

**MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO - CIRCOLARE 6 dicembre 2004 (in G.U. n. 291 del 13 dicembre 2004) –  
Affidamento del servizio idrico integrato a società a capitale misto pubblico-privato.**

*Alle regioni, province e comuni*

*Alle autorità d'ambito*

*Ai gestori del servizio idrico integrato*

L'affidamento del servizio idrico integrato a società mista a capitale pubblico-privato è disciplinato dal comma 5, lettera b), dell'art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali approvato con decreto legislativo del 18 agosto 2000, n. 267, così come modificato dall'art. 14 del [decreto-legge del 30 settembre 2003](#), convertito nella [legge 24 novembre 2003, n. 326](#).

Come già affermato anche nella precedente circolare del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio n. 11559 del 17 ottobre 2001, la particolare configurazione di questa società comporta fin dal momento della sua costituzione la necessaria presenza di un *partner* privato all'interno della compagine societaria.

La presenza del socio privato è dunque requisito indispensabile per l'inquadramento della società nella fattispecie delle società a capitale pubblico-privato, secondo quanto previsto dal novato art. 113 del testo unico n. 267/2000.

Le questioni centrali in merito alla scelta del socio privato sono essenzialmente tre: le modalità con cui selezionare il *partner* privato (scelta *intuitus personae* o selezione concorrenziale; criteri per la scelta del socio); in quale fase del procedimento di costituzione debba avvenire la selezione; il *quantum* di capitale sociale da attribuire.

Per quanto concerne la prima questione, attinente alle modalità di selezione del *partner* privato, appare pacifico ai sensi della normativa vigente in Italia - decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 1996, n. 533 - il necessario ricorso ad una gara ad evidenza pubblica.

Qualora l'ente d'ambito non opti per una procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla concessione del servizio idrico integrato e scelga invece l'affidamento diretto ad una società mista, il momento di confronto concorrenziale deve essere comunque riservato alla fase antecedente all'affidamento stesso, ovvero sia al momento della selezione del socio o dei soci privati che faranno parte del capitale sociale.

Queste disposizioni, confermate dalla prevalente dottrina e dalla giurisprudenza ormai consolidata, si fondano sull'ineludibile necessità di un previo confronto con altri soggetti operanti sul mercato. Nessun margine di interpretazione è lasciato in relazione a questo aspetto: risulterebbe quindi elusivo della normativa non ricorrere alla preventiva procedura concorsuale per la scelta del socio privato nella costituenda società affidataria del servizio. La scelta non può dunque basarsi sul mero *intuitus personae* pena l'elusione di principi di buon andamento ed imparzialità.

Per quanto poi attiene alla natura del soggetto privato da selezionare, si ritiene che nella suddetta tipologia di società mista, il privato debba avere determinati requisiti di capacità tecnico-gestionale oltreché finanziaria. Contrariamente, verrebbe meno il rispetto dell'intendimento del legislatore e non risulterebbero perseguiti gli obiettivi che il medesimo si era prefisso quando ha configurato l'utilizzo del modello societario anche per la gestione dei servizi pubblici locali. La finalità era e resta la configurazione di un contenitore all'interno del quale gli enti locali, titolari del servizio, possano operare in termini più strettamente imprenditoriali, avvalendosi dell'apporto fattivo di *know-how* proveniente da soggetti imprenditoriali esterni. Gli obiettivi erano e restano quelli del perseguimento di una gestione efficiente, efficace ed economica.

Per quanto concerne i criteri di ammissione alla gara e di valutazione delle offerte, pertanto, stante, per le ragioni sopra evidenziate, l'evidente ed assoluta assimilabilità della procedura di selezione del socio privato nelle società miste con quella di individuazione del concessionario nella procedura ex art. 20 della legge n. 36/1994, gli enti locali dovranno fare riferimento, anche in via analogica, al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio del 22 novembre 2001 e successive modifiche ed integrazioni. Diversamente però da quanto stabilito nel predetto decreto per la concessione a terzi, la gara per la individuazione del socio privato nella società mista sarà efficace anche in presenza di un'unica offerta valida.

In stretta aderenza con quanto sopra, in riferimento all'aspetto che attiene al momento in cui scegliere il *partner*, occorre chiarire in via definitiva che la scelta del socio privato deve avvenire prima, o comunque contestualmente alla costituzione della società cui affidare il servizio. Come già affermato in precedenza, la configurazione della società cosiddetta mista, nonché il beneficio di ricevere l'affidamento diretto del servizio, trova il suo presupposto ed il suo fondamento di legittimità nel fatto che il confronto concorrenziale e la procedura ad evidenza pubblica sia comunque avvenuta, ancorché non nella fase di affidamento del servizio ma in quella antecedente di selezione del *partner* privato.

