



UFFICIO D'AMBITO DELLA PROVINCIA DI CREMONA

MODALITA' DI AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Agosto 2011

1. La disciplina vigente in materia di affidamento del servizio idrico integrato.

- 1.1. Premessa. p. 1
- 1.2. Il quadro della normativa applicabile nell'ordinamento giuridico italiano in materia di affidamento del servizio idrico integrato. p. 1
- 1.3. La normativa comunitaria applicabile in materia di affidamento del servizio idrico integrato. p. 2
- 1.4. La disciplina della determinazione delle funzioni in materia di affidamento del servizio idrico integrato. p. 3

2. Le caratteristiche delle forme di gestione del servizio idrico integrato previste dal vigente ordinamento.

- 2.1. La gestione mediante società individuata con procedura ad evidenza pubblica. p. 5
- 2.2. La gestione mediante società mista il cui socio privato sia stato scelto con gara. p. 6
- 2.3. La gestione mediante *in house providing*. p. 7

3. Meccanismi operativi delle forme di gestione.

- 3.1. Premessa. p. 10
- 3.2. Gestione mediante affidamento a società individuata attraverso procedura ad evidenza pubblica. p. 10
- 3.3. Gestione mediante affidamento a società mista il cui socio privato sia stato selezionato mediante gara. p. 11
- 3.4. Gestione mediante *in house providing*. p. 14

1. La disciplina vigente in materia di affidamento del servizio idrico integrato.

1.1. Premessa.

La disciplina attualmente vigente nell'ordinamento giuridico italiano in materia di affidamento del servizio idrico integrato è la conseguente (come del resto accade, più ampiamente, per la generalità dei servizi pubblici locali di rilevanza economica) della successione e stratificazione di plurimi interventi normativi e di una lunga serie di modifiche legislative e regolamentari.

Da ultimo, in ordine di tempo, questo quadro è stato interessato dal referendum abrogativo svoltosi nel giugno 2011, che ha determinato l'abrogazione dell'art. 23*bis* del d.l. n. 112/2008 a far data dal 21 luglio 2011 (giorno successivo alla pubblicazione degli esiti referendari sulla Gazzetta Ufficiale).

1.2. Il quadro della normativa applicabile nell'ordinamento giuridico italiano in materia di affidamento del servizio idrico integrato.

Poiché l'abrogazione delle disposizioni normative opera *ex nunc* (con la conseguenza che le norme abrogate cessano di produrre effetti relativamente alle fattispecie che si verificano successivamente alla loro abrogazione, ma conservano efficacia nel disciplinare le vicende che si sono verificate antecedentemente a tale data), l'intervenuta abrogazione non comporta conseguenze in ordine agli eventi verificatisi prima dell'abrogazione stessa: il che significa, per esempio, che l'abrogazione dell'art. 23*bis* non incide sulla cessazione (anticipata rispetto alle scadenze naturali) delle concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica (come previsto dal comma 8 della norma in questione), laddove tale cessazione si sia verificata anteriormente rispetto all'abrogazione stessa.

Gli effetti dell'abrogazione comportano invece l'inapplicabilità, per il futuro, delle previsioni dettate dall'art. 23*bis* in ordine alle modalità di affidamento del servizio idrico integrato; da ciò deriva, pertanto, la necessità di individuare la normativa oggi applicabile a tale settore.

Al riguardo, la Corte costituzionale, nella sentenza che ha ritenuto ammissibile il referendum, ha chiarito che all'abrogazione dell'art. 23*bis* consegue la diretta applicazione nell'ordinamento italiano della normativa

comunitaria relativa all'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica (Corte cost., sent. n. 24/2011).

Pertanto: per individuare le disposizioni normative cui gli enti competenti devono conformarsi al fine di poter procedere all'affidamento dei servizi pubblici (e segnatamente del servizio idrico integrato) è necessario riferirsi alle norme comunitarie, le quali costituiscono – allo stato – le corrispondenti regole applicabili (sebbene possa ritenersi, come si vedrà, che non esauriscano del tutto l'insieme di tali regole).

