

*AATO LECCO*

*Organizzazione del SII  
le forme di gestione previste dal vigente ordinamento  
giuridico*

*AATO LECCO*  
*Organizzazione del SII*  
*le forme di gestione previste dal vigente ordinamento*  
*giuridico*

L'affidamento del servizio - Le forme di gestione.

Art.113

Art 23 bis DL 112/2008

Il referendum abrogativo del 12 giugno 2011

l'art.4 DL n.138/2011

La sentenza della Corte Costituzionale n.199/2012

L'abrogazione dell'art.23 bis e dell'art.4 del DL n.138 non ha l'effetto di fare rivivere la normativa ormai abrogata, bensì di rendere direttamente applicabile la normativa comunitaria, senza le condizioni restrittive aggiunte dalla normativa nazionale.

Nessuna normativa comunitaria oggi vigente disciplina esplicitamente la materia dei servizi pubblici locali, imponendo precisi obblighi giuridici o particolari procedimenti, quelli che invece dovranno senz'altro essere rispettati in sede di organizzazione dei SPL e di affidamento, sono i principi del Trattato UE, e cioè quelli di pubblicità e trasparenza, non discriminazione, proporzionalità).

# *AATO LECCO*

## *Organizzazione del SII*

### *le forme di gestione previste dal vigente ordinamento giuridico*

- L'affidamento con gara
- Nessuna norma positiva, né comunitaria né nazionale attualmente disciplina in modo certo e puntuale il tipo di gara da espletare e le sue modalità, termini, criteri etc.
- E' invece pacifico che la gara deve essere improntata al rispetto dei principi comunitari di pubblicità e trasparenza, non discriminazione, proporzionalità, e quindi deve:
  - garantire la massima partecipazione e perciò la concorrenza,
  - essere impostata col criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa,
  - in modo da scegliere un partner privato con compiti operativi,
  - che sia un imprenditore del settore dotato di specifica professionalità e capacità tecnica.

*AATO LECCO*  
*Organizzazione del SII*  
*le forme di gestione previste dal vigente ordinamento*  
*giuridico*

- Possono inoltre trovare applicazione per l'espletamento delle gare:
- a) gli artt. 206 e segg. del D.Lgs.n.163/2006, che riguardano i contratti nei c.d. Settori speciali (già settori esclusi), tra i quali com'è noto rientrano anche i servizi idrici.
- b) il D.M. 22-11-2001, che ha ad oggetto “Modalità di affidamento in concessione a terzi della gestione del servizio idrico integrato, a norma dell’art. 20, comma 1, della L. 5 gennaio 1994, n. 36”.
- c) il D.M. 2-5-2006, che contiene la nuova “Disciplina delle modalità e dei termini di aggiudicazione della gestione del Servizio idrico integrato, ai sensi dell’articolo 150, comma 2, del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152”.

*AATO LECCO*  
*Organizzazione del SII*  
*le forme di gestione previste dal vigente ordinamento*  
*giuridico*

. La società mista.

Tale forma di gestione è assimilata alla gara con affidamento a terzi, e non ha più carattere eccezionale e derogatorio.

Cons.Stato Ad.Plenaria n.1 del 3 marzo 2008

Comunicazione Interpretativa della Commissione UE del 5.2.2008

L'affidamento è consentito alle seguenti condizioni:

- il socio privato deve essere un imprenditore in possesso dei requisiti di qualificazione;
- il socio in questione deve essere stato scelto mediante una procedura ad evidenza pubblica analoga a quella prevista per l'affidamento in concessione a terzi;
- gli atti della gara per la scelta del socio privato della società mista debbono espressamente prevedere compiti operativi del socio;
- la partecipazione del socio privato alla società mista è “a termine” e scade con l'affidamento, dopodichè il socio privato “restituirà” le azioni e verrà fatta una nuova gara.

*AATO LECCO*  
*Organizzazione del SII*  
*le forme di gestione previste dal vigente ordinamento*  
*giuridico*

La forma di gestione c.d. in house providing.

La giurisprudenza comunitaria ha delineato i presupposti per l'affidamento in house providing

- non si può procedere ad affidamento diretto in house ad una società nella cui compagine sociale esista anche un socio privato (Corte Giustizia UE 11.1.2005 in causa C-26\03),
- non si può procedere ad affidamento diretto in house a una società *“aperta, almeno in parte, al capitale privato, il che impedisce di considerarla come una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell’ambito dei Comuni che ne fanno parte”* (Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 21.7.2005 in causa n. C-231\03);
- il requisito del c.d. controllo analogo finanziario e gestionale (analogo a quello che un ente esercita sui propri uffici) non è configurabile allorché l’organo esecutivo abbia ampi poteri di gestione, senza che in pratica gli enti locali soci possano esercitare nella sede assembleare alcun effettivo potere di controllo (Corte di Giustizia UE sez.I 13.10.2005 n.C-458\03; in questo stesso senso cfr. TAR Sardegna 2.8.2005 n.1729).

