



Allegata alla deliberazione G.C. n. ____ del 25/09/2013

RELAZIONE

(Art. 34 comma 20 e ss. D.L. 18 ottobre 2012 n.179)

Premessa.

L'art.34, comma 20 e ss., del D.L. 18 ottobre 2012 n.179 prevede che, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'affidamento del servizio sia effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del decreto citato non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20.

Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza occorre provvedere ad inserire nel contratto di servizio un termine di scadenza dell'affidamento.

Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013.

A ciò si aggiunga che il comma 1 bis dell'art.3 bis del D.L. 13 agosto 2011 n.138 prevede che le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo siano esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei da individuarsi a cura della Regione.

Va qui osservato tuttavia che in virtù dell'articolo 14 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, sono funzioni fondamentali dei comuni, tra le altre: ... *b) organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale;...f) l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani*

Forme di affidamento

I servizi pubblici locali a rilevanza economica possono essere affidati in una delle seguenti forme:

- mediante affidamento ad operatore economico qualificato individuato previo esperimento di gara ad evidenza pubblica;
- mediante affidamento a società mista il cui socio sia stato scelto mediante gara a doppio oggetto avente cioè ad oggetto la qualità di socio e l'affidamento di compiti operativi;
- mediante affidamento diretto a propria società partecipata (c.d. *in house providing*) purchè ricorrano nei confronti del soggetto partecipato i requisiti del c.d. controllo analogo elaborati in materia dalla giurisprudenza interna e comunitaria.

Solo in via residuale per i servizi di modeste dimensioni, quando si tratti di attività di modesto impegno finanziario, è ammessa la gestione in amministrazione diretta (cfr. Consiglio di Stato sentenza n. 552 del 2011).

Quadro degli affidamenti in essere

Alla data della presente relazione il Comune di Treviglio ha affidato la gestione dei seguenti servizi pubblici a rilevanza economica:

- servizio distribuzione gas naturale;
- farmacie comunali;
- servizio raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani;
- servizio idrico integrato (acquedotto, fognatura e depurazione);
- illuminazione pubblica.

Il riferimento è ai servizi gestiti dal Comune di Treviglio pacificamente annoverabili, secondo la letteratura, tra quelli a rilevanza economica.

Esclusioni

Va qui fatto rilevare che i commi da 20 a 22 del D.L. 18/10/2012 non si applicano al servizio di distribuzione di gas naturale, nonché alla gestione delle farmacie comunali.

Oggetto di attenzione sono quindi il servizio rifiuti, illuminazione, e servizio idrico integrato.

Servizio raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti

Quanto al servizio in esame va preliminarmente fatto rilevare che è in corso di perfezionamento l'affidamento ad una società mista pubblico-privata GECO s.r.l., per la cui scelta del socio privato è stata svolta negli scorsi mesi una procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto tanto la qualità di socio quanto l'affidamento di compiti operativi.

Il Comune di Treviglio partecipa indirettamente alla predetta società mediante la società SABB s.r.l. che fino all'affidamento in corso di perfezionamento è stata affidataria *in house providing* della gestione del servizio.

La costituzione di una partecipazione indiretta si è resa necessaria per favorire il processo di aggregazione tra diversi ambiti e così giungere all'individuazione di un bacino ottimale che consentisse il conseguimento di economie di scala e di scopo.

Dal dettato comunitario, appare chiaro che sia ammissibile l'affidamento diretto di un servizio a società partecipate dall'ente pubblico, allorquando le esigenze di tutela della concorrenza siano state rispettate a monte, col previo esperimento della pubblica gara indetta per l'individuazione del partner privato, e, pertanto, sia legittimo il conseguente conferimento diretto della gestione del servizio alla società mista.

L'orientamento si incentra sulla ritenuta ampia fungibilità tra lo schema funzionale della società mista e quello dell'appalto.

In altri termini la gestione del servizio può essere indifferentemente affidata con apposito contratto di appalto o con lo strumento alternativo del contratto di società, costituendo una società a capitale misto.