1.3. La normativa comunitaria applicabile in materia di affidamento del servizio idrico integrato.

Ai sensi della normativa comunitaria, l'affidamento dei servizi pubblici locali deve avvenire:

- (a) di regola, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive e ad evidenza pubblica;
- (b) in alternativa, mediante affidamento diretto alle società miste nelle quali si sia svolta una gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato, dovendo tale socio configurarsi come un socio «industriale» e non meramente «finanziario», come si evince, in particolare, dal Libro verde della Commissione del 30 aprile 2004;
- (c) eccezionalmente, mediante gestione c.d. *in house*, modalità che – secondo la normativa comunitaria – in tanto può essere prescelta in quanto sussistano specifici presupposti, quali: (i) il capitale totalmente pubblico della società *in house*; (ii) l'esercizio di un controllo da parte dall'ente affidante sull'affidatario di «*contenuto analogo*» a quello esercitato sui propri uffici; (iii) lo svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'ente affidante.

Come si vede, la portata innovativa dell'intervenuta abrogazione referendaria dell'art. 23bis (al di là delle modifiche al sistema delle fonti applicabili) è riconducibile, in punto di modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, a questo:

- alla possibilità di disporre l'affidamento a società mista, pubblico-privata, senza il vincolo costituito dal limite minimo del 40% per la quota di

capitale detenuta dal socio privato (ferma restando la natura «industriale» del *partner* privato);

- alla possibilità di ricorrere alla gestione *in house* anche in assenza dei presupposti precedentemente richiesti dall'art. 23bis e senza necessità di svolgere il sub-procedimento consultivo dinnanzi all'AGCM (ferma restando la sussistenza dei presupposti per l'*in house providing* individuati dal diritto unionista, che saranno meglio esaminati *infra*, nel paragrafo 2.3).

Nessuna modifica discende, invece, in ordine all'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica, che continua a costituire la modalità ordinaria per l'affidamento dei servizi pubblici locali.

1.4. La disciplina della determinazione delle funzioni in materia di affidamento del servizio idrico integrato.

Accanto alle novelle normative che hanno interessato il quadro delle forme di gestione, l'ordinamento giuridico ha registrato anche, nel più recente periodo, la modifica della disciplina volta ad attribuire e regolamentare le funzioni concernenti l'affidamento del servizio idrico integrato.

A tal riguardo, va ricordato che la legge 26 marzo 2010, n. 42, di conversione del d.l. 25 gennaio 2010, n. 4, ha disposto, al comma *lquinquies* dell'art. 1, la soppressione delle Autorità d'ambito territoriale ottimale (i soggetti cui la legge aveva originariamente attribuito le funzioni amministrative in materia di servizio idrico integrato, compreso il potere di disporre gli affidamenti), contestualmente prevedendo in capo alle Regioni il compito di attribuire le funzioni già esercitate dalle Autorità medesime.

In attuazione di questa previsione, la Regione Lombardia ha approvato la legge regionale 27 dicembre 2010, n. 21, recante modifiche alla legge regionale 12 dicembre 2003, n. 26.

La legge regionale ha previsto che dal 1° gennaio 2011 le funzioni già esercitate dalle Autorità d'Ambito siano attribuite alle Province e che queste ultime costituiscano in ciascun ambito territoriale ottimale un'azienda speciale (di seguito, denominato Ufficio di Ambito), dotata di personalità giuridica e di autonomia organizzativa e contabile.

In conseguenza di questa previsione (e come reso esplicito dalla stessa legislazione regionale), sono ora le Province che, tramite l'Ufficio d'Ambito,

esercitano le funzioni e attività previste dal novellato art. 48, comma 2, della l.r. 26/2003, fra cui in particolare:

- a) l'individuazione e l'attuazione delle politiche e delle strategie volte a organizzare e attuare il servizio idrico integrato per il conseguimento degli obiettivi previsti dalla legge regionale e dalle normative europee e statali inclusi la scelta del modello gestionale e l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato;
- b) l'approvazione e l'aggiornamento del piano d'ambito di cui all'articolo 149 del d.lgs. 152/2006 e dei relativi oneri finanziari;
- c) la definizione dei contenuti dei contratti di servizio che regolano i rapporti tra l'ente responsabile dell'ATO e i soggetti cui compete la gestione del servizio idrico integrato;
- d) la determinazione della tariffa di base del sistema idrico integrato ai sensi dell'articolo 154, comma 4, del d.lgs. 152/2006 e la definizione delle modalità di riparto tra gli eventuali soggetti interessati.

