessiva del tempo per cui la concessione fu fatta. Tuttavia i comuni hanno sempre diritto al riscatto quando siano passati venti anni dall'effettivo cominciamento dell'esercizio; ma in ogni caso non possono esercitarlo prima che siano passati dieci anni. Qualora i comuni non facciano uso delle facoltà di riscatto nelle epoche sopra determinate, non possono valersene se non trascorso un quinquennio, e così di seguito di cinque anni in cinque anni"*².



Tale disposizione permette ai Comuni di riassumere la gestione diretta del servizio pubblico sciogliendosi anticipatamente dal vincolo concessorio³.

Ai sensi dell'art. 18 della convenzione fu stabilito che il Comune intende decaduta la concessione:

- in caso di scioglimento o fallimento della concessionaria;

² Le modalità di esercizio del riscatto sono disciplinate dal DPR n. 299/1986.

³ Sul punto cfr. *infra* parte IV. Si veda Tar Lombardia, Brescia, 237/2006 (secondo cui si sceglie il termine minore).

- in caso di cessione a terzi della concessione, senza l'osservanza di quanto previsto dall'art. 19 della medesima convenzione;
- in caso di assoluta e totale inefficienza dell'acquedotto per colpa e fatto della Napoletanagas S.p.a. e per una durata superiore a 12 giorni consecutivi (previa diffida);
- in caso di gravi e reiterate infrazioni alle norme di legge e della presente convenzione (accertate da un collegio arbitrale).

È inoltre precisato che, in caso di decadenza, il Comune possa decidere se gestire l'impianto direttamente o affidarlo a terzi.

L'art. 20 del contratto concessorio, infine, prevede la "*clausola compromissoria*" per eventuali controversie tra concedente e concessionario.

Tanto premesso, è necessario muovere da una rapida disamina dell'evoluzione della normativa in materia di affidamento e gestione del servizio idrico.

A. Legge Galli (l. n. 36/94).

La l. n. 36/94 (cd. legge Galli - abrogata dal d.lgs. n. 152/06), che ha dettato le prime disposizioni in materia di risorse idriche, disponeva all'art. 8, comma 1, la riorganizzazione del servizio idrico sulla base di ambiti territoriali ottimali e, al comma 2, stabiliva che tale delimitazione spettava alle Regioni.

L'art. 10, comma 3, precisava – con norma di sicura pertinenza alla fattispecie in esame – che "*le società ... concessionarie di servizi alla data di entrata*

in vigore della presente legge ne mantengono la gestione fino alla scadenza della relativa concessione".

La salvezza dei pregressi rapporti concessori in essere è stata poi confermata dall'art. 12 della legge della Regione Campania n. 14/97.

B. Testo unico sugli ordinamenti degli enti locali (cd. T.U.E.L., d. lgs. N. 267/2000).

Tralasciandone l'originaria formulazione, l'art. 113 del tuel – nella versione successiva alla novella di cui all'art. 14, comma 1, del d.l. n. 269/2003 – stabiliva che i servizi pubblici locali di rilevanza economica potessero essere affidati:

- a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato fosse scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici controllanti.

La medesima disposizione, inoltre, sul piano transitorio aveva fissato, come regola generale⁴, quella della scadenza automatica – cioè a dire senza

⁴ Il riferimento è al comma 15-bis, aggiunto dall'articolo 14, comma 1, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, integrato dall'articolo 4, comma 234, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, e successivamente modificato dall'articolo 15 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223.

NARDONE - CECERI
STUDIO LEGALE

necessità di apposita deliberazione dell'ente concedente – al 31 dicembre del 2007 delle concessioni affidate senza rispettare procedure di evidenza pubblica, contemplando però alcune eccezioni tra cui quella della prosecuzione delle concessioni che, sebbene non affidate secondo regole di evidenza pubblica, fossero già *in itinere* alla data del 1° ottobre 2003 e riguardassero società quotate in borsa oppure da esse direttamente partecipate a tale data, purché concessionarie esclusive del servizio.

La società Napoletanagas, a quanto risulta, non è quotata in borsa (o perlomeno non nel listino ordinario o allargato). Nel caso in cui, al 2003, lo fosse Italgas, che la controlla, sulla scorta di questo dato *ratione temporis* doveva ritenersi esclusa l'automatica caducazione del rapporto concessorio

~~col Comune di Caserta al 31 dicembre 2007 (ma occorre aggiungere che in~~
internet è possibile reperire alcuni documenti concernenti il bilancio consolidato 2002 del gruppo Italgas in cui si dà atto che, a seguito di OPA volontaria totalitaria lanciata da Eni s.p.a., che ebbe esito positivo, “*con decorrenza 7/2/2003 il titolo Italgas è stato revocato dalla quotazione di Borsa*”).

Sempre l'art. 113 cit. (ancora il comma 15-*bis*), però, prevedeva che anche questi rapporti concessori preservati dalla caducazione automatica dovessero, tuttavia, cessare *comunque* allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure di evidenza pubblica, salva la possibilità di determinare caso per caso la cessazione in una data successiva qualora la stessa risulti proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati da parte del gestore.

In tal caso (in disparte le incertezze applicative sull'autorità competente ad accertare la durata media delle concessioni di settore affidate con evidenza

pubblica e sulle modalità di tale rilevazione), è dubbio se fosse necessario, per provocare l'effetto dissolutorio, un provvedimento con effetti costitutivi (da adottare sul presupposto dell'avvenuto superamento del termine medio di durata anzidetto), o se, invece, la cessazione fosse un effetto automatico previsto *ex lege* con conseguente valore meramente dichiarativo di un eventuale atto esplicito (e potrebbe forse orientare in questo secondo senso la previsione della possibilità, a certe condizioni, di *determinare* – con atto espresso, questo sì certamente costitutivo – la posticipazione della scadenza della concessione).

C - Testo unico sull'ambiente (D.lgs. n. 152/06) e norme successive sulle autorità d'ambito.

Il codice dell'ambiente recuperava, in buona sostanza, l'impianto della legge Galli e rinviava (art. 150), per ciò che concerne le modalità di affidamento del servizio idrico, alle norme del tuel, segnatamente all'art. 113, stabilendo però, sul piano delle *gestioni esistenti* (art. 172), che le autorità d'ambito avrebbero dovuto procedere ai nuovi affidamenti solo dopo aver redatto il piano di ambito, all'uopo fissando il termine di 60 giorni precedenti la scadenza del 31.12.2007 (con previsione, in caso di inerzia, di commissariamento da parte della Regione).

Il c.a., inoltre, stabilisce (art. 172, comma 5) che al termine del rapporto concessorio (per scadenza del termine o per anticipata risoluzione) beni e impianti delle imprese già concessionarie sono trasferiti direttamente all'ente locale concedente nei limiti e secondo le modalità previsti dalla convenzione.

È appena il caso di rammentare che con la l. n. 191/09, comma 186-*bis*, le autorità d'ambito sono state soppresse, con espressa previsione di nullità degli atti compiuti dal 1° gennaio 2011. Tuttavia, con il recente d.l. n. 216/11 (cd. decreto milleproghe), art. 13, c. 2, il termine di scadenza è stato prorogato al 31 dicembre 2012.