*AATO LECCO*  
*Organizzazione del SII*  
*le forme di gestione previste dal vigente ordinamento*  
*giuridico*



- la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto necessario, quale ulteriore requisito, che la società svolga in prevalenza la propria attività per conto degli enti affidanti cfr Corte Giustizia UE Sez. I, 6/4/2006 n. C-410/04.

limitazione geografica dell'attività svolta dalla società nei territori degli "enti affidanti" cfr. Corte giustizia comunita' Europee Sez. III Sent., 10-09-2009, n. 573/07. Il che significa, nel caso del SII, al territorio dell'AATO di riferimento.

Anche per l'ordinamento comunitario, l'affidamento dei SPL mediante la forma di gestione in house costituisce una eccezione alla regola ordinaria costituita dalla gara.

Ne segue che tale scelta deve essere motivata,

- sia in ordine alla sussistenza dei presupposti delineati dalla giurisprudenza comunitaria
- sia in ordine all'efficienza, efficacia ed economicità del servizio, previsti dal D.Lgs.n.152/2006, coerentemente con la pacifica natura di servizio di rilevanza economica del SII.

*AATO LECCO*  
*Organizzazione del SII*  
*le forme di gestione previste dal vigente ordinamento*  
*giuridico*

**E' importante adottare alcuni accorgimenti, di natura contrattuale e societaria, individuati alla luce della casistica giurisprudenziale**

**a) Statuto della società: inserire clausole statutarie finalizzate a:**

- **delimitare l'oggetto sociale, evitando un oggetto sociale troppo ampio**
- **escludere la partecipazione di soggetti privati limitandola ad enti locali;**
- **stabilire regole di governance finalizzate a garantire ai Comuni il c.d. controllo analogo**
- **obbligo degli amministratori di fornire informazioni ai soci, pena la revoca degli amministratori stessi; la revoca degli amministratori potrà essere inoltre prevista qualora essi si discostino dagli indirizzi impartiti dall'assemblea;**

**b) stipula di una convenzione ex art.30 TUEL, od almeno prevedere un Comitato Tecnico formato da rappresentanti dei Comuni che contribuisca appunto al controllo analogo;**

**c) inserimento di alcune clausole nel contratto di servizio.**

*AATO LECCO*  
*Organizzazione del SII*  
*le forme di gestione previste dal vigente ordinamento*  
*giuridico*

La gestione in economia diretta e tramite azienda speciale.

La gestione in economia: Corte Costituzionale n.325 del 17.11.2010:

l'ordinamento comunitario non vieta la gestione in economia diretta dei SPL alle singole Amministrazioni;

lo Stato Italiano ha imposto l'organizzazione in forma imprenditoriale dei SPL, con divieto della gestione diretta del SPL da parte dell'ente locale, ormai molti anni fa, con l'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448.

La gestione in economia è stata espunta dal nostro ordinamento ormai da dieci anni, talchè l'abrogazione referendaria dell'art.23 bis, e la sentenza della Corte Costituzionale n.199/2012 non possono certamente produrre l'effetto di farla rivivere.

Consiglio di Stato sez.V, 26.1.2011 n.552: la gestione in economia è ancora oggi utilizzabile. Caso marginale: servizio cimiteriale di minima rilevanza (del valore di poche migliaia di euro l'anno).

*AATO LECCO*  
*Organizzazione del SII*  
*le forme di gestione previste dal vigente ordinamento*  
*giuridico*

Tale eccezione non è ripetibile nel SII, che per la Corte Costituzionale è un servizio di rilevanza economica ex lege (cfr Corte Costituzionale n.325 del 17.11.2010 cit.).

Inoltre la gestione in economia da parte di singoli Comuni è incompatibile col principio di gestione associata sovracomunale del SII affermato dapprima dalla l.n.36/1994 e poi riconfermato dal D.Lgs.n.152/2006.

L'art. 148 ultimo comma D.Lgs.n.152/2005 – limiti

L'Azienda speciale: la sentenza della Corte Costituzionale n.325/2010

La legge Italiana sino dal 2001 prevede il superamento delle Aziende Speciali come forma di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

*AATO LECCO*  
*Organizzazione del SII*  
*le forme di gestione previste dal vigente ordinamento*  
*giuridico*

- **l'Azienda Speciale è un ente pubblico economico, tenuta a gestire il servizio con criteri di economicità e con l'obbligo del pareggio del bilancio. Essa inoltre ben può produrre utili, talchè non costituisce affatto una sorta di ente no-profit**
- **L'art.43 del DPR n.902/1986 dispone che L'Azienda Speciale può produrre utili, che possono essere reinvestiti, ma anche distribuiti agli enti locali.**
- **Risultati analoghi, ma anche più concreti si possono ottenere con clausole statutarie di società di capitali, ponendo limitazioni alla distribuzione degli utili, ed un vincolo al reinvestimento degli stessi.**
- **Non sussistono differenze significative quanto alle assunzioni di personale ed al patto di stabilità, applicabili indifferentemente alle società in house ed alle Aziende Speciali.**