L'attuale quadro normativo vigente in Lombardia in materia di affidamento del servizio idrico integrato contempla, dunque, la competenza in capo alle Province delle funzioni inerenti l'organizzazione e attuazione del servizio idrico integrato, come previste dalla normativa vigente.

2. Le caratteristiche delle forme di gestione del servizio idrico integrato previste dal vigente ordinamento.

2.1. La gestione mediante società individuata con procedura ad evidenza pubblica.

Nel diritto comunitario, i servizi pubblici locali sono riconducibili ai servizi (i) che sono resi mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato» (cfr. Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, in causa C-35/96, Commissione c. Italia; 10 gennaio 2006, in causa C-222/04, Ministero dell'economia e delle finanze, e 16 marzo 2004, in cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44) e (ii) che forniscono prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche «fini sociali») nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV). Questa nozione (come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale nella sent. n. 325/2010) identifica i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica.

Il carattere economico di questi servizi, che nel diritto dell'Unione Europea non dipende dallo *status* giuridico del prestatore (ad esempio un ente non a scopo di lucro) né dalla natura del servizio, bensì dalle effettive modalità di prestazione, organizzazione e finanziamento di una determinata attività conduce l'ordinamento a richiedere che l'individuazione del soggetto gestore deve essere effettuata «nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività» (Corte di Giustizia, sent. 24 luglio 2003, Altmark Trans).

La forma di gestione mediante affidamento a società individuata attraverso procedura ad evidenza pubblica si presenta dunque come una modalità caratterizzata dall'apertura al mercato, dalla parità di condizioni, dalla selezione mediante criteri di efficienza ed economicità e dalla non discriminazione.

Per queste stesse caratteristiche, in questa forma di gestione il ruolo dell'Amministrazione si concentra specificamente nella fase di selezione, poiché, essendo rimessa all'autonomia organizzativa e gestionale dell'aggiudicatario la successiva fase di gestione del servizio (fatti naturalmente salvi i poteri di indirizzo, controllo e monitoraggio dell'ente), è precisamente nel momento della definizione dei criteri di scelta del gestore – e quindi anche nell'ambito della pianificazione delle attività che esso è chiamato a svolgere per il periodo della gestione – che l'Amministrazione è principalmente chiamata ad esercitare i propri poteri di determinazione dei contenuti della gestione, e quindi la propria funzione di soggetto regolatore e pianificatore del servizio.

2.2. La gestione mediante società mista il cui socio privato sia stato scelto con gara.

La seconda forma di gestione contemplata dal diritto comunitario prevede l'affidamento del servizio a una società a capitale misto, pubblico e privato, il cui *partner* privato sia stato scelto mediante procedura ad evidenza pubblica.

Nel contesto normativo unionista, questo modello è ricondotto al c.d. *partenariato pubblico-privato istituzionalizzato*, forma di gestione delle attività e dei servizi pubblici che si caratterizza per una spiccata integrazione fra l'ente e il soggetto gestore, integrazione che assume carattere istituzionale proprio in quanto vede la costituzione di un nuovo soggetto cui compartecipano l'ente pubblico e il soggetto gestore.

Nella prospettiva del diritto comunitario, è consentito l'affidamento diretto del servizio (vale a dire senza una gara ad evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario) alle società miste nelle quali la procedura ad evidenza pubblica si sia svolta per la scelta del socio privato.

Il diritto dell'Unione Europea prescrive, inoltre, che il socio privato si configuri come un *partner* «industriale» e non meramente «finanziario» (in tal senso, in particolare, il Libro verde della Commissione del 30 aprile 2004), senza espressamente richiedere alcun limite, minimo o massimo, della partecipazione del socio privato.

Rispetto alla forma gestionale che prevede l'affidamento a un soggetto terzo mediante procedura ad evidenza pubblica, la modalità della società mista (proprio in ragione del grado istituzionalizzato del rapporto partenariale con il socio

privato) configura un diverso ruolo dell'Amministrazione, perché consente all'ente di garantire (oltre alla salvaguardia dei principi di tutela della concorrenza e all'ottenimento dei vantaggi competitivi che discendono dall'apertura al mercato) la soddisfazione dell'interesse pubblico al mantenimento e all'esercizio di un controllo non solo esterno, come ente affidante, ma anche interno ed organico, come *partner* societario, sul soggetto incaricato della gestione.

