



# Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche

Parere n. 4419

14 OTT. 2010

NELLA riunione odierna, in presenza del prof. Roberto Passino, presidente, del cons. Massimiliano Atelli, commissario, del dott. Guido Cace, commissario, dell'arch. Antonella Postorino, commissario, del dott. Renato Cocchi, commissario, e del dott. Sergio Cristofanelli, segretario verbalizzante;

VISTO l'art. 161, comma 4, lett. i), del d.lgs. n. 152 del 2006, a norma del quale la Commissione esprime pareri in ordine a problemi specifici attinenti la qualità dei servizi e la tutela dei consumatori, su richiesta del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, delle regioni, degli enti locali, delle Autorità d'ambito, delle associazioni dei consumatori e di singoli utenti del servizio idrico integrato;

VISTA la nota 14 gennaio 2010, n. 138/10 con la quale l'AATO ha posto a questa Commissione un quesito circa la durata della concessione di gestione del servizio idrico integrato nel comune di X, che vede la società Y spa, il cui pacchetto azionario è di proprietà di K spa, partecipata direttamente da H, quotata alla borsa di Parigi sin da data anteriore al 1° ottobre 2003, gestire il servizio idrico integrato in forza di una concessione assentita nel 1991 dal comune sopra indicato, a seguito di trattativa privata;

VISTO che la normativa di riferimento al fine della compiuta espressione del proprio parere è rappresentata dal d. l. 112/2008, convertito con legge n. 133/2008, come modificato dal d. l. 135/2009, convertito con legge n. 166/2009, ed in particolare dall'articolo 23 bis che disciplina i servizi pubblici locali di rilevanza economica;

RELATORE il cons. Massimiliano Atelli;

la Commissione

esprime il seguente parere.

1. Il caso che qui interessa è contemplato dal comma 8 del predetto art. 23 bis, nella parte che regola il regime transitorio degli affidamenti, come di seguito riportata:

<<a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015;

e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.>>.

Tuttavia, poiché l'AATO \_\_\_\_\_, nel prospettare un dubbio interpretativo in ordine all'applicabilità al caso di specie della lett. e) in alternativa alla lettera d) sopra riportate, non aveva fornito, nella citata nota, ulteriori informazioni in ordine alla partecipazione diretta di H \_\_\_\_\_ s.p.a. in K \_\_\_\_\_ spa, in particolare con riferimento alla sua misura (alla data del 1° ottobre 2003 e a quella odierna), la Commissione, con avviso interlocutorio dell'1.3.2010, invitava l'AATO a voler integrare sul punto i dati già forniti onde consentirle l'espressione del richiesto parere.

Alla luce, per quanto versato in atti, dei chiarimenti forniti dall'AATO \_\_\_\_\_ con nota del 27.4.2010, n. 1944, risulta che, alla data del 1° ottobre 2003, il 100 % del capitale di Y \_\_\_\_\_ s.p.a. era detenuto da G \_\_\_\_\_ che, successivamente, avrebbe cambiato la propria denominazione in H \_\_\_\_\_), il capitale della quale risultava detenuto dalla L \_\_\_\_\_ di Parigi per il 99,99 %, a sua volta partecipata al 99,99 % del capitale da H \_\_\_\_\_, quotata alla Borsa di Parigi; quest'ultima, "aveva nel capitale una quota di partecipazione pubblica per mezzo delle società, a controllo pubblico dello Stato Francese, M \_\_\_\_\_, N \_\_\_\_\_ e [O] \_\_\_\_\_".

Alla data del 26.4.2010, Y \_\_\_\_\_ s.p.a. risultava invece controllata, a mezzo della K \_\_\_\_\_ s.p.a., da H \_\_\_\_\_, quotata alla Borsa di Parigi dal 2008, nel cui capitale è tuttora presente il Tesoro Francese (0,1 %), la [O] \_\_\_\_\_ (2 %) e N \_\_\_\_\_ (1,3 %).