In base all'art. 1, comma 186-*bis*, l. n. 191/09, inoltre, spetterà alle Regioni adottare una legge per attribuire le competenze precedentemente affidate alle autorità d'ambito.

D. Disciplina relativa alla gestione dei servizi pubblici locali ante referendum del giugno 2011.

Con l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 il legislatore è intervenuto pesantemente sulla tematica dei servizi pubblici locali.

Evitando inutili digressioni, possiamo sinteticamente dire che tale norma poneva una regola e una eccezione in tema di affidamento dei predetti servizi:

- la *regola* (cioè la *via ordinaria*) era quella di affidare i servizi pubblici locali a imprenditori o società in qualunque forma costituite, da individuare *mediante procedure competitive di evidenza pubblica*;
- la *eccezione* (ossia la *deroga* all'affidamento in via ordinaria) riguardava situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non consentono un efficace e utile ricorso al mercato: (solo) ricorrendo tali condizioni sarebbe stato possibile l'affidamento di detti servizi (anziché nel rispetto delle rigorose procedure di evidenza

pubblica, semplicemente) *nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria* (erano previsti, in tale evenienza, un'istruttoria *ad hoc* e un parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato). Chiaro, in tal caso, il riferimento alla giurisprudenza comunitaria in materia di affidamenti *diretti* e di affidamenti c.d. *in house*.

A quest'ultimo riguardo, considerate anche le implicazioni al riguardo derivanti dalla successiva evoluzione legislativa, cui verrà fatto cenno più avanti, appare opportuno esporre qui, in via estremamente sintetica, i tratti salienti della stratificazione giurisprudenziale comunitaria sull'argomento.

Il tema che rileva è sintetizzabile nel seguente quesito: l'amministrazione, nell'affidare in appalto o in concessione un servizio, deve sempre rispettare le regole della evidenza pubblica (e segnatamente, almeno per ciò che concerne gli appalti, quelle di cui alle pertinenti direttive; fermo restando che il problema riguarda, più generalmente, le norme del Trattato che attengono al valore della "concorrenza", applicabili anche alle concessioni), oppure ci sono casi in cui può prescindere e procedere ad affidamenti diretti? E, nel caso si dia questa seconda ipotesi, a quali condizioni è legittimo detto affidamento?

Il tema così generale concerne due fattispecie (che, in generale, e salvo quanto si dirà *infra*, sono sempre state considerate nettamente) distinte:

- il caso dell'affidamento a società miste, cioè partecipate in parte dall'amministrazione procedente;
- il caso di affidamento c.d. *in house*, cioè a dire a società private, di capitali, interamente in mano all'amministrazione procedente.

La traiettoria della giurisprudenza comunitaria relativamente agli affidamenti *in house* può essere tratteggiata, nei termini necessariamente sintetici imposti dall'economia del presente parere, nei termini che seguono.

Leading case in materia è considerata la sentenza resa dalla Corte di Giustizia europea del 18 novembre 1999, nella causa C-107/98 (c.d. sentenza Teckal). La decisione trasse origine dalla circostanza che il Comune di Viano aveva affidato senza gara, per un periodo di un anno con impegno del soggetto affidatario a proseguire il rapporto per altri tre anni, la gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali (comprensiva della fornitura di gasolio) a un consorzio intercomunale, costituito *ex art.* 25 della legge n. 142 del 1990, di cui lo stesso Comune affidante faceva parte⁵. I giudici, rilevato che si versava in ipotesi di appalto misto (servizi e forniture), oneroso, eccedente la soglia comunitaria, e che la fattispecie refluiva nell'ambito applicativo della direttiva sulle forniture 93/36 (considerato che il valore dei prodotti era maggiore di quello dei servizi), precisò che per ritenere doverosamente applicabili le relative norme (di evidenza pubblica) era sufficiente che vi fosse un rapporto di alterità fra ente locale e impresa affidataria. Aggiunse che tale rapporto non è dato ravvisare, con conseguente legittimità dell'affidamento diretto, in presenza di due presupposti:

⁵ La premessa fattuale della decisione puntualizza che: l'oggetto sociale evincibile dallo statuto era, per un vero, senz'altro coerente con l'oggetto dell'affidamento, e, per altro verso, più ampio dello stesso; il consorzio avrebbe potuto partecipare a enti o società a capitale pubblico o privato per gestire attività connesse e accessorie; il consorzio avrebbe potuto effettuare servizi e forniture anche a favore di privati o enti pubblici diversi dai comuni consorziati; lo statuto riservava gli atti di gestione più importanti alla assemblea, composta dai rappresentanti dei comuni consorziati; gli organi direttivi dell'azienda consortile (consiglio, presidente del consiglio, direttore generale) non rispondevano della loro gestione ai comuni; il consorzio aveva l'obbligo del pareggio di bilancio; i comuni consorziati versavano fondi o beni all'azienda, potendone, in caso di perdite, ripianarle col conferimento di nuovi capitali.

- a) quando l'ente locale esercita sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello da esso esercitato sui propri servizi;
- b) quando il soggetto affidatario realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano.

In un secondo momento, la Corte (sentenza dell'11 gennaio 2005, resa nella causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochaus), chiamata a decidere circa la possibilità di affidare un servizio senza gara a una società mista partecipata in prevalenza dall'amministrazione affidante, stringe le maglie del "controllo analogo", attraverso la precisazione che "la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi". Difatti, quando un'amministrazione eroga un servizio pubblico è chiamata a curare interessi pubblici, mentre "qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente".

La Corte soggiunge che "l'attribuzione di un appalto pubblico a una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata e il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe a un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti", sicché "nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50 con una



società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate” (il principio è ribadito da Corte giust. UE, 6 aprile 2006, in causa C-410/04; ma *contra*, pur dopo – si badi – la sentenza della Corte giust. UE dell’11 gennaio 2005, resa nella causa C-26/03, Cons. St., V, 22 settembre 2003, n. 5316, a piena conferma di quante incertezze giurisprudenziali – e correlati disorientamenti negli operatori di settore – ha provocato il tema in argomento⁶).

Sulla scorta del precedente arresto si sarebbe potuto ritenere, *a contrario*, che ove l’amministrazione affidante detenga l’intero capitale della società affidataria, di fatto svolge su di essa – per ciò solo – un controllo analogo a quello esercitato sulla propria organizzazione, sicché non c’è in detta ipotesi quella *alterità* (o *terzietà*) che, sola, impone l’obbligo di indire una gara pubblica. Ma a scongiurare siffatto esito interpretativo ci pensa, di lì a poco, un’altra pronuncia della Corte europea, del 13 ottobre 2005 (causa C-458/03, Parking Blixen GmbH), dove si precisa che nemmeno la titolarità dell’intero capitale della società affidataria all’amministrazione affidante può di per sé sola portare a considerare la prima null’altro che una *longa manus* della seconda, con conseguente esclusione della necessità della gara pubblica. Si tratta, infatti, di condizione necessaria ma non sufficiente. Occorre, altresì, a giudizio della Corte, che l’amministrazione abbia in

⁶ Di ciò è pienamente consapevole qualunque, pur frettoloso, lettore delle pronunce in argomento. Come è stato giustamente osservato, che “Si conferma, quindi, ove ve ne fosse stato bisogno, che nella materia dell’*in house* manca ogni cristallizzazione giurisprudenziale, con conseguente oscillazione tra fissazione di paletti ineludibili (es. sentenza Teckal) e valutazioni mobili determinate dalla fattispecie concreta” (M. Spagnolo, *L’affidamento in house del servizio pubblico di igiene ambientale: possibilità, limiti, procedure*”, in *Nuova rass.*, num. 23-24 dell’1-16/12/2006).

concreto una possibilità di influenza dominante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni fondamentali della società, tale da annullarne in pratica l'autonomia⁷.