2.3. La gestione mediante *in house providing*.

Terza forma gestionale prevista dalla normativa comunitaria è il c.d. *in house providing*.

Come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 325/2010, tale modalità di gestione si configura come un'ipotesi di affidamento diretto del servizio «in deroga» alle ipotesi di affidamento in via ordinaria.

Secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti tale tipo di gestione ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto (che, come evidenziato in precedenza, possono sintetizzarsi in queste: (i) capitale totalmente pubblico; (ii) controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di «contenuto analogo» a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; (iii) svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante) debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo l'*in house providing* un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tale eccezione viene giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'*in house contract* configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo.

In argomento, nel diritto comunitario si è formato un consolidato diritto vivente (alimentato, oltre che dal diritto positivo, dai numerosi arresti giurisprudenziali) che ha contribuito a chiarire la portata concreta delle suddette tre condizioni.

In questo senso, posto che costituiscono requisiti per l'affidamento *in house* (a) la dipendenza gestionale e (b) la dipendenza finanziaria, ai fini della sussistenza del requisito della dipendenza gestionale s'individuano alcuni presupposti essenziali, quali:

- (i) *la società affidataria dev'essere a partecipazione pubblica totalitaria*, in quanto la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale della società esclude la possibilità di configurare un'effettiva e completa dipendenza gestionale nei confronti dell'ente pubblico;
- (ii) *gli strumenti di controllo dell'ente devono risultare più penetranti rispetto a quelli civilistici*; per conseguenza:
 - a. il Consiglio di Amministrazione del soggetto affidatario non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente controllante dev'essere consentito di esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (cfr. Cons. Stato, sent. n. 1514/2007); le decisioni principali sulla gestione e conduzione della società *in house* devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (cfr. Cons. Stato, sent. n. 5/2007);
 - b. il soggetto affidatario *in house* non deve avere acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico, quale risulterebbe (i) dall'ampliamento dell'oggetto sociale, (ii) dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali, (iii) dall'espansione territoriale della società a tutta l'Italia e all'estero;
 - c. devono essere rinvenibili previsioni aggiuntive a beneficio dell'ente controllante che permettano a quest'ultimo di operare un sindacato concreto sui poteri gestionali dell'organo amministrativo dell'affidatario, che investa non solo gli atti di gestione straordinaria ma anche, in parte rilevante, la gestione ordinaria;
 - d. la società *in house* può anche essere partecipata da una pluralità di enti locali, purché il controllo analogo sia realizzato attraverso modalità aggiuntive rispetto agli ordinari strumenti del diritto societario, quale la costituzione di un apposito comitato, organismo o ufficio comune con il compito di coordinare il controllo congiunto degli enti rispetto all'attività gestionale (cfr. Cons. Stato, sent. n. 1365/2009).

Con riferimento, invece, alla sussistenza del requisito della dipendenza finanziaria, esso s'identifica nella necessità che il soggetto affidatario svolga la parte più importante della propria attività con l'ente che lo controlla; a tal proposito:

- a. tale requisito può sussistere solo se l'attività dell'impresa affidataria *in house* è principalmente svolta a favore dell'ente controllante, con la conseguenza che ogni altra attività assume carattere solo marginale;
- b. il criterio della prevalenza va inteso in senso quantitativo e qualitativo, sussistendo il requisito quando l'affidatario *in house* o non svolga alcuna attività a favore di soggetti diversi dall'ente controllante, *anche se pubblici*, oppure ne svolga ma in misura quantitativamente minoritaria e qualitativamente irrilevante;
- c. per il soddisfacimento del requisito non assume rilievo il fatto che l'affidatario percepisca dagli utenti del servizio reso, e non dagli enti locali affidanti, il corrispettivo per l'attività, sempre che tale attività sia svolta a favore di utenti che compongono la comunità al cui presidio è posto l'ente affidante.

Dalla ricognizione che precede emerge come la definizione dei requisiti per l'affidamento *in house* (divenuta progressivamente più rigorosa per effetto della giurisprudenza formatasi sul punto) conferisca a questa forma di affidamento un ruolo che l'ordinamento giuridico tende a configurare in termini di residualità e marginalità.