Ciò premesso, la Commissione ritiene che la lett. d) del comma 8 del predetto art. 23 bis, nella parte che regola il regime transitorio, si applichi anche agli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società controllate – ai sensi, e quindi negli stessi termini, di cui all'art. 2359 c.c. - da società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data. Con la doppia precisazione che, in assenza di elementi testuali o sistematici idonei a deporre con chiarezza e univocità in senso contrario, occorre domandarsi se la società a partecipazione pubblica controllante possa anche essere quotata (*rectius*, avere titoli negoziati) presso un mercato borsistico diverso da quello italiano, e se (di riflesso) la data del 1° ottobre 2003 possa assumere rilievo, per come la norma risulta formulata, ai fini della datazione dell'atto di affidamento diretto alla società controllata, da un lato, e della datazione della quotazione dei titoli della controllante su un mercato borsistico, anche diverso da quello italiano, dall'altro lato.

Meritano di essere considerati, in questa direzione, alcuni indicatori. Fra questi, per un verso l'orientamento fatto proprio di recente dal giudice amministrativo di primo grado (Tar Lazio - Roma, sezione II, sent. 36/2010), che, nel pronunciarsi sul diverso tema dei divieti previsti dall'articolo 13 della legge 248/2006, e in specie sui loro effetti sulle società di "terzo livello", ha affermato che le società indirettamente partecipate dagli enti locali non sono assoggettate al divieto di svolgere attività

extra moenia previsto dalla legge 248/2006, in considerazione del carattere eccezionale della norma, tale da richiedere una stretta interpretazione, osservando per quanto qui rileva, a suffragio, <<che l'articolo 13 non contiene riferimenti al controllo e al collegamento societario previsti dall'articolo 2359 del codice civile, che sarebbero stati idonei a comprendere anche le società di terza generazione.>>. Dal che, ad avviso di questa Commissione, se ne potrebbe trarre la conseguenza che, laddove invece il riferimento all'art. 2359 c.c. ricorra (come, appunto, nel caso che qui interessa), la disciplina della società controllata si uniformi a quella della controllante, ai fini che volta per volta rilevano.

Per altro verso, nella medesima direzione, giova considerare come anche il Consiglio di Stato (Sez. V, sent. 22/3/2010 n. 1651) abbia di recente osservato che <<le società controllate sono equiparate alle società pubbliche controllanti ai fini della cessazione degli affidamenti diretti, ai sensi del comma 8 lett. d) dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 conv. dalla l. n. 133 del 2008, modificato dall'art. 15 comma 1 lett. d) del d.l. n. 135 del 2009 convertito dalla legge n. 166 del 2009.>>.

2. Quanto precede assume rilevanza, nel caso che qui interessa, giacché tra K s.p.a., Y s.p.a. e H s.p.a., l'unica società nella quale è attualmente presente capitale pubblico è quest'ultima, quotata alla Borsa di Parigi e partecipata dallo Stato francese.

Si pone, di conseguenza, il problema del se risulti o meno applicabile il vigente testo del ridetto art. 23-bis, comma 8, nelle ipotesi in cui la partecipazione pubblica sussista, seppure indirettamente, ma sia riferita ad un soggetto statutale (nella specie, diverso dallo Stato italiano).

Al riguardo, occorre notare che il legislatore, al comma 9 dell'art. 23-bis, testo vigente, stabilisce che *“Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.”*.

Per quanto qui interessa, detto divieto – stando alla formulazione letterale della norma - interessa dunque, fra l'altro, anche le società *“anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero”* gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b) del medesimo art. 23-bis. Se così è, vi sono assoggettate, quindi, anche le società *“appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero”* gestiscono servizi pubblici locali in virtù di quanto sopra specificato. Detto altrimenti, a queste società, stando alla lettera della norma, è *ex lege* impedito di *“acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare”*, in ragione del fatto che esse gestiscono servizi pubblici locali (*rectius*, è in corso la relativa gestione) *“di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b)”*.

