

L' AFFIDAMENTO IN HOUSE PROVIDING QUALE FORMA DI GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Linee guida giuridico-normative

Dicembre 2018

Indice

1.	L' <i>in house</i> nel diritto europeo e nazionale dei contratti pubblici	3
2.	L'ambito della disciplina sui contratti pubblici con riferimento al settore idrico	6
3.	La gestione <i>in house</i> del SII nel Codice dell'ambiente	7
4.	La società <i>in house</i> nel Testo unico società a partecipazione pubblica.....	8
5.	Ulteriori disposizioni rilevanti nell'affidamento <i>in house</i>	9
6.	Sintesi conclusiva	10

1. L'in house nel diritto europeo e nazionale dei contratti pubblici

Il modello organizzativo dell'*in house providing* è un istituto nato nel diritto europeo dei contratti pubblici con la finalità di limitare le ipotesi in cui si può derogare alle regole della "concorrenza per il mercato" mediante il ricorso ad affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici.

La giurisprudenza europea¹ ha indicato i requisiti necessari ai fini della configurazione della gestione in house:

- i) la partecipazione interamente pubblica;
- ii) esercizio da parte dell'amministrazione affidante di un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi;
- iii) lo svolgimento dell'attività prevalentemente a favore dell'amministrazione controllante.

Le recenti Direttive europee nn. 24 e 25 del 2014 hanno in parte modificato gli anzi detti tratti distintivi dell'*in house* delineati dalla giurisprudenza ammettendo, eccezionalmente, anche «*forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, purché prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*» ed indicando in modo puntuale nel limite superiore all'80% l'entità dell'attività che deve essere svolta a favore dell'amministrazione pubblica.

La normativa nazionale di recepimento di cui al Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016) ha altresì precisato (all'art. 5) che per aversi il "controllo analogo" l'amministrazione affidante deve esercitare «*un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*» e le condizioni per il "controllo congiunto" da parte di più enti affidanti² :

¹ C. Giust. CE, 1811.1999 C-107/98, *Teckal*.

² Con particolare riguardo al controllo analogo congiunto, e cioè all'ipotesi più ricorrente nell'ambito del servizio idrico integrato, posto che nel capitale delle società *in house* devono essere necessariamente rappresentati tutti i Comuni ricadenti nell'ambito territoriale ottimale, può essere invocata la recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2018 n. 2599, la quale ha ricostruito l'esatta portata dell'istituto anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Essa ha infatti statuito che: «*secondo la Corte di giustizia dell'Unione Europea, in caso di società partecipata da più autorità amministrative non è indispensabile che ciascuna di queste «detenga da sola un potere di controllo individuale» sulla società, ma è sufficiente che i soci pubblici esercitino un controllo congiunto, attraverso la partecipazione di ciascuno di essi «sia al capitale, sia agli organi direttivi dell'entità suddetta» (sentenza 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, Econord; §§ 28 – 33). A questo scopo, la Corte di Giustizia ha inoltre affermato che non è necessario il possesso di una quota minima di partecipazione al capitale sociale (cfr. nello stesso senso: Cons. Stato, V, 18 luglio 2017, n. 3554); per contro occorre che in virtù della partecipazione azionaria acquisita non sia preclusa alla singola autorità «la benché minima possibilità di partecipare al controllo» sulla società (§ 31).*

Nella predetta pronuncia la Corte di Giustizia ha dunque declinato il requisito dell'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale entità che contraddistingue l'in house providing, sin dall'originaria elaborazione dell'istituto (sentenza Teckal, 8 novembre 1999, C-107/98) come controllo esercitabile in modo collettivo da tutti gli enti pubblici partecipanti e, per quanto concerne la posizione del singolo, in modo effettivo, secondo i meccanismi di funzionamento dell'ente societario partecipati disciplinati dallo statuto (cfr. in questi termini Cons. Stato, V, 26 maggio 2015, n. 2602).

L'orientamento della Corte di giustizia è stato poi positivizzato dall'art. 12, comma 3, della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, a mente del quale il controllo congiunto ricorre tra l'altro quando gli organi decisionali della persona giuridica controllata «sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti», con la precisazione che «Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti» [cpv. 2, lett. i), secondo periodo]. La norma

- 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.