In altri termini, poiché la società risulterà costituita con il soggetto che sarà selezionato, è necessario che la relativa procedura di selezione avvenga antecedentemente alla costituzione della società ed al conseguente affidamento del servizio. Nel caso contrario, risulterebbe esserci una violazione dei principi comunitari derivanti dai trattati in tema di parità di trattamento e di tutela della concorrenza.

Qualora tale procedura non sia stata rispettata in passato o non lo sia in futuro, la società non può considerarsi avente i requisiti della fattispecie di cui all'oggetto, ed è pertanto soggetta alla decadenza prevista alla data del 31 dicembre 2006, come disposto dal comma 15-*bis* dell'art. 113 del testo n. 267/2000, così come modificato dall'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326.

Infine, sulla questione relativa al *quantum* di partecipazione del socio privato al capitale della società, la scelta è a totale discrezione degli enti locali, fermo restando che una partecipazione minimale andrebbe ad eludere il dettato normativo - come statuito anche dalla giurisprudenza - e sarebbe in palese contraddizione con la *ratio legis* volta a garantire che il privato rappresenti un valore aggiunto a vantaggio della funzionalità della società di gestione e quindi, auspicabilmente, degli utenti destinatari finali del servizio.

Ne deriva che la presenza del privato deve avere un rilievo «sostanziale» anche in termini quantitativi e non solo qualitativi, per evitare che vi sia il formale rispetto della norma, senza che se ne perseguano, realmente, le finalità.

Roma, 6 dicembre 2004

Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio

Matteoli

#### **MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO - CIRCOLARE 6 dicembre 2004 (in G.U. n. 291 del 13 dicembre 2004) - Affidamento in house del servizio idrico integrato**

*Alle regioni, province e comuni*

*Alle autorità d'ambito*

*Ai gestori del servizio idrico integrato*

La società di gestione a capitale interamente pubblico, introdotta con l'art. 14 del decreto-legge n. 269 del 30 settembre 2003, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, e contemplata alla lettera c) del comma 5 del novato art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali approvato con decreto legislativo del 18 agosto 2000, n. 267, rappresenta una forma gestionale innovativa le cui modalità di costituzione, operatività e funzionalità, in adeguamento alla cornice normativa esistente in materia societaria, sono disciplinate dalla presente circolare, nella quale sono definite le condizioni essenziali e non eludibili per ricorrere all'affidamento con le suddette modalità e per rispettare i principi di diritto comunitario. La principale peculiarità che caratterizza la suddetta società e che la distingue rispetto alle altre società di diritto privato regolate dal codice civile, risiede nella legittimazione a diventare soggetto affidatario del servizio idrico integrato senza propedeutica gara europea ad evidenza pubblica idonea all'individuazione del concessionario ai sensi dell'art. 20 della legge 5 gennaio 1994, n. 36, e del decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio del 22 novembre 2001. La società di cui all'oggetto, rappresentando un contenitore atipico sotto diversi aspetti che nel prosieguo si evidenzieranno, determina il concretizzarsi di un rapporto, tra l'amministrazione concedente e la società stessa, non riconducibile ad un rapporto contrattuale tra due soggetti autonomi e distinti, bensì ad una ipotesi di delegazione interorganica. Infatti, come esplicitato nella norma sopra richiamata, «l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi». In tal caso, dunque, non si configura un contratto tra l'amministrazione che conferisce la titolarità del servizio ed un soggetto sostanzialmente distinto da essa e autonomo sul piano decisionale; si realizza, invece, un rapporto riconducibile nella forma e nella sostanza a quello che l'amministrazione ha nei confronti dei propri servizi, seppur nella peculiarità del modello societario in cui tali servizi sono organizzati. Tale modalità gestionale (peraltro menzionata anche dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie del 19 ottobre 2001, n. 12727), notoriamente definita in house, a seguito della sentenza Teckal del 18 novembre 1999, nella quale la Corte di giustizia configuro' questa ipotesi di delegazione interorganica, sancendone l'esclusione dall'applicabilità della normativa europea in materia di appalti pubblici, ovverosia della necessaria messa in concorrenza, rappresenta un'ulteriore opportunità, per la gestione dei servizi pubblici locali, che si aggiunge ai modelli tradizionali. Ad essa tuttavia si dovrà ricorrere soltanto in casi eccezionali e residuali, venendosi contrariamente ad eludere i principi derivanti dai trattati, in particolare le norme sulla libera circolazione dei beni e dei servizi, nonché i principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e mutuo riconoscimento, che disciplinano il mercato dei servizi. Si ricordi a tale riguardo che la stessa Commissione europea ritiene che l'inosservanza dei menzionati principi del trattato costituisca un impedimento al corretto funzionamento del mercato interno ed alla liberalizzazione degli appalti e dei servizi in cui sono in gioco importanti interessi economici. I medesimi concetti sono ribaditi ed esplicitati nella comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Comunità europea del 29 aprile 2000, laddove si afferma che, mentre le concessioni di lavori sono disciplinate specificatamente dalla direttiva comunitaria n. 93/37, art. 1, lettera d), le altre forme di concessioni, nella misura in cui risultino essere atti dello Stato (da intendersi come atti