Una volta esclusa la riconducibilità del modello organizzativo "società mista pubblico-privato" al modello "*in house providing*", vi è da concludere per l'inutilità della ricerca dei requisiti, sempre più selettivi, richiesti per tale modello organizzativo, a partire dal "controllo analogo", anche nel modello di partenariato "società mista pubblico-privato", al fine di giustificarne la compatibilità con la disciplina comunitaria.

Alla luce delle suesposte argomentazione si ritiene dunque ammissibile il ricorso alla figura "società mista", nel caso in cui essa costituisca la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società.

Vi è dunque una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale o operativo", il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso.

Tale orientamento basato sulla fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, rappresenta, ad avviso della Corte dei Conti, *"un ottimo compromesso tra le esigenze di partenariato pubblico e privato proprie della potestà organizzativa dell'amministrazione pubblica, rispetto alle esigenze della comunità europea di tutela dei principi di libera concorrenza volti a prevenire eventuali distorsioni del mercato"*.

Il privato operativo si configura, nel nuovo modello di società mista, come un appaltatore piuttosto che come partner in senso proprio.

Le società a partecipazione mista costituiscono un "tipo" del tutto distinto da quelle in house providing. Mentre le ultime rappresentano un modo di esprimersi della facoltà di autoproduzione di beni e servizi riconosciuta agli enti pubblici dall'ordinamento comunitario e da quello nazionale, le prime sono state descritte come una forma organica o istituzionale di partenariato pubblico-privato. Peraltro, l'evoluzione normativa degli ultimi anni ed ancor più la descrizione fattane dalla celeberrima sentenza n. 1 del 2008 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato hanno modellato le società a partecipazione mista come una sostanziale forma di esternalizzazione delle attività, mettendo in evidenza che le modalità di selezione del privato e le ragioni stesse del suo ingresso in società lo qualificano necessariamente come un operatore economico interessato non tanto al "fare insieme", quanto al "fare".

Sono dunque il ruolo e le funzioni del socio privato ad aver meritato l'attenzione della giurisprudenza più recente. Il Consiglio di Stato, mettendo in relazione le differenti vocazioni del socio pubblico e di quello privato con la struttura della gara "a doppio oggetto" ha di recente concluso affermando che il socio operativo prende parte alla società mista non perché vuole condividere il rischio dell'intrapresa, com'è per i soci di una comune società commerciale, ma perché vuole svolgere i compiti operativi di cui il partner pubblico necessita, tanto che è lo schema societario ad essere servente rispetto alle utilità del contratto d'appalto (Cons. Stato, V, 28 febbraio, 2013, n. 1225). In altre parole, la corretta ricostruzione giurisprudenziale rappresenta la società come veicolo dell'appalto, in uno schema che fa del privato un appaltatore vero e proprio prima che un partner dell'amministrazione.

Condizioni tutte che ricorrono nell'affidamento in corso di perfezionamento.

Illuminazione Pubblica

Con deliberazione consiliare n.51 del 26 giugno 2012 il servizio di illuminazione pubblica è stato affidato alla società ENEL SOLE s.r.l., per la durata di nove anni, aderendo alla convenzione CONSIP.

Il contratto che accede all'affidamento definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale.

L'affidamento è pienamente conforme ai requisiti previsti dall'ordinamento europeo.

Servizio idrico integrato

Il servizio idrico integrato sul territorio comunale è ad oggi gestito dalla società partecipata COGEIDE s.p.a.

La società partecipata COGEIDE SpA, partecipata dal Comune di Treviglio, (Società per Azioni a capitale pubblico totale di Costruzione e Gestione Impianti Depurazione) è stata costituita nel 1993 subentrando al preesistente Consorzio ed assumendo la gestione del servizio idrico con riguardo ai territori dei comuni soci.

Con deliberazione del Consiglio Comunale n.81 del 9 ottobre 2002, veniva affidato alla società Cogeide spa, mediante convenzione, il servizio di acquedotto e fognatura.

La vicenda societaria si è svolta parallelamente all'affermarsi della scelta operata dal Legislatore statale e regionale per una gestione del servizio idrico integrato per ambiti territoriali ottimali, e non più per singoli enti.