I suddetti principii – puntualizza la decisione giurisdizionale in esame – debbono trovare applicazione indipendentemente dalla qualificazione del rapporto di affidamento del servizio in termini di appalto o concessione, avendo la Corte di Giustizia chiarito, con riferimento alla esclusione dei contratti di concessione di pubblici servizi dalla sfera di applicazione della dir. 92/50/CEE, che gli enti aggiudicatori sono comunque tenuti a rispettare le norme fondamentali del trattato, che non consentono l'attribuzione di pubblici servizi in assenza di gara⁸.

Fatta questa parentesi, torniamo ancora al predetto art. 23-bis per segnalare:

- la previsione secondo cui le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica "cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita

⁷ Peraltro, Corte di giust. UE, II, 17 luglio 2008, in causa C-371/05, ha al contrario affermato che anche se il capitale della società non è interamente pubblico, non per questo è possibile dire senz'altro che non c'è controllo analogo, perché questo può desumersi da altre circostanze, per es. da patti parasociali o da altri strumenti di controllo. È ovvio che in tal modo sfumano moltissimo le differenze tra affidamento di servizi *in house* e affidamenti a società miste. Si veda S. Piperita, *Le società pubbliche al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, pag. 1119 e ss..

⁸ Per usare le parole della Corte, "nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi, il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità e degli artt. 43 CE e 49 CE trovano applicazione nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo. Al contrario non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne (v. in questo senso, sentenza *Stadt Halle et RPL Lochau*, cit., punto 48)".

deliberazione dell'ente affidante" (con espressa eccezione delle concessioni rilasciate nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria);

- la attribuzione al Governo del potere di indicare espressamente con apposito regolamento le norme abrogate ai sensi dell'art. 23-bis cit. (il regolamento in questione è stato adottato con d.P.R. 168/2010).

Il decreto-legge 25 settembre 2009 n. 135, recante "*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*" (cd decreto salva-infrazioni, in G.U.R.I., Serie Gen., n. 223 del 25 settembre 2009, cponv. Con l. n. 166/2009) ha, nel suo art. 15 ("*Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*") riformato l'art. 23-bis ("*Servizi pubblici locali di rilevanza economica*") del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito in Legge 6 agosto 2008 n. 133.

Anche la nuova articolazione della disposizione affianca all'ipotesi di conferimento *in via ordinaria* della gestione dei servizi pubblici locali (che, come diremo, viene arricchita: cfr. nuovo comma 2), un'ipotesi di conferimento *in via eccezionale* (commi 3 e 4), essa pure connotata da significative modifiche.

E dunque, l'art. 15 del d.l. n. 135/2009 stabiliva che l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali avvenisse, *in via ordinaria*:

- o a imprenditori o società in qualunque forma costituite, da individuare *mediante procedure competitive di evidenza pubblica*,
- oppure a società miste pubblico-private, ma solo a condizione che sussistessero i seguenti tre presupposti:

- a) che la selezione del socio privato avvenisse con procedura ad evidenza pubblica;
- b) che la gara per la scelta del socio avesse a oggetto, oltre alla qualità di socio, anche l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio (c.d. gara a doppio oggetto);
- c) che al soggetto privato così individuato facesse capo una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

In presenza di tali condizioni, l'assegnazione del servizio alla società mista "conforme" poteva essere disposto contestualmente alla scelta del *partner* operativo di mercato e senza che occorresse duplicare la gara.

Quanto alla *eccezione*, la norma in commento, anche qui con significative novità rispetto alla disciplina previgente, stabiliva che, in deroga alle modalità di affidamento ordinarie, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento potesse avvenire a favore di società a) a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, b) che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, c) nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

È abbastanza evidente, leggendo la normativa in esame, che il d.l. n. 135/09 presenta profili di novità sia rispetto all'originario schema di d.P.R. applicativo dell'art. 23-*bis* (cfr. comma 10), sia rispetto al parere della Sez. II del Consiglio di Stato n. 456/2007, verosimilmente avuto presente nella stesura del testo. Essa infatti, nel perseguire un obiettivo generale di

liberalizzazione dei mercati di riferimento (peraltro attentamente perimetrati, essendosi aggiunta alla preesistente esenzione del settore gas naturale anche quelle della distribuzione di energia elettrica e dei servizi di trasporto di interesse regionale), punta nel contempo a rinsaldare la componente privata nella compagine sociale; ciò avviene caratterizzando senz'altro il privato quale detentore del *know-how* tecnico-operativo e quindi come fulcro dell'attività aziendale, mentre al *partner* pubblico viene riconosciuto un ruolo di apportatore di capitale.

Infine, l'art. 15 in esame dettava una articolata disciplina concernente il regime transitorio degli affidamenti non conformi alle regole da esso scandite.

~~Tralasciando norme palesemente inapplicabili alla fattispecie oggetto di~~
parere [quelle di cui all'art. 15, c. 1, lett. d), di modifica dell'art. 23-bis cit., comma 8, *sub* a), b) e c)], la novella stabiliva che:

- "d) *gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015;*

- e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante".

La prima ipotesi, quella *sub d)*, non pare applicabile al caso della Napoletanagas. Essa, infatti, non è una società a partecipazione pubblica quotata in borsa. Né lo è la Italgas, che la controlla, trattandosi di società anch'essa non quotata in borsa al 1° ottobre 2003 (il titolo Italgas, a seguito della Opa. da parte di Eni S.p.a., con decorrenza 7/02/2003 è stato revocato dalle quotazioni di borsa).

Resta, dunque, l'ipotesi *sub e)*, con i profili problematici che saranno più avanti tratteggiati.

G. La sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2011 sull'ammissibilità dei quesiti referendari.

Proprio la prospettiva liberalizzatrice e privatizzatrice propria della normativa da ultimo passata rapidamente in rassegna aveva suscitato, in ampi settori della pubblica opinione, una reazione di forte contestazione e alimentato la rivendicazione, all'opposto, di una cornice ordinamentale fortemente orientata verso forme di recisa pubblicizzazione non solo delle risorse idriche e delle relative reti, ma, più in generale, della loro gestione.

Un gruppo di giuristi aveva elaborato, in materia di servizi pubblici locali, tre quesiti referendari, motivandone analiticamente finalità e ammissibilità in

una relazione introduttiva intitolata *"Invertire la rotta. Per un governo pubblico dell'acqua"*⁹.

L'iniziativa referendaria era ispirata soprattutto da interesse verso il servizio idrico.