Infine, ai sensi dell'art. 150, c. 3, del d.lgs. n. 152/2006, gli affidamenti *in house* possono essere disposti unicamente a favore di società partecipate *esclusivamente e direttamente* da comuni o altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale, e sempre che ricorrano obiettive ragioni tecniche o economiche.

3. Meccanismi operativi delle forme di gestione.

3.1. Premessa.

Dopo aver condotto la ricognizione che precede in ordine alla normativa applicabile all'affidamento del servizio idrico integrato e alle caratteristiche delle varie forme di gestione, è possibile descrivere i meccanismi operativi correlati alla scelta, da parte dell'Ufficio d'ambito, delle singole modalità gestionali, sia con riferimento agli elementi procedurali, sia con riguardo ai fattori che incidono sull'operatività di ciascuna modalità rispetto alla realizzazione della pianificazione d'ambito e, in particolare, del piano di investimenti.

Le pagine che seguono si propongono pertanto di esporre le peculiarità che contraddistinguono le diverse forme di gestione in relazione ai meccanismi operativi che le caratterizzano rispetto alla fase di instaurazione dell'affidamento e rispetto ai successivi segmenti della realizzazione della pianificazione d'ambito.

3.2. Gestione mediante affidamento a società individuata attraverso procedura ad evidenza pubblica.

Come si è visto nel precedente paragrafo 2.1., nella modalità di gestione mediante affidamento a società individuata attraverso procedura ad evidenza pubblica la funzione d'indirizzo e pianificazione dell'ente affidante si concentra principalmente nella definizione degli atti di gara, e dunque nella individuazione dei criteri di selezione dell'aggiudicatario.

In particolare, dalla strutturazione dei parametri su cui è destinato a svolgersi il confronto competitivo fra gli offerenti e dalla configurazione dei criteri di valutazione delle offerte (opportunitamente combinati secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in modo da ponderare – secondo le specifiche esigenze dell'ente – la componente economica dell'offerta con le sue caratteristiche tecniche e industriali) possono derivare in capo all'amministrazione indicente gli strumenti principali per governare l'affidamento verso l'individuazione del soggetto ritenuto maggiormente idoneo ad attuare la pianificazione d'ambito e a garantire una gestione del servizio rispondente alle esigenze d'interesse pubblico degli enti.

Nella modalità gestionale in esame, infatti, l'attuazione della pianificazione d'ambito è integralmente rimessa agli strumenti cui la società selezionata con gara ricorre secondo le proprie dinamiche imprenditoriali, essendo unicamente vincolata nel fine dal raggiungimento degli obiettivi previsti dall'ente affidante.

Ciò vale, in particolare, con riguardo al reperimento delle risorse finanziarie destinate a supportare l'attuazione del piano degli investimenti, compito che – nella forma gestionale in discorso – resta unicamente affidato alla società individuata con gara.

3.3. Gestione mediante affidamento a società mista il cui socio privato sia stato selezionato mediante gara.

La forma gestionale consistente nell'affidamento a società mista il cui socio privato sia stato selezionato mediante gara prevede un ruolo parzialmente diverso, perché più incisivo, dell'ente affidante.

Il modello gestionale mediante società mista si distingue, infatti, per il fatto che consente, nel medesimo tempo, di selezionare un soggetto in possesso di specifica professionalità mediante una gara ad evidenza pubblica che assicuri il conseguimento dell'obiettivo di una concorrenza libera (nonché del maggior vantaggio economico e di qualità del servizio per l'Ente) e di ottenere una sinergia tra pubblica amministrazione e soggetto privato.

Rispetto all'affidamento a società individuate mediante procedure ad evidenza pubblica, questa modalità gestionale offre dunque la possibilità di garantire (oltre alla salvaguardia dei principi di tutela della concorrenza e all'ottenimento dei vantaggi competitivi che discendono dall'apertura al mercato) la soddisfazione dell'interesse pubblico al mantenimento e all'esercizio di un controllo non solo esterno, come ente affidante, ma anche interno ed organico, come *partner* societario, sul soggetto incaricato della gestione.