Se così è, non appare senz'altro preclusa, sempre dal punto di vista della sua formulazione letterale, una lettura dell'art. 23-bis, testo vigente, che - nell'escludere che dette società possano *“acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né...”* indirettamente, in considerazione del fatto che esse già gestiscono servizi pubblici locali – ricomprenda nel ventaglio di fattispecie regolate, dandola così per ammessa, anche quella in cui, per ciò che qui interessa, il divieto di acquisire servizi o attività

ulteriori dipenda, in particolare, dalla circostanza che la società sia appartenente a Stati membri dell'Unione europea diversi dall'Italia, e, in Italia e/o all'estero, gestisca – direttamente o indirettamente - servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b) del medesimo art. 23-bis.

E indiretta ma univoca conferma di ciò potrebbe, in questa direzione, per vero potersi trarre anche dall'art. 9 del DPR di attuazione dell'art. 23-bis, a tenore del quale le imprese estere non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea (e soltanto queste, cioè quelle, per così dire, extracomunitarie) “possono essere ammesse alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi”.

E' però del tutto evidente che, ammettere (ancorché implicitamente e nel solo comma 9 dell'art. 23-bis, ai relativi fini) che possa darsi una società appartenente a Stati membri dell'Unione europea diversi dall'Italia, che, in Italia e/o all'estero, gestisca – direttamente o indirettamente - servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b) del medesimo art. 23-bis, non sarebbe senza conseguenze in rapporto alle disposizioni del medesimo art. 23-bis diverse da quelle contenute nel comma 9.

In particolare, questa conclusione condurrebbe a domandarsi come vadano intesi i neutrali e generici riferimenti al carattere pubblico del detentore di una quota del capitale sociale rinvenibili nell'ambito dell'intero art. 23-bis (*ex multis*, v. comma 3, ultima parte, e comma 8, lett. b, c, d). Se, cioè, debba ritenersi che detto carattere sia ravvisabile – si badi, ai fini dell'applicabilità delle disposizioni del medesimo art. 23-bis diverse da quelle contenute nel comma 9 – esclusivamente laddove il socio pubblico coincida con un'amministrazione pubblica locale (intesa, questa espressione, eventualmente anche in senso ampio: v. Cons. Stato, sez. III, parere n. 322 del 2007 e, sulla scorta di questo, Aut. Vigilanza contratti pubblici, parere n. 61 del 2007).

E' infatti evidente che, se la risposta fosse negativa, il socio pubblico cui ha riguardo – senza riferimenti ulteriormente circostanzianti – l'art. 23-bis, ben potrebbe coincidere con un ente pubblico territoriale diverso dallo Stato e dagli enti locali (in particolare, una Regione), oppure con lo Stato italiano, oppure ancora, infine, con uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia. Nel qual caso, la ricorrenza in concreto, nelle singole ipotesi, di siffatta forma di azionariato (pur sempre) pubblico avrebbe l'evidente effetto di far scattare anche in queste ipotesi l'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 23-bis, naturalmente ove sussistano i rispettivi (altri) presupposti di legge.

Si consideri altresì che, ove la risposta fosse invece di segno positivo, ne discenderebbe per un verso che, nonostante si tratti in tutti i casi di soci di natura pacificamente pubblica, alle disposizioni contenute nell'art. 23-bis, ad iniziare da quelle sugli obblighi di dismissione delle partecipazioni detenute, sarebbero assoggettati soltanto gli enti locali italiani soci, con esclusione non soltanto degli Stati membri dell'Unione europea diversi dall'Italia, bensì anche degli enti pubblici territoriali italiani diversi dagli enti locali, e, di riflesso, per altro verso, gli azionisti esclusi – nel senso appena indicato – andrebbero considerati, si ribadisce ai soli fini dell'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 23-bis, come non pubblici. Con la impegnativa conseguenza che un gestore il cui capitale (o quello di una sua controllante) fosse - in ipotesi - interamente diviso fra Stato e Regioni, o fra due o più Regioni, o fra uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia e una Regione italiana (ma le esemplificazioni potrebbero continuare, trattandosi di schema a geometria variabile), andrebbe considerato, agli effetti (o, se si preferisce, ai limitati effetti) delle disposizioni dell'art. 23-bis diverse da quelle contenute nel comma 9, come una società a capitale (interamente) privato.