Il primo dei quesiti presentati - che prevedeva l'abrogazione del citato art. 23-bis - fu ritenuto ammissibile dalla Corte costituzionale con sentenza n. 24/2011.

La Corte osservava che *"dall'abrogazione referendaria non deriva, in tema di regole concorrenziali relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall'ordinamento comunitario"*; e aggiunge che *"all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo ... ; dall'altro, deriverebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum¹⁰) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica"*.

La Corte individuava, infine, la *ratio* del quesito referendario *"nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art. 23-bis, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in*

⁹ Nella detta relazione era evidenziato che *"i quesiti referendari... sono tesi... a creare i presupposti, in attesa di una legge nazionale, per reintrodurre nell'ordinamento giuridico italiano l'affidamento della gestione dell'acqua ad un soggetto di diritto pubblico"* e che *"l'obiettivo... si propone in maniera netta di ripubblicizzare il servizio idrico integrato, ponendolo al di fuori delle regole del mercato ed affidando ad un soggetto di diritto pubblico la gestione"*.

¹⁰ Si pensi alla necessità di svolgere una attività istruttoria per accertare la sussistenza di situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato; alla necessità di acquisire un parere dall'AGCOM; alla necessità di superarlo, se del caso, motivatamente, ecc.

house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)".

Com'è noto, il referendum fu celebrato e si concluse con la netta vittoria del fronte favorevole all'abrogazione delle norme oggetto dei quesiti referendari.

H. I servizi pubblici locali dopo il referendum del giugno 2011.

Con d.P.R. n. 113/11 (di presa d'atto dell'esito referendario), l'art. 23-*bis*, nel testo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010, è stato abrogato (con efficacia "*ex nunc*") a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto stesso nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

L'abrogazione dell'art. 23-*bis* ha comportato, conseguentemente, la caducazione – con effetto abrogante con la medesima decorrenza – del regolamento approvato con d.P.R. n. 168/2010, adottato sulla base della norma di delega contenuta nel comma 10 del medesimo articolo.

L'assetto scaturito dall'esito referendario è stato, quindi, quello delineato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 24/2011:

- a) anzitutto, non si è determinata alcuna reviviscenza delle norme abrogate dall'art. 23-*bis*,
- b) inoltre, è stata immediatamente applicabile nell'ordinamento italiano la normativa comunitaria sull'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Ciò vuol dire che, immediatamente dopo l'esito referendario:

- certamente è risultato ammissibile il c.d. affidamento *in house*, sussistendone i presupposti quali definiti dalla giurisprudenza comunitaria (controllo analogo, realizzazione della più importante parte della propria attività con l'ente o con gli enti locali che controllano il soggetto affidatario, ecc.);
- certamente è risultato possibile l'affidamento a società miste (c.d. affidamento diretto), nel rispetto dei limiti già fissati dalla giurisprudenza interna oltre che da quella comunitaria (c.d. doppia gara);
- certamente è risultato possibile affidare il servizio pubblico a un operatore privato scelto attraverso procedure di evidenza pubblica.

Qualche dubbio residuava invece, stanti le disposizioni di cui all'art. 35 della l. 448/2001¹¹ e dell'art. 14 del d.l. n. 269/2003, circa la possibilità di gestione diretta del servizio da parte dell'ente locale [la Corte Cost., nella sentenza n. 325/2010, ha osservato che normativa comunitaria ammette la gestione diretta del s.p.l. "nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE; ex plurimis, sentenze della Corte di giustizia UEE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle, punti 48 e 49, e 10 settembre 2009, C-573/07, Sea s.r.l.)"]; ma – ha aggiunto – detta normativa "non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale", lasciando libera sul punto la scelta legislativa interna, che nel caso dell'Italia, in base ai

¹¹ Il comma 5 recita: "L'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica".

predetti artt. 35 e 14, l'ha esclusa]. Ma su questo aspetto si tornerà più avanti.

I. Il d.l. n. 138/2011 (*"Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo"*), conv. con l. n. 148/11 (*"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari."*).

I.1. Successivamente all'abrogazione referendaria, il Governo ha ritenuto di intervenire rapidamente in materia di servizi pubblici locali al fine di non lasciare un vuoto normativo in una materia di tale rilevanza.

Tale intervento è stato operato con l'art. 4 del d.l. n. 138/11, rubricato *"Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea"*, che contiene la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Il contenuto del citato art. 4 d.l. n. 138/11 riceve qualche modifica di tipo marginale in sede di conversione, avvenuta con la l. 14 settembre 2011, n. 148.

Senza dilungarsi eccessivamente sul complesso di disposizioni recato da tale norma, è possibile rilevare sinteticamente che essa riprende, in buona parte, quanto disposto dall'art. 23-bis d.l. n. 112/08 e legifica, con alcune modifiche, molte delle norme di cui al regolamento approvato con il d.P.R. n. 168/2010, con due differenze di fondo:

a) la inapplicabilità della nuova normativa al servizio idrico integrato (con la sola eccezione delle disposizioni in tema di incompatibilità; commi da 19 a 27), oltre che ai soliti settori esclusi, quali il servizio di distribuzione di gas

naturale e quello di energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario e la gestione delle farmacie comunali (comma 34). La eccezione doveva servire, nell'intenzione del legislatore, a salvare la nuova disciplina da sospetti di incostituzionalità, visto che l'iniziativa referendaria era stata dichiaratamente assunta (soprattutto) per preservare dall'obbligo di privatizzazione la gestione del servizio idrico;

b) la possibilità di affidamento a favore di società "in house", a capitale interamente pubblico e in presenza dei requisiti richiesti dall'ordinamento europeo, solo se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui; senza la previsione di ulteriori limiti o condizioni (comma 13); il che significa che, al di sotto di tale soglia, gli enti, secondo la normativa in esame, avrebbero potuto gestire un servizio pubblico di rilevanza economica in regime di autoproduzione.

Tuttavia, le società "in house" affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono state sostanzialmente equiparate a una pubblica amministrazione e, quindi, assoggettate al patto di stabilità interno secondo modalità da definire con un decreto interministeriale¹².

I.2. La scure della Corte Costituzionale sul nuovo assetto normativo non si è fatta attendere. Con sentenza n. 199 del 17 luglio 2012, infatti, la Corte ha dichiarato illegittimo il predetto art. 4 del d.l. n. 138/2011.

Secondo la Corte Costituzionale la norma impugnata detta una disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica *"che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di*

¹² La disposizione *de qua* prevede, inoltre, che gli enti locali vigilino sull'osservanza da parte delle società "in house" - al cui capitale partecipano - dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno (comma 14); e dispone anche l'obbligo per le società *in house*, assieme alle società miste, di osservare procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e di servizi per l'assunzione del personale (commi 15 e 17).

affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel d.P.R. n. 168 del 2010. (...) Alla luce delle richiamate indicazioni – nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato – risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e l'identità della ratio ispiratrice. Le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere. Tenuto, poi, conto del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica» (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23-bis, non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza che la norma oggi all'esame costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011”.

L. La situazione post sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012.

Si è posto il problema di individuare, all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, la disciplina applicabile ai servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Qui esamineremo soltanto le problematiche strettamente connesse al servizio idrico integrato.

a) Sicuramente resta aperta la possibilità di fare una gara di evidenza pubblica per selezionare un operatore (privato) che gestisca il servizio.