Il complesso della normativa applicabile (come ricostruito nelle pagine precedenti) conduce a ritenere che nella società mista affidataria diretta del servizio la componente pubblica possa essere detenuta dagli enti locali anche in via indiretta, per esempio mediante società patrimoniali (purché a capitale integralmente pubblico), quali quelle presenti nella realtà della Provincia di Cremona: a ciò non osta, infatti, il consolidato modello comunitario del partenariato pubblico-privato di tipo istituzionalizzato, né sussiste alcuna residua

disposizione dell'ordinamento nazionale che escluda la natura indiretta della partecipazione degli enti pubblici.

Il quadro normativo ricostruibile a partire dalla disciplina comunitaria sul partenariato pubblico-privato comporta necessariamente, invece, che nella componente pubblica della società mista venga annoverata la partecipazione (come ora osservato, anche indiretta) dalla Provincia: deve infatti rilevarsi che il modello gestionale del partenariato pubblico-privato previsto dall'ordinamento comunitario si fonda sul presupposto della coincidenza fra ente titolare del potere di affidamento del servizio e soggetto pubblico partecipante alla società mista, dal momento che questa configurazione integra pienamente il carattere istituzionalizzato del partenariato medesimo.

Pare non doversi escludere che, oltre alla partecipazione dell'ente competente in materia di affidamento del servizio, la componente pubblica della società mista comprenda anche la partecipazione di altri enti locali, posto che non è dato rilevare nell'ordinamento vigente l'esistenza di disposizioni normative, nazionali o comunitarie, che escludano la possibilità di partecipare alla società mista affidataria diretta anche da parte degli altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale.

La forma di gestione mediante società mista comporta inoltre l'onere, per l'Amministrazione titolare del potere di affidamento, di individuare in modo appropriato le caratteristiche richieste al *partner* privato, al fine di configurare la società mista come un soggetto dotato delle competenze e delle capacità (tecniche, organizzative e gestionali) funzionali all'ottimale gestione del servizio.

A questo riguardo, assumerà particolare rilievo la definizione preliminare, nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica volta alla selezione del *partner* privato, dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria rispetto ai quali individuare il socio stesso, valorizzando in particolare, oltre che le capacità spiccatamente connesse alla gestione del servizio, le componenti idonee a garantire la realizzazione della pianificazione d'ambito e l'organizzazione complessiva delle attività ad essa correlate.

In questo senso, potrebbe risultare appropriata una configurazione della forma gestionale che preveda di connettere in forma strutturata alle attività tipicamente ricomprese nella gestione del servizio idrico integrato anche le funzioni legate – per esempio – alla organizzazione e gestione delle attività connesse all'attuazione della pianificazione d'ambito.

Una simile configurazione, del resto, potrebbe porsi come forma di valorizzazione del carattere istituzionalizzato del *partenariato*, in quanto essa consentirebbe di far confluire nel rapporto fra compagine pubblica e socio privato – sia pure in forme differenti – tutte le diverse attività in vario modo connesse all’attuazione della pianificazione d’ambito.

Infine, la forma gestionale della società mista impone all’Amministrazione di predisporre adeguatamente gli strumenti e i meccanismi idonei a dotare la società stessa dei capitali necessari al medesimo obiettivo dell’attuazione della pianificazione d’ambito.

A questo riguardo, la relazione istituzionalizzata fra ente partecipante e socio privato può rivelarsi uno strumento utile – specie in considerazione dei vincoli che gravano sulle amministrazioni pubbliche rispetto all’accesso al credito e, più in generale, al reperimento delle risorse finanziarie – allo scopo di dotare la società mista dei fondi necessari.

Ferma restando, infatti, l’esigenza di provvedere a una capitalizzazione della società che – rispetto alle previsioni del piano economico-finanziario – consenta il costante rispetto dei limiti previsti dalla vigente normativa in materia di rapporto fra risultato di esercizio e patrimonio netto, la disponibilità di risorse da parte del socio privato potrebbe consentire di ridurre il c.d. “rischio di credito” (ossia la possibilità che i prestiti non siano rimborsati puntualmente), dal momento che, essendo il costo dei finanziamenti direttamente proporzionale al loro grado di rischio e a quello specifico del gestore, l’apporto di risorse da parte degli azionisti è idoneo a ridurre tale rischio e il correlato costo dei finanziamenti, con un corrispondente effetto positivo sulla tariffa del servizio.