Qui si rilevi che il D.Lvo 3 aprile 2006, n. 152 "Norme in materia ambientale" – riprendendo sul punto i contenuti della legge n.36/1994, legge che puntava al superamento della frammentazione nella gestione dei servizi idrici – ha confermato la scelta di organizzare il servizio idrico integrato sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle Regioni.

La Regione Lombardia con legge n.26/2003 – così come modificata a seguito dell'emanazione del D.Lvo n.152/2006 – confermando la previsione contenuta nella precedente legge n.21/1998, ha previsto che il servizio idrico integrato, inteso quale insieme delle attività di captazione, adduzione e distribuzione di acqua a usi civili, fognatura e depurazione delle acque reflue, dovesse essere organizzato sulla base di ambiti territoriali ottimali (ATO) corrispondenti ai confini amministrativi delle province.

La gestione del servizio idrico integrato per espressa previsione dell'art.49 della legge citata deve essere oggi affidata ad un unico soggetto per ogni ATO, non essendo oggi più ammissibili né gestioni in economia, né gestioni di segmenti del servizio.

A ciò si aggiunga che l'articolo 3 bis del D.L. 138/2011, come in premessa riportato, prevede che l'organizzazione e lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, tra i quali il servizio idrico integrato, sia espletata per ambiti o bacini territoriali individuati dalle Regioni, su base di norma provinciale.

L'ATO di Bergamo è stato formalmente costituito dalla Conferenza d'ambito il 11 dicembre 2001 in esecuzione della L.R. 21/1998, con il compito di riorganizzare e garantire alla popolazione, il servizio idrico integrato: acquedotto, fognatura e depurazione.

Nelle more del perfezionamento della gestione di ambito la legislazione consentiva il proseguo nell'attività da parte dei gestori esistenti.

In data 4 giugno 2007, in esecuzione delle deliberazione dell'ATO n.4 del 20/3/2006, è stato definitivamente sottoscritto il contratto di servizio per regolare i rapporti tra l'Autorità d'Ambito territoriale ottimale della Provincia di Bergamo e la società ad intero e totale capitale pubblico locale UNIACQUE SPA – partecipata anch'essa dal Comune di Treviglio – affidataria della gestione delle reti e dell'erogazione del servizio idrico integrato per l'intero Ambito.

La società COGEIDE, ritenendo sussistere i requisiti per la continuazione ha richiesto all'ATO la prosecuzione nella gestione; avverso il provvedimento di diniego la società, ritenendolo infondato, ha opposto ricorso al TAR.

Invero va rilevato che il contratto di servizio all'art.7 prevede in capo ad UNIACQUE l'impegno al raggiungimento di accordi con i gestori preesistenti in merito alle modalità di coinvolgimento nel periodo transitorio di questi ultimi nell'erogazione del Servizio Idrico Integrato, da realizzarsi mediante l'acquisizione dell'azienda o del ramo di azienda in caso di aziende multi servizio.

Con riguardo alla società COGEIDE occorre, ai fini della presente relazione, far qui rilevare che nei riguardi della stessa non possono dirsi pienamente soddisfatti tutti i parametri individuati dalla giurisprudenza interna e comunitaria in materia di affidamenti in house providing difettando il solo requisito dell'interezza del capitale sociale in mano pubblica, ciò posto che la compagine societaria annovera un socio privato.

La legittimità dell'affidamento è altresì resa discutibile dal fatto che la scelta del socio privato è avvenuta al di fuori del modello della società mista strumento che rende compatibile col diritto comunitario l'affidamento del servizio purché il socio privato sia stato scelto con il meccanismo della gara a doppio oggetto e che si preveda un rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento (evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, con la previsione, sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato, delle modalità di uscita del socio stesso, con liquidazione della sua posizione per il caso in cui, all'esito della successiva gara, esso non risulti più aggiudicatario).

Tuttavia ogni valutazione circa il mantenimento della partecipazione societaria e la verifica circa le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta, va rinviata non potendo essere disgiunta dalla piena contezza dall'esito del ricorso in ordine all'affidamento del servizio, gravame pendente innanzi al TAR Brescia e la cui udienza di merito è in calendario il prossimo mese di gennaio.

Treviglio, lì 25 settembre 2013