Resta da vedere, però, se questa possibilità abbia concreti margini di operatività pratica o, invece, sia soltanto teorica.

Difatti, l'esito referendario ha travolto, oltre al più volte citato art. 23-bis, anche parte dell'art. 154 del d. lgs. n. 152/2006.

Tale norma, nella sua originaria formulazione, così stabiliva: *«La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga". Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo».*

Per effetto del referendum, è stato abrogato l'inciso *“dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito”* (sull'irrilevanza di tale espunzione ai fini della qualificazione del servizio idrico quale servizio pubblico di rilevanza economica si vedano C. Cost., sent. n. 26/2011, e C. Volpe, *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in www.giustizia-amministrativa.it).

L'Anci, in un primo parere reso sulla questione, ha rilevato che, a seguito del referendum, il servizio idrico può sì essere affidato dalla stazione appaltante anche con procedura di evidenza pubblica, *“ma al gestore – pur rimanendo la previsione di copertura dei costi di gestione – non potrà essere riconosciuto alcun corrispettivo a fronte degli investimenti programmati”*.

E in dottrina (A. Contieri, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito dell'esito dei referendum del 12 e 13 giugno 2011*, in

www.giustamm.it, n. 9-2011) si è affermato che "il servizio idrico è divenuto un SPL a rilevanza economica del tutto anomalo, poiché è ormai bandito l'utile di impresa del gestore", sicché "con tutti i dubbi e le perplessità che la novità e la delicatezza della questione impone, deve ipotizzarsi che il mondo delle imprese non sia più interessato a svolgere il servizio e che, quindi, non sia più configurabile un mercato competitivo da disciplinare".

Trattasi di opinione non del tutto condivisa, poiché si fa osservare, in contrario, che comunque, per garantire un utile al privato, sono sufficienti il perdurante riferimento ai *costi di gestione* e la vigenza dell'art. 170 del codice dell'ambiente (in disparte, poi, le modifiche introdotte di recente, di cui si dirà di qui a poco).

È da segnalare, comunque, che, ai sensi dell'art. 154, comma 2, del codice dell'ambiente, «Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, su proposta dell'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, tenuto conto della necessità di recuperare i costi ambientali anche secondo il principio "chi inquina paga", definisce con decreto le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua».

Il d. lgs. 284/2006, com'è noto, ha poi soppresso tutti i riferimenti all'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti contenuti nel codice dell'ambiente, ricostituendo il Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche e l'Osservatorio nazionale sui rifiuti.

L'articolo 9-bis, comma 6, del D.L. 28 aprile 2009, n. 39, ha però stabilito che tutti i riferimenti al Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, contenuti nel codice dell'ambiente sono sostituiti dalla denominazione "Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche".

Il d.l. 70/2011, a mezzo dell'art. 10, c. 14, lett. d), ha poi sostituito il Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche (*id est*, la "Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche") con la l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, cui ha assegnato il compito di predisporre *"il metodo tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi ed il principio "chi inquina paga", e con esclusione di ogni onere derivante dal funzionamento dell'Agenzia"*.

Ma il d.l. n. 201/2011, all'art. 21, commi 13 e 19, ha soppresso la predetta Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, statuendo che *"Con riguardo all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, sono trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, che vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481. Le funzioni da trasferire sono individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto"*.

In attesa di adeguamento alla nuova normativa e della adozione del nuovo metodo tariffario, si è avanzata in dottrina l'opinione favorevole all'applicazione all'utenza delle tariffe approvate ai sensi del c.d. *metodo normalizzato* di cui al D.M. 1° agosto 1996, tuttora in vigore – come si è detto – ai sensi dell'art. 170, c. 3, lettera l), del codice dell'ambiente.

b) Certamente deve ritenersi possibile l'affidamento a società miste (c.d. affidamento diretto), nel rispetto dei limiti già fissati dalla giurisprudenza interna oltre che da quella comunitaria (c.d. gara a doppio oggetto: selezione con evidenza pubblica del socio privato non generalista, con individuazione dei compiti operativi, che collabora col soggetto pubblico senza vincoli relativi alla percentuale di capitale detenuta dal privato)¹³.

¹³ L'evoluzione della giurisprudenza interna sul tema può essere sintetizzato come segue.

La prevalente giurisprudenza, sul presupposto che l'art. 113 del d. lgs. n. 267 del 2000, come riscritto nel 2003 dal d.l. n. 269, non è mai stata oggetto di censura a opera della giurisprudenza comunitaria, che si è sempre occupata dei soli affidamenti *in house*, ha ritenuto che se nella selezione del partner privato la amministrazione ha seguito procedure di evidenza pubblica, è senz'altro legittimo l'affidamento diretto del servizio alla società mista (Cosi, per es., Tar Lazio, Roma, II ter, 30 aprile 2008, n. 3620; Tar Sardegna, Cagliari, I, 7 agosto 2006, n. 1600. nello stesso senso in dottrina R. Rotigliano, *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione Europea*, in *Urb. e app.*, 2008, pag. 1008 e ss.; e si vedano anche Tar Calabria, Catanzaro, II, 15 febbraio 2007, n. 76; Tar Sicilia, Palermo, I, 5 novembre 2007, n. 2511; Tar Lazio, Roma, II ter, 30 aprile 2008, n. 3620).

Sul versante opposto, altra parte della giurisprudenza ha recisamente escluso che si possa, a qualunque condizione, assegnare in via diretta un servizio a una società mista in cui il socio privato sia stato individuato con procedura di evidenza pubblica. Seguendo questa impostazione, sono *sempre* necessarie due gare: una per individuare il socio privato e un'altra per affidare il servizio [così Cons. sup. giust. amm. sic., sez. giur., 27 ottobre 2006, n. 589, che in pratica, ritenendo l'art. 113, comma 5, lettera b), del d. lgs. n. 267 del 2000 non conforme al diritto comunitario, finisce per disapplicarlo].

Fra questi due orientamenti antitetici si è fatto strada un indirizzo, per così dire, intermedio.

L'affidamento diretto del servizio a una società mista – si afferma – è ben possibile, ma non basta che in essa il socio privato sia stato scelto con procedure di evidenza pubblica. La norma nazionale va interpretata in conformità delle indicazioni della giurisprudenza comunitaria e delle norme sui trattati. Perciò, detto affidamento è legittimo soltanto se la gara pubblica è volta non, genericamente, a selezionare il socio privato di una società mista di tipo generalista, cioè a dire che può svolgere qualunque tipo di attività coerente con il suo oggetto, solitamente molto ampio; bensì a selezionare il socio privato per costituire una società mista affinché essa svolga, per un arco di tempo limitato (con previsione, cioè, alla scadenza del rapporto di una nuova gara), in partenariato con l'amministrazione, uno *specifico servizio* (Cons. St., II, 18 aprile 2007, n. 456). Ovvio che in questa prospettiva non sia considerato possibile l'affidamento di un servizio a una società mista costituita anni prima, anche se il socio privato sia stato scelto con procedura di evidenza pubblica (Tar Campania, I, 28 luglio 2008, n. 9468; dà espressamente atto del fatto che invece, "il precedente testo dell'art. 113 D.Lg.vo n. 267/2000 [...] consentiva ad un Comune di aderire a Società miste a prevalente capitale pubblico già costituite" Tar Puglia, Lecce, 21 maggio 2003, n. 3304).