L’apporto di risorse da parte del socio privato (in misura più che proporzionale rispetto alla partecipazione acquisita nella società) risulta inoltre fattore idoneo a conseguire una contrazione dell’apporto di risorse pubbliche rispetto all’esigenza di reperimento delle risorse finanziarie necessarie all’attuazione della pianificazione d’ambito, fermo restando il mantenimento della maggioranza pubblica nell’azionariato della società mista e, quindi, la permanenza in capo agli enti partecipanti dei connessi poteri di indirizzo e governo della società stessa.

Ulteriore elemento qualificante della modalità gestionale in esame va infine ravvisato nell’apporto che il socio privato è in grado di fornire alla società in termini di miglioramento dello *standing* creditizio: la presenza del *partner* privato

può infatti contribuire in modo decisivo non solo al reperimento delle risorse a condizioni più favorevoli, ma può costituire fattore imprescindibile rispetto alla possibilità stessa di accedere al complesso delle risorse necessarie per la realizzazione degli investimenti (specie con riguardo alle ipotesi in cui tali investimenti assumano una particolare consistenza, come nel caso della pianificazione d'ambito).

3.4. Gestione mediante *in house providing*.

La forma gestionale dell'*in house providing* si caratterizza per un ruolo assorbente dell'amministrazione pubblica, che opta per un modello di gestione articolato integralmente al proprio interno, senza l'apporto di alcun soggetto proveniente dal mercato.

L'assenza di alterità sostanziale fra l'Amministrazione affidante e il soggetto affidatario costituisce infatti il presupposto principale del modello *in house*, i cui requisiti puntuali – esposti analiticamente in precedenza – costituiscono elementi corollari di tale esigenza strutturale.

Rispetto ai meccanismi operativi di tale forma di gestione, dev'essere qui ricordata la persistente portata precettiva dell'art. 150, c. 3, d.lgs. n. 152/2006: tale norma, infatti, non risultando fra le disposizioni espressamente abrogate dall'art. 23bis, d.l. n. 112/2008 (né comparando fra le abrogazioni elencate dal d.P.R. n. 168/2010), dispiega pienamente in suoi effetti.

La conseguenza operativa è che il soggetto affidatario, nel caso in cui l'Amministrazione competente opti per questa forma di gestione, dev'essere partecipato «*esclusivamente e direttamente da comuni o altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale*», dovendosi perciò escludere, da un lato, qualsiasi partecipazione – anche minoritaria – di soggetti privati o di soggetti pubblici estranei all'ambito e, dall'altro, la possibilità di una partecipazione degli enti locali in via indiretta.

Posta la necessaria conformità a questi vincoli, il soggetto affidatario dovrà inoltre certamente risultare partecipato dall'Amministrazione cui l'ordinamento riconosce il potere di affidare il servizio idrico integrato (e dunque, nella fattispecie, la Provincia), atteso che il rapporto di c.d. “delegazione interorganica” – che rappresenta il nesso funzionale e organico che legittima l'affidamento

diretto nella forma dell'*in house providing* – deve per definizione sussistere fra affidatario e affidante.

La medesima citata previsione contenuta nell'art. 150, c. 3, del d.lgs. n. 267/2000 consente, peraltro, che unitamente all'Amministrazione provinciale il soggetto *in house* possa essere partecipato anche da altri enti locali compresi nell'ambito.

Con riferimento all'operatività del soggetto *in house* rispetto all'attuazione della pianificazione d'ambito, va rilevato che in questo modello gestionale (in modo simmetricamente opposto a quanto accade nel caso dell'affidamento a società individuata mediante gara) il reperimento delle risorse finanziarie destinate a supportare l'attuazione del piano degli investimenti resta un compito integralmente affidato alla società pubblica e quindi, in ultima istanza, agli enti locali partecipanti, con le derivanti difficoltà conseguenti dai noti vincoli in materia di accesso al credito.

A tal riguardo, posto che tali vincoli limitano la possibilità, da parte degli enti, di dotare il soggetto affidatario di adeguate risorse finanziarie mediante mezzi propri, ciò potrebbe prospettare sia la necessità di un ricorso all'indebitamento particolarmente elevato, sia l'applicazione di tassi di interesse più sfavorevoli, con il conseguente innalzamento dei relativi costi finanziari, fattore che inciderebbe negativamente sulla tariffa del servizio.