Le Linee Guida n. 7/2017 ANAC hanno altresì individuato, a titolo esemplificativo, altri elementi idonei a configurare il "controllo analogo", consistenti:

- a) nel divieto di cessione delle quote a privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata;
- b) nell'attribuzione all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore del potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo;
- c) nell'attribuzione all'amministrazione aggiudicatrice dei poteri di direttiva e di indirizzo e del potere di veto sulla definizione dell'organigramma dell'organismo partecipato e sulle sue modifiche o di un

europea è stata infine recepita nell'ordinamento giuridico nazionale con l'attuale codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 [art. 5, comma 5, lett. a)]. Al medesimo riguardo può essere richiamato anche l'art. 2, comma 1, lett. d), a mente del quale il «controllo congiunto analogo» si ha nel caso in cui «l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi»; e che fa espresso rinvio all'art. 5, comma 5, del codice dei contratti pubblici.

In linea con la citata sentenza del giudice europeo (in particolare con quanto affermato nel § 30) va ricordato che secondo questo Consiglio di Stato la partecipazione della singola amministrazione non può ritenersi effettiva quando vi siano soci di maggioranza in grado di imporre le proprie scelte alla minoranza, già a partire dalla nomina dell'organo amministrativo (Cons. Stato, III, 27 aprile 2015, n. 2154).

Nella medesima prospettiva tracciata dalla Corte di giustizia, nella citata sentenza 18 luglio 2017, n. 3554, questa Sezione ha affermato che il requisito dell'in house providing di cui si tratta è soddisfatto, e non eluso, quando la possibilità del singolo ente pubblico, partecipante allo 0,1% del capitale, di influire sulla gestione della società partecipante è tra l'altro consentita attraverso un meccanismo di elezione dell'organo amministrativo che le permette di designare un suo rappresentante sia in via individuale, sia tramite la partecipazione «a "cordate" di soci».

Deve pertanto affermarsi, in linea con i citati artt. 12 della direttiva 2014/24/UE e 5 del codice dei contratti pubblici, che affinché il requisito del controllo analogo in caso di società in house pluripartecipata sia soddisfatto, occorre che le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possano comunque esercitare il controllo analogo in modo congiunto e che:

- a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, siano formati tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti;
- b) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato, secondo le regole generali elaborate con riguardo all'in house providing tradizionale sin dalla sentenza della Corte di Giustizia Teckal (8 novembre 1999, C-107/98);
- c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti".

parere vincolante in merito all'adeguatezza dell'assetto organizzativo adottato dalla società in funzione del perseguimento dell'oggetto sociale;

- d) nel vincolo per gli amministratori, nella gestione ordinaria e straordinaria, al rispetto delle prescrizioni impartite in sede di controllo analogo e trasfuse in appositi atti formali e vincolanti;
- e) in una disciplina precisa e puntuale dell'esercizio del controllo da parte del socio pubblico.

L'art. 5 ammette altresì l'affidamento diretto (e il controllo analogo) "a cascata" tra soggetti che rispettano i suddetti requisiti (comma 3).

Infine, l'art. 192 del Codice descrive il contenuto della motivazione da porre a base della scelta di tale modello organizzativo³.

³ L'art. 192 del Dlgs. n. 50/2016 nell'istituire presso ANAC l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti, ha previsto che *"ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house avuti riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto della motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impegno delle risorse pubbliche"*.

2. L'ambito della disciplina sui contratti pubblici con riferimento al settore idrico

Sotto altro aspetto, con riferimento alle concessioni di servizi pubblici, occorre precisare che le anzidette Direttive ne hanno previsto, per la prima volta, una disciplina sistematica.

Tuttavia, le stesse Direttive escludono espressamente le concessioni del servizio idrico dal proprio ambito di applicazione e, inoltre, non prendono posizione sui modelli organizzativi del servizio idrico, rimessi alle scelte politiche degli Stati membri.

In tal senso, il Codice dei contratti pubblici prevede che le concessioni aggiudicate per la gestione del servizio idrico siano escluse dal suo ambito di applicazione (art. 12, D.lgs. 50/2016).

A questi contratti pubblici (c.d. "esclusi") si applicano comunque i principi generali di settore di "economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica" (art. 4, D.lgs. 50/2016).

Chiarito, dunque, che l'affidamento ("a monte") delle concessioni del servizio idrico non è sottoposto alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, va tuttavia precisato che gli affidamenti ("a valle") dei concessionari (enti aggiudicatori) gestori del servizio idrico sono invece sottoposti alle regole dell'evidenza pubblica previste dal Codice per i c.d. "settori speciali" (tra cui vi è l' "acqua", art. 117 D.lgs. 50/2016) che, sotto alcuni aspetti, sono più elastiche e flessibili rispetto a quelle dei "settori ordinari".

3. La gestione in house del SII nel Codice dell'ambiente

I "grandi temi" relativi al SII, ossia tutti i profili inerenti competenze, ambiti e formule organizzative, principi e obiettivi, sono disciplinati dal Codice dell'ambiente⁴ (D.lgs. n. 152/2006).