L'indirizzo mediano appena illustrato è sposato da Tar Piemonte, II, 4 giugno 2007, n. 2539, che considera preclusivo dell'affidamento diretto un oggetto sociale plurimo e variegato; Cons. St., V, 9 ottobre 2007, n. 5281; Tar Sicilia, Palermo, I, 5 novembre 2007, n. 2511; Tar Abruzzo, Pescara, I, 11 marzo 2008, n. 164, che reputa necessaria, per l'affidamento diretto, la predeterminazione delle finalità proprie della società mista; Tar Campania, I, 20 marzo 2008, n. 1458, che ha annullato bando e capitolato di una gara per individuare il socio privato di una società mista, reputando indeterminato l'oggetto dell'appalto circa gli elementi essenziali della prestazione; Cons. St., VI, 23 settembre 2008, n. 4603.

Del contrasto fra opposti orientamenti, e della individuazione di una soluzione mediana, dà atto il Consiglio di Stato nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 3 marzo 2008, ma senza tuttavia prendere posizione esplicita (anche se traspare con evidenza il *favor* per la soluzione intermedia, tratteggiata in dettaglio, a differenza di quelle estreme, oggetto solo di accenno).

c) Certamente risulta ammissibile il c.d. affidamento *in house*, sussistendone i presupposti quali definiti dalla giurisprudenza comunitaria (controllo analogo, realizzazione della più importante parte della propria attività con l'ente o con gli enti locali che controllano il soggetto affidatario, ecc.).

d) È questione dibattuta quella che riguarda, invece, la possibilità di una gestione diretta del servizio idrico a mezzo, in particolare, di azienda speciale.

Una parte della dottrina propende per la soluzione affermativa (per es., Contieri e Volpe, già citati).

Si osserva, in tale prospettiva, che l'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 si poneva in sostanziale continuità con l'art. 35 l. 448/2001 e con l'art. 14 del d.l. 269/2003 (sancenti l'obbligo di trasformare le aziende speciali in società di capitali); continuità oggi spezzata dall'esito referendario, con effetti travolgenti anche sulle predette norme (pur non formalmente abrogate). Di qui la ritenuta apertura di un varco alla possibilità di costituire un'azienda speciale per gestire il servizio idrico.

Si rileva, ancora, che il Consiglio di Stato, anche recentemente, ha ammesso la possibilità di gestione diretta di certi servizi (sent. 552/2011).

Infine, si sottolinea che il legislatore, con norma assai recente e successiva all'esito referendario, ha sottoposto anche le aziende speciali e le istituzioni, a partire dal 2013, ai vincoli derivanti dal c.d. patto di stabilità (art. 25 del d.l. 1/2012, che ha inserito il comma 5-*bis* all'art. 144 del tuel), in tal modo correndo ai ripari rispetto alla possibilità di utilizzare tali formule per finalità

Quest'ultima traiettoria si è poi via via consolidata (Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2009 n. 1555; Tar Sicilia, Catania, III, 876/2001), trovano consacrazione anche a livello comunitario (Corte Giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset).

in contrasto con le misure concorrenziali. E ciò – si dice – dimostra che il legislatore ha voluto conservare la validità giuridico-organizzativa dello strumento *azienda speciale*.

Altra parte della dottrina, invece, esprime forti riserve sulla possibilità giuridica del ricorso all'azienda speciale per gestire il servizio idrico (G. Caia, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm., Tar*, 2012, 2, pag. 663).

Sinteticamente, la tesi negativa è scandita dai seguenti tornanti argomentativi:

- l'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 aveva abrogato l'art. 113 del tuel;
- il referendum, tuttavia, ha spazzato via il predetto art. 23-*bis*,
- come ha precisato la Corte Cost. nella sentenza n. 24/2011, per effetto dell'esito abrogativo referendario non si ha alcuna reviviscenza delle norme abrogate;
- il d.P.R. 168/2010 (regolamento di attuazione del predetto art. 23-*bis*) aveva abrogato l'art. 150, c. 1, c.a., nella parte in cui rinviava all'art. 113 tuel;
- ma poiché, come detto, l'abrogazione dell'art. 23-*bis* cit. non ha comportato la reviviscenza delle norme che esso aveva abrogato, deve ritenersi che neppure riviva l'art. 150, c. 1, c.a.;
- in conseguenza, le norme di settore relative al servizio idrico "*non menzionano e non permettono di riferirsi per rinvio all'azienda speciale*".

Neppure le norme generali dettate per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere utilmente invocate, poiché non si applicano al servizio idrico integrato (il riferimento di Caia è al d.l.

NARDONE - CECERI
STUDIO LEGALE

138/2011, che ha ora un art. 3-*bis* inserito dall'art. 25 del d.l. 1/2012; l'art. 4, come si è detto, è stato dichiarato incostituzionale con sentenza della Corte Cost. n. 199/2012).

Quanto ai principii comunitari sull'affidamento *in house*, essi, nel consentire tale modalità di affidamento in alternativa alla gara a evidenza pubblica e a partenariato pubblico-privato (società miste), presuppongono comunque l'esistenza di una norma nazionale che indichi le figure soggettive da utilizzare per affidare a esse la gestione *in house* (e, come si è visto, la normativa nazionale non contempla per il servizio idrico la azienda speciale).

La conclusione della dottrina in esame è che, pur volendo prescindere dalla tesi della tipicità delle forme di gestione dei servizi pubblici [secondo cui per i servizi pubblici si possono utilizzare solo le forme di gestione indicate dalla normativa, (per lo più secondo alcune alternative) che il legislatore elenca e rimette alla scelta della Pubblica amministrazione competente ad organizzare il servizio pubblico], quando si vuole dare vita (partecipandovi o costituendola) ad una figura soggettiva che appartiene al diritto pubblico (e che dunque non trova fondamento nell'ordinamento civile e nell'autonomia contrattuale) non si può ignorare che una siffatta figura non è utilizzabile al di fuori dei presupposti e per compiti differenti da quelli che la legge amministrativa per essa indica e questo per i principi di garanzia che reggono l'organizzazione e l'attività amministrativa.

A tale riflessioni critiche, l'impostazione negativa qui in esame aggiunge ulteriori considerazioni volte a escludere recisamente la possibilità di trasformare società di capitali esistenti (in ipotesi originate dalla trasformazione, imposta *ex lege*, di aziende speciali in società di capitali) in

aziende speciali; ma su tali ulteriori considerazioni sarebbe qui inutilmente digressivo indugiare, non attenendo specificamente alla tematica oggetto di parere.

e) Ritengo – ma è necessario avvertire che la soluzione presenta margini di opinabilità – che, nell'attuale contesto, sia possibile, per gli enti locali, ricorrere, per la gestione del servizio idrico, ai moduli organizzatori della convenzione e del consorzio, disciplinati dal tuel.

In particolare, l'art. 30 del tuel stabilisce che *“Al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni”*, le quali – aggiunge – *“devono stabilire i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie”*.