Aggiungasi, infine, che anche accedere all'idea dell'applicazione (in via residuale) alla fattispecie di cui in premessa e a quelle similari dell'art. 23-bis, comma 8, lett. e), presupporrebbe inevitabilmente l'accettazione, quali necessari corollari, dell'idea, in primo luogo, che dette fattispecie ricadono in via naturale nell'ambito di applicazione dell'art. 23-bis, e, in secondo luogo, che il socio pubblico cui ha riguardo – senza riferimenti ulteriormente circostanzianti – l'art. 23-bis, ben potrebbe coincidere con un ente pubblico territoriale diverso dallo Stato e dagli enti locali (in particolare, una Regione), oppure con lo Stato italiano, oppure ancora, infine, con uno Stato membro dell'Unione europea diverso

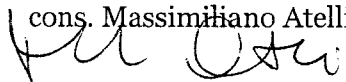
dall'Italia. Il che comporterebbe le conseguenze sopra illustrate, rimettendo per tal via in discussione la stessa possibilità di applicare, nell'ambito del citato comma 8, la lett. e) in luogo della lett. d).

Questa considerazione appare destinata ad assumere particolare importanza, nel caso sottoposto all'esame della Commissione, atteso che – ai sensi del vigente testo dell'art. 23-bis, comma 8, lett. d) – la cessazione, alla scadenza prevista nel contratto di servizio, dell'affidamento diretto in essere, è subordinata alla circostanza che la partecipazione pubblica si attesti, in ogni caso, ad una quota non superiore al 40 o al 30 per cento del capitale. Laddove, come nella specie, la partecipazione pubblica si collochi invece già al di sotto di queste soglie, per consentire all'affidamento di raggiungere la sua naturale scadenza non sarebbe dunque necessaria alcuna operazione di dimissione ove, si ripete (considerato che, alla data del 1° ottobre 2003, Y s.p.a. era partecipata da società quotata alla Borsa di Parigi nella quale lo Stato francese deteneva indirettamente una partecipazione), fosse chiarito il controverso punto dell'applicabilità dell'art. 23-bis alle società partecipate da enti pubblici territoriali anche diversi dagli enti locali italiani.

Tutto ciò premesso, ritiene la Commissione che il quadro normativo sin qui illustrato sia, nella parte che qui interessa, privo di quel grado di sufficiente univocità, in una direzione interpretativa o nell'altra, indispensabile per assicurare equilibrio e coerenza fra la ratio maggiormente verosimile della norma (nelle parti in cui si riferisce alla detenzione di una partecipazione da parte di non meglio specificati enti pubblici), e il tenore letterale di questa, nonché per consentire di fornire indicazioni che risultino utili (anziché possibile fonte di disorientamento) per amministrazioni pubbliche e operatori. In questa situazione - fermo restando che le dimissioni della partecipazione pubblica regolate dall'art. 23-bis, comma 8, si atteggiano ad onere piuttosto che ad obbligo giuridico in senso tecnico (avendole il legislatore configurate come accorgimento ad azionamento volontario ricorrendo al quale, nelle percentuali previste, può essere differita nel tempo la scadenza dell'affidamento in essere) - la Commissione ritiene di dover segnalare che, nell'interesse generale, sarebbe utile, nell'attesa di un intervento normativo di chiarificazione, avanzare apposita richiesta di parere al Consiglio di Stato, nelle forme e nei modi previsti dalla normativa vigente.

Il Relatore

cons. Massimiliano Atelli



Il Presidente

prof. ing. Roberto Passino