adottati dalle autorità pubbliche che fanno parte dell'organizzazione dello Stato, nonché quelli adottati da qualsiasi altro organismo che, se pur dotato di personalità giuridica autonoma, sia collegato allo Stato da vincoli così stretti da poter essere considerato come facente parte dell'organizzazione di questo ...), sebbene non siano coperti dalle direttive sugli appalti pubblici, sono ugualmente soggette alle disposizioni generali del trattato ed ai principi che la Corte ha elaborato in materia di appalti (principio di parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, e mutuo riconoscimento. Quanto sopra conferma il carattere strettamente residuale del modello societario in house, il quale deve configurarsi come un'opportunità residuale per gli enti locali: malgrado la configurazione societaria che tale modello possiede, infatti, esso non rappresenta una reale esternalizzazione della gestione rispetto alla originaria competenza degli enti locali, bensì costituisce un modello organizzativo per migliorare l'efficienza e l'economicità dell'attività di gestione che gli stessi enti locali sono chiamati a svolgere. L'affidamento diretto del servizio a tale società e la contestuale esclusione dell'obbligo di gara, trova la propria giustificazione nel fatto che il conferimento del servizio, a causa di una motivata e comprovata ragione di interesse pubblico che obiettivamente escluda la possibilità di ricorrere alla gara, non avviene nei confronti di un soggetto giuridico sostanzialmente autonomo, bensì nei confronti di un soggetto gerarchicamente subordinato, assoggettato obbligatoriamente ad un controllo funzionale, gestionale e finanziario stringente. La durata della società in house, precisata nell'atto di affidamento, dovrà essere motivata e obbligatoriamente limitata al tempo necessario per il superamento degli impedimenti all'effettiva messa in concorrenza del servizio, da attuarsi mediante la concessione a terzi, ovvero all'affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato previa individuazione del socio privato mediante procedimento di gara europea. In virtù di ciò, è obbligatorio che l'atto costitutivo e lo statuto prevedano che la società sia dotata di un'autonomia finanziaria e decisionale limitata e preventivamente circoscritta. In particolare, le deliberazioni concernenti l'amministrazione straordinaria e quelle di determinante rilievo per l'attività sociale, quali il bilancio, la relazione programmatica, l'organigramma, il piano degli investimenti, il piano di sviluppo ed equivalenti, dovranno essere approvati dagli enti locali partecipanti alla società. Gli amministratori ed il direttore della S.p.a. saranno nominati direttamente dagli enti locali proprietari, conformemente, del resto, alle previsioni in materia dettate dagli articoli del codice civile. Alla società in house dovranno partecipare esclusivamente enti locali, trattandosi di una società di scopo con peculiari caratteristiche. Essa non potrà essere partecipata da società a partecipazione pubblica, neppure totale, così come da consorzi intercomunali o, qualora ancora esistenti, da aziende speciali. Non risulta, infatti, che la partecipazione indiretta degli enti locali sia ammissibile in base ai principi comunitari, né che sia funzionale allo scopo della gestione in house. Come affermato nel dettato normativo, dovendo la società realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano, la società dovrà essere partecipata da tutti gli enti locali facenti parte dell'ambito territoriale ottimale. La società a totale capitale pubblico che riceve l'affidamento del servizio in house è una società di scopo strettamente interdipendente dall'ambito territoriale nel quale svolge il proprio servizio. La società non potrà quindi operare al di fuori del proprio ambito territoriale ottimale, perché finalizzata unicamente alla gestione del servizio idrico integrato in quel determinato territorio. Ciò dovrà essere espressamente previsto dallo statuto. Nelle ipotesi in cui sia stata scelta la modalità di affidamento prevista dal comma 5 dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001, essa - in luogo della cessazione entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente d'ambito, stabilita nel comma 15-bis del novato art. 113 del testo unico n. 267/2000 - può considerarsi assimilata all'ipotesi di gestione in house solo nel caso in cui tale società presenti rigorosamente i requisiti e le caratteristiche formali e sostanziali sopra elencati. Roma, 6 dicembre 2004 Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio Matteoli

Roma, 6 dicembre 2004

Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio

Matteoli