La norma in esame prevede, altresì, che *“Le convenzioni di cui al presente articolo possono prevedere anche la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo, ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti”*.

La convenzione è solo un modulo di organizzazione e, perciò, correttamente è stato precisato in giurisprudenza che non può giustificare affidamenti diretti in favore di società controllate da enti diversi da quello affidante, almeno fino a quando non vengano approntati gli strumenti giuridici che consentano a quest'ultimo di esercitare il "controllo analogo" sulla società affidataria, cioè a dire sino a quando non siano determinati i presupposti per il legittimo affidamento *in house* (cfr. Tar Lombardia, Milano, III, 954/2011).

Si è anche ritenuto in giurisprudenza che possa farsi luogo a convenzione *ex art. 30 cit.* per la costituzione di un consorzio (Tar Lombardia, Milano, I, 5620/2004).

Quanto alla figura del consorzio, l'art. 31 del tuel la descrive così: *"Gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'art. 114, in quanto compatibili. Al consorzio possono partecipare altri enti pubblici, quando siano a ciò autorizzati, secondo le leggi alle quali sono soggetti"*. La norma contiene poi ulteriori disposizioni di dettaglio relative alle modalità di costituzione del soggetto consortile.

È da notare che l'art. 2, comma 28, della l. 244/2007 (e successive modifiche e integrazioni) stabilisce che *"Ai fini della semplificazione della varietà e della diversità delle forme associative comunali e del processo di riorganizzazione sovracomunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, ad ogni amministrazione comunale è consentita l'adesione ad una unica forma associativa per gestire il medesimo servizio per ciascuna di quelle previste dagli articoli 31, 32 [unione di comuni] e 33 [esercizio associato di funzioni e servizi] del citato testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, fatte salve le disposizioni di legge in materia di organizzazione e gestione del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti. A partire dal 1 gennaio 2010, se permane l'adesione multipla ogni atto adottato dall'associazione tra comuni è nullo ed è, altresì, nullo ogni atto attinente all'adesione o allo svolgimento di essa da parte dell'amministrazione comunale interessata. Il presente comma non si applica per l'adesione delle amministrazioni comunali ai consorzi istituiti o resi obbligatori da leggi nazionali e regionali"*.



Anche nella ipotesi qui considerata, favorevole a ritenere praticabili, ai fini della gestione del servizio idrico, le figure della convenzione e del consorzio,

è opportuno porre in rilievo, in proposito, che – stando almeno a quanto ritenuto in dottrina (C. Volpe, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. il dinamismo normativo continua*, in *www.giustamm.it*, n. 12-2011) – permane il vincolo di organizzare il servizio idrico sulla base di ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni, così come stabilito dall'art. 147 del codice dell'ambiente, che indica precisi parametri per una corretta determinazione degli ambiti.

E si noti che il già citato art. 3-bis del d.l. 138/2011 (introdotto dall'art. 25 del d.l. 1/2012) ha stabilito in via generale, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'obbligo per le regioni di organizzare lo svolgimento di detti servizi, entro il 30 giugno 2012 (pena commissariamento governativo), *in ambiti territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio*; ambiti la cui dimensione di norma non deve essere inferiore a quella del territorio provinciale, salva diversa scelta – eventualmente suggerita dai comuni interessati con apposita proposta entro il 31 maggio 2012 (termine chiaramente non perentorio in assenza di superiore definizione degli ato) oppure con lettera di adesione dei sindaci interessati o delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'articolo 30 – da motivare sia in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica, sia in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio.

La dottrina (Caia), a proposito di tale ultima normativa, ha precisato che da essa non discende affatto l'inesorabile implicazione per cui *“nell'ambito o bacino territoriale ottimale debba esservi un gestore unico”* o che *“i singoli Comuni, in specie se di grandi dimensioni e con la posizione di capoluogo di Provincia, siano del tutto privati del potere decisionale circa la forma di gestione dei servizi pubblici”*. E ciò in

quanto, a proposito del servizio idrico integrato, si deve *“considerare che l'art. 147, comma 2°, lett. b) del d.lgs. n. 152/2006 prevede la «unitarietà» della gestione negli ambiti territoriali ottimali e non più, come in un testo previgente, la «unicità» della gestione stessa, cosicché in un determinato ambito territoriale ben potrebbero essere presenti più gestori appositamente coordinati e collegati tra loro”* (l'Autore cita, in proposito, Corte Cost., 20 novembre 2009, n. 307, p.to 5.1. considerazioni in diritto).

Secondo la dottrina in esame, tuttavia, in forza del sopravvenuto art. 3-bis, comma 1° del citato d.l. n. 138/2011 non è possibile ritenere che un singolo Comune possa separatamente decidere circa la gestione del servizio idrico integrato *“senza neppure dare luogo a procedure di intesa con la competente Autorità di ambito territoriale ottimale”*. E, comunque, l'ente dovrà attenersi a quanto sarà disposto in materia con legge regionale.

A tale ultimo riguardo, però, è interessante osservare, a proposito del soggetto titolare del potere di affidamento del servizio, che le autorità d'ambito – come si è detto – sono state soppresse e cesseranno di funzionare il 31 dicembre 2012 (salvo ulteriore proroga), onde si resta in attesa che la Regioni disciplini il nuovo soggetto titolare del predetto potere (cfr. art. 2, comma 186-bis, l. 191/2009, inserito dall'art. 1, comma 1-quinquies, d.l. 2/2010). Ma la giurisprudenza ha precisato che in assenza del piano d'ambito (cfr. artt. 149 e 150 del codice dell'ambiente, oltre che l'art. 172 dello stesso) i comuni restano competenti in materia di affidamento del servizio (CdS, V, 299/2010).

Nel caso in esame, parrebbe essere stata costituita solo recentemente l'autorità per il bacino ottimale n. 5 [di cui all'art. 2, c. 1, lett. e), l.r. 14/1997, come modificato dall'art. 3 l.r. 1/2007], peraltro con soluzione opinabile, se non giuridicamente quantomeno sul piano della opportunità, tenuto conto

della soppressione delle autorità d'ambito e della sopravvivenza di quelle costituite (al momento) solo fino al 31 dicembre 2012. Ma, a quanto mi risulta, il Comune di Caserta non ha aderito e, comunque, non sembra sia stato ancora predisposto alcun piano d'ambito.

M. Le soluzioni prospettabili relativamente al rapporto con la Napoletanagas.

- a) In difetto di inadempimenti contrattuali gravi, contestati in conformità delle disposizioni convenzionali, nonché di altre cause di decadenza contemplate sempre nell'atto di regolazione della concessione, lo scioglimento del vincolo concessorio-contrattuale non può passare attraverso l'adozione di un provvedimento di decadenza (c.d. decadenza sanzionatoria o revoca decadenziale).
- b) In astratto potrebbe farsi luogo a riscatto. La facoltà di riscatto può essere esercitata secondo le modalità temporali di cui al citato art. 24 del R.D. n. 2578/1925 (preavviso di un anno, riscatto esercitato dopo un terzo della durata complessiva della concessione o se sono trascorsi vent'anni e comunque mai prima di dieci anni dal suo inizio; in caso di mancato uso della facoltà di riscatto nelle predette epoche, il riscatto può essere disposto solo di cinque anni in cinque anni). Ma la farraginosità del meccanismo e la esposizione del Comune a consistenti obblighi indennitari portano a ritenere impervia e dunque sconsigliabile questa soluzione.
- c) Occorre chiedersi, perciò, se, in virtù della vigenza di talune delle disposizioni normative dinanzi esaminate, l'effetto dello scioglimento del rapporto concessorio si sia già verificato *ex lege e ratione temporis*.
- 

c.1 Una prima possibilità in tal senso potrebbe essere ricollegata all'art. 113 del tuel, nella versione successiva alla novella di cui all'art. 14 del d.l. n. 269/2003.