In particolare, l'art. 149-bis del Codice dell'ambiente prevede che l'Ente di Governo d'Ambito scelga la forma di gestione del SII fra quelle previste dall'ordinamento europeo e proceda all'affidamento in conformità alla normativa sui servizi pubblici locali. Le modalità di affidamento sono quindi: (i) la gara ad evidenza pubblica, (ii) il partenariato pubblico privato (gara a "doppio oggetto") o (iii) l'affidamento (diretto) *in house*.

L'art. 149-bis precisa che l'affidamento diretto del servizio idrico può avvenire solo a favore di società "interamente pubbliche", in possesso dei requisiti europei per la gestione *in house*, partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito ottimale⁵.

Si tratta di una precisazione rilevante perché le anzidette Direttive europee (e il Codice dei contratti pubblici), come anticipato, consentono invece una pur minima partecipazione di capitale privato alle società *in house*.

Per gli altri aspetti della gestione *in house* deve invece ritenersi che l'art. 149-bis d.lgs. 152/2006 abbia operato un rinvio "dinamico" alla disciplina europea e nazionale dei contratti pubblici. In particolare, con riferimento alle condizioni per l'esercizio del controllo analogo "congiunto" da parte di una pluralità di soci pubblici (si pensi al servizio idrico affidato a una società *in house* necessariamente partecipata dai vari enti locali ricadenti nell'ambito ottimale) e alla determinazione dell'attività "prevalente" della società resa nei confronti degli enti soci (cfr. art. 5, commi 4 ss., D.lgs. 50/2016).

⁴ In particolare il Codice dell'Ambiente disciplina:

- il riparto delle competenze statali, regionali e comunali in materia (art. 142, d.lgs. n. 152/2006),
- la proprietà pubblica delle acque, in regime di demanio (art. 144, d.lgs. n. 152/2006),
- la natura demaniale delle relative infrastrutture pubbliche (art. 143, d.lgs. n. 152/2006: gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio),
- il principio dell'equilibrio del "bilancio idrico" (art. 145, d.lgs. n. 152/2006);
- gli obiettivi di risparmio delle risorse idriche imposti alle Regioni (art. 146, d.lgs. n. 152/2006);
- gli ambiti territoriali ottimali del SII e gli enti di governo dell'ambito (art. 147, d.lgs. n. 152/2006, su cui v. Corte cost., 12.3.2015 n. 32 e Corte cost., 10.3.2016 n. 51);
- il piano d'ambito (art. 149, d.lgs. n. 152/2006);
- i modelli di affidamento del servizio (art. 149-bis, d.lgs. n. 152/2006);
- le convenzioni tipo che regolano i rapporti tra l'ente di governo dell'ambito e i soggetti gestori del SII (art. 151, d.lgs. n. 152/2005);
- l'accesso universale all'acqua, le tariffe, la tariffa sociale, le misure di contenimento della morosità degli utenti del SII (v. anche artt. 60 e 61, l. n. 221/2015);
- gli investimenti sulle infrastrutture e le relative fonti di finanziamento (l. n. 221/2015).

⁵ La prevalenza di tale disciplina speciale (rispetto a quella del Codice dei contratti pubblici) è stata confermata anche dalla Corte dei Conti Campania, sez. contr., delibera, 29.4.2016, n. 108.

4. La società in house nel Testo unico società a partecipazione pubblica

Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.lgs. 175/2016) disciplina la costituzione e il mantenimento delle partecipazioni in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta (art. 1), che può avvenire solo per le finalità espressamente previste, tra cui, la produzione di un servizio di interesse generale inclusa la gestione dei relativi impianti e delle reti (art. 4, co, 1, lett. a), quale appunto il SII.

In particolare, l'art. 16 del Tusp detta regole specifiche per le società *in house*, con riferimento all'assetto organizzativo volto a realizzare il requisito del "controllo analogo", anche mediante la conclusione di patti parasociali di durata anche superiore a 5 anni (comma 2), ai contenuti obbligatori dello statuto con riferimento al limite quantitativo (oltre l'80%) di attività esercitabile a favore degli enti soci (comma 3), alle modalità per sanare il mancato rispetto del predetto limite quantitativo (art. 4 cit., co. 2 ss.).

Detta disposizione conferma che le società *in house* devono seguire le regole del Codice dei contratti pubblici per l'approvvigionamento dei lavori, beni e servizi (comma 7).