Come si ricorderà, detta disposizione, sul piano transitorio aveva fissato, come regola generale¹⁴, quella della scadenza automatica – cioè a dire senza necessità di apposita deliberazione dell'ente concedente – al 31 dicembre del 2007 delle concessioni affidate senza rispettare procedure di evidenza pubblica, contemplando però alcune eccezioni tra cui quella della prosecuzione delle concessioni che, sebbene non affidate secondo regole di evidenza pubblica, fossero già *in itinere* alla data del 1° ottobre 2003 e riguardassero società quotate in borsa oppure da esse direttamente partecipate a tale data, purché concessionarie esclusive del servizio.

Se si assume che al 1° ottobre 2003 la Napoletanagas non era quotata in borsa, né lo era la Italgas, può concludersi per l'automatica caducazione del rapporto concessorio col Comune di Caserta al 31 dicembre 2007¹⁵.

c.2 Una seconda possibilità è da ricollegare all'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, a mente del quale, nell'originaria versione, le concessioni relative al servizio

¹⁴ Il riferimento è al comma 15-*bis*, aggiunto dall'articolo 14, comma 1, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, integrato dall'articolo 4, comma 234, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, e successivamente modificato dall'articolo 15 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223.

¹⁵ Peraltro, sempre l'art. 113 cit. (ancora il comma 15-*bis*) prevedeva che anche i rapporti concessori preservati dalla caducazione automatica dovessero, tuttavia, cessare *comunque* allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure di evidenza pubblica, salva la possibilità di determinare caso per caso la cessazione in una data successiva qualora la stessa risulti proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati da parte del gestore.

In tal caso (in disparte le incertezze applicative sull'autorità competente ad accertare la durata media delle concessioni di settore affidate con evidenza pubblica e sulle modalità di tale rilevazione), è dubbio se fosse necessario, per provocare l'effetto dissolutivo, un provvedimento con effetti costitutivi (da adottare sul presupposto dell'avvenuto superamento del termine medio di durata anzidetto), o se, invece, la cessazione fosse un effetto automatico previsto *ex lege* con conseguente valore meramente dichiarativo di un eventuale atto esplicito (e potrebbe forse orientare in questo secondo senso la previsione della possibilità, a certe condizioni, di *determinare* – con atto espresso, questo sì certamente costitutivo – la posticipazione della scadenza della concessione).

idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica "cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante" (con espressa eccezione delle concessioni rilasciate nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria).

c.3 Una terza possibilità, infine, fa perno sulle modifiche introdotte, nell'art. 23-bis, dall'art. 15, comma 1, lettera d), del d.l. 135/2009, che ribadiva la regola appena esaminata, ma con la eccezione di affidamenti diretti in essere al 1° ottobre 2003 in favore o di società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data o a società da esse controllate.

Si è già detto, però, che la fattispecie in esame non pare refluire nel cono applicativo di tale eccezione, sia perché tanto la Napoletanagas che la Italgas non sembra fossero quotate in borsa al 1° ottobre 2003; e sia perché – ove si acceda alla distinzione¹⁶ fra *società a totale partecipazione pubblica* (titolari di affidamenti diretti perché in possesso dei requisiti per l'*in house*) e *società private a partecipazione pubblica* (selezionate con gare aperte e con l'ente pubblico in qualità di socio finanziatore) – Italgas sembrerebbe potersi ricondurre a questa seconda categoria, non presa in considerazione dalla norma contemplante l'eccezione *de qua* (che si riferisce alla prima categoria di società).

In questa prospettiva, il Comune potrebbe:

- attraverso una nota dirigenziale, comunicare l'avvenuta cessazione *ex lege* del rapporto concessorio e chiedere la restituzione degli impianti (in effetti, se la cessazione è effetto scaturente *ipso iure*, la nota in questione corrisponde ad atto gestionale di competenza dirigenziale);

¹⁶ Su cui si veda F. Luciani, "Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in www.giustamm.it, 10/2012, pag. 30.

- oppure, adottare una delibera di presa d'atto della cessazione *ex lege* del rapporto concessorio sulla scorta delle disposizioni sopra esaminate¹⁷ e di scelta per un successivo affidamento del servizio secondo una delle modalità sopra delineate al paragrafo "L". In tal caso, se l'atto si limitasse a questa presa d'atto, potrebbe adottarlo la giunta ed essere poi comunicato alla Napoletanagas, mentre se in esso vi fosse anche la scelta sul modello di gestione scelto per il futuro, rientrerebbe nella competenza del consiglio.

Ritengo preferibile la prima strada fra le due sopra ipotizzate.

Naturalmente, come si è detto sopra, è opinabile che un qualsiasi atto o nota del Comune abbia realmente natura dichiarativa di un effetto già verificatosi *ex lege*, anche se io reputo che la legge sia sul punto sufficientemente chiara in tal senso e che, perciò, vi siano argomenti per cercare di resistere a un eventuale ricorso della Napoletanagas incentrato su questo aspetto.

La possibilità che l'Autorità d'ambito del bacino 5 impugni un atto siffatto, nella parte in cui esso sceglie di avviare una procedura per individuare un nuovo gestore del servizio, è concreta. Ma in primo luogo le autorità d'ambito sono soppresse definitivamente a partire dal 1° gennaio 2013; in secondo luogo, anche se dovesse esserci una proroga prima del 31 dicembre 2012, non pare che sia stato adottato il piano d'ambito, presupposto necessario perché l'Autorità d'ambito proceda ad affidare il servizio. Dunque, anche rispetto a un ricorso di questo tipo vi sono elementi con cui provare a contrastarlo. Si tenga conto, peraltro, che pende dinanzi al Tar

¹⁷ A tale conclusione non pare possa obiettarsi l'avvenuta caducazione *medio tempore* dell'art. 23-bis d.l. n. 112/08, poiché l'effetto abrogativo dei referendum si produce *ex nunc*, con la conseguenza che le disposizioni abrogate non producono più effetti per l'avvenire, ma sono fatti salvi gli effetti già determinatisi.

ricorso n.r.g. 3978/2012 proposto dal Comune di Macerata Campania
contro l'ATO 5, per il quale la camera di consiglio è fissata al 24 ottobre
2012.

d) Non vedo infine concreti margini di spazio per l'esercizio del potere di
revoca, che peraltro esporrebbe l'ente a non trascurabili obblighi indennitari.

Nelle considerazioni dinanzi svolte le conclusioni del parere.


Avv. Giuseppe Ceceri