5. Ulteriori disposizioni rilevanti nell'affidamento in house

Va ricordato che vi sono altre disposizioni, tutt'ora vigenti, che impongono un particolare onere motivazionale⁶ della modalità di gestione dei servizi pubblici locali concretamente scelta (che deve essere supportata da un'apposita *relazione tecnica* che comprenda anche un *piano economico-finanziario*) ed ulteriori adempimenti (sia nella fase di affidamento sia in quella di svolgimento del servizio) per il caso si scelga di procedere all'affidamento *in house* (ad es.: l'obbligo per gli enti locali proprietari di procedere all'accantonamento *pro quota* di una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio, nonché obbligo di includere l'affidatario *in house* nel bilancio consolidato)⁷.

Le predette esigenze di adeguata motivazione della scelta di procedere all'affidamento *in house*, enucleate dalla giurisprudenza amministrativa, hanno poi trovato positiva rispondenza nell'anzi riferito onere motivazionale previsto dall'art. 192 del Codice dei contratti pubblici.

⁶ Con riferimento all'onere motivazionale, la giurisprudenza ha infatti statuito (cfr. TAR Lombardia – Milano 3 ottobre 2016 n. 1781) che, seppur l'affidamento *in house* rappresenta una scelta discrezionale all'interno delle possibilità previste dall'ordinamento, tale scelta deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano rispetto alle altre opzioni (cfr. Cons. Stato sez. V n. 4599/2014). La relazione tecnica che deve supportare la scelta di operare mediante affidamento *in house* (di cui all'art. 34 comma 20 del D.L. 179/2012), è finalizzata a rendere trasparenti e conoscibili agli interessati tanto le operazioni di riscontro delle caratteristiche che fanno dell'affidataria una società *in house*, quanto il processo d'individuazione del modello più efficiente ed economico alla luce di una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti (T.A.R. Friuli Venezia Giulia – 26/10/2015 n. 468; T.A.R. Abruzzo Pescara – 14/8/2015 n. 349).

⁷ Tali norme sono:

- l'art. 34 comma 20 del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, il quale impone un dettagliato e più aggravato onere motivazionale, subordinando la legittimità della scelta della concreta modalità di gestione dei servizi pubblici locali proprio alla redazione di un'apposita relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma dell'affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi del servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste (cfr. Cons. Stato sez. V 12 maggio 2016 n. 1900).

- l'art. 3 bis comma 1 bis del D.L. 13 agosto 2011, introdotto dall'art. 34, comma 23, D.L. n. 179/2012, successivamente modificato dall'art. 1, comma 609, lett. a) L. 23 dicembre 2014, n. 190, il quale stabilisce che: *“Gli enti di governo di cui al comma 1 devono effettuare la relazione prescritta dall'articolo 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179. (Omissis) Nella menzionata relazione, gli enti di governo danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio. Al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento *in house*, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio. Il piano economico-finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1j settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966. Nel caso di affidamento *in house*, gli enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare *pro quota* nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*”.*

6. Sintesi conclusiva

I principi che governano l'affidamento *in house* del SII sono:

1. L'affidamento *in house* quale forma di gestione del servizio idrico rappresenta una scelta discrezionale degli enti locali ricadenti nell'ambito ottimale.

Tale scelta (parimenti alle altre possibili) deve essere adeguatamente motivata (col supporto di relazione tecnica e piano economico-finanziario) circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano rispetto alle altre opzioni, dando conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività derivanti dalla forma di gestione prescelta, con riferimento agli obiettivi di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché con riguardo all'ottimale impiego delle risorse pubbliche.

2. La costituzione in forma societaria del soggetto gestore *in house* o l'acquisto delle partecipazioni (nonché il loro mantenimento), affinché lo stesso sia interamente ed obbligatoriamente partecipato da tutti gli enti locali ricadenti nell'ambito ottimale, deve avvenire nel rispetto delle norme del Tusp (D.lgs. 175/216).

3. L'assetto organizzativo del soggetto *in house* gestore del SII deve rispettare le condizioni e requisiti richiesti per (i) il "controllo analogo congiunto" (o pluripartecipato) da parte di tutti gli enti locali soci (quand'anche con partecipazioni di minoranza o minime) e per (ii) l'"attività prevalente" (previsti dal Codice dell'ambiente, dal Codice dei contratti pubblici e dal Tusp).

Tale particolare assetto organizzativo si può anche realizzare attraverso patti parasociali tra gli enti soci ed adattamenti dello statuto della società *in house* che attribuiscano in qualsiasi forma particolari diritti in capo ai singoli enti soci, tali da garantire effettivo e con poteri di ingerenza e indirizzo vincolanti nell'amministrazione del gestore.

Soddisfatti tali requisiti, l'Ente di Governo d'Ambito potrà quindi procedere all'affidamento diretto del servizio al gestore *in house*, il quale dovrà rispettare le regole dell'evidenza pubblica per i propri approvvigionamenti.