

I servizi pubblici locali di interesse economico generale



1

Seminario Utilitatis – Roma, 10 maggio 2017

Assunzione, affidamento e modalità di gestione.
Profilo antitrust ed iscrizione albo società
in house dell'ANAC

Avv. Daniela Anselmi

Utilitatis
pro acqua energia ambiente

A&A
LAW & LAB
ANSELMIASSOCIATI

Introduzione

Le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di interesse economico generale devono rispettare i principi e le norme contenute sia nelle norme di settore, sia nel T.U. sulle società partecipate (quanto alle società miste e alle società in house), sia nel codice dei contratti pubblici di cui al Dlgs. n. 50/2016 (quanto alle concessioni ed alle società in house).

Le norme di settore spesso rinviano, in ordine alle modalità di affidamento, a quanto previsto nei principi e nelle direttive eurounitarie, nonché nella normativa nazionale, di talchè in tal caso troveranno applicazione sia le norme contenute nel Dlgs. n. 50/2016, che costituiscono attuazione delle direttive n. 23, 24 e 25 del febbraio 2014 sia il T.U. sulla società partecipate.

Ciò vale sia per il servizio idrico integrato, posto che l'art. 149 bis del Dlgs. n. 152/2006 rinvia espressamente alle normative comunitaria e nazionale in tema di affidamenti con gara e diretti a società in house, sia per il servizio di gestione integrata dei rifiuti, anche se l'art. 206 del Dlgs. n. 152/2006 fa esclusivo riferimento solamente a procedure con gara.

Recentemente il correttivo ha previsto (comma 27 quinquies dell'art. 216 del Dlgs. n. 50/2016) che alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione del servizio di distribuzione del gas naturale continuano ad applicarsi le disposizioni del Dlgs. n. 164/2000, in quanto compatibili con la parte III (e cioè quella dedicata alle concessioni) dell'art. 46 bis, commi 1, 2 e 3 del D.L. n. 159/2007, nonché dell'art. 4 del D.L. n. 69/2013. La durata, che comunque non può superare i 12 anni, deve essere determinata sulla base di quanto previsto dall'art. 168 del Dlgs. n. 50/2016.

Le disposizioni in materia di concessioni di cui al nuovo Codice (d.lgs. 50/2016)

- Disciplina delle concessioni → artt. 164 - 178
- **Art. 166** → principio di libertà di scelta della procedura di aggiudicazione del concessionario
- **Art 164** → si applicano per quanto compatibili le norme del Codice su:
 - ✓ principi generali
 - ✓ esclusioni
 - ✓ modalità di pubblicazione e redazione dei bandi
 - ✓ requisiti generali e speciali
 - ✓ motivi di esclusione
 - ✓ criteri di aggiudicazione
 - ✓ Modalità di comunicazione
 - ✓ requisiti di qualificazione
 - ✓ termini di ricezione delle offerte
 - ✓ subappalto (correttivo)
 - ✓ progettazione (correttivo)
 - ✓ collaudo e piani di sicurezza (correttivo)

Il nuovo Codice (2)

- **Art. 165** → definizione di:
 - **rischio operativo**
 - **equilibrio economico finanziario**
- ❖ **Rischio operativo** gravante su concessionario comporta che variazioni possano incidere, in condizioni operative normali, su investimenti, costi e ricavi
- ❖ Per raggiungere **equilibrio economico finanziario**, può essere previsto un contributo non superiore al 49% (correttivo) del costo dell'investimento oppure diritti di godimento di beni immobili la cui utilizzazione sia connessa all'opera affidata in concessione.

Il nuovo Codice (3)

- Il **piano economico finanziario** deve assicurare:
 - reperibilità sul mercato di risorse proporzionate ai fabbisogni;
 - sostenibilità di tali fonti;
 - congrua redditività del capitale investito.

- Il **contratto di finanziamento** deve essere perfezionato entro 12 mesi dalla sottoscrizione del contratto

Il nuovo Codice (4)

- **Art. 168** —————➔ **durata delle concessioni:** per quelle ultraquinquennali non può essere superiore al periodo di tempo necessario per recuperare gli investimenti insieme ad una remunerazione del capitale investito. Non è prevista durata massima (prima: 30 anni).

- Le concessioni non possono essere prorogate. Anche la direttiva non dice nulla al riguardo.

- **Art. 173** —➔ **criteri di aggiudicazione:**
 - richiamato l'art. 30 [co. 1]
 - possibilità di andare in deroga ad art. 95 (offerta economicamente più vantaggiosa) [co. 2]
 - interessante previsione per cui se viene proposta una soluzione innovativa, si può modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione delle offerte dandone comunicazione a tutti gli offerenti [co. 3]

Criticità

➔ **Art. 165 co. 6** —————> è prevista la **revisione** quando si altera l'equilibrio economico finanziario per fatti non imputabili al concessionario. Se non si raggiunge l'accordo sul riequilibrio, le parti possono recedere ed al concessionario spetta solo il valore delle opere realizzate, al netto degli ammortamenti e contributi pubblici.

Si era rilevata la disparità di trattamento rispetto a quanto previsto dall'art. 176 co. 3 e 4 che prevede in caso di annullamento d'ufficio per fatti non imputabili al concessionario, oltre al valore delle opere realizzate, anche un indennizzo a titolo di risarcimento pari al 10% delle opere ancora da eseguire. Inoltre, non è prevista nella revisione la possibilità di prorogare la durata della concessione, come era previsto dall'art. 143 co. 7 del d.lgs. 163/2006 per le concessioni di lavori.

Ora il correttivo richiama l'art. 176, Co. 3 e 4 (criticità superate)

Il correttivo ha poi previsto (art. 176) che in tutti i casi di cessazione del rapporto concessorio diversi dalla risoluzione per inadempimento del concessionario, il concessionario ha diritto a proseguire la gestione, incassando i relativi ricavi, sino al pagamento delle somme per il tramite del nuovo soggetto subentrato, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento.

La stazione appaltante, deve prevedere nel bando di gara il diritto degli enti finanziatori di subentrare al concessionario inadempiente.

Criticità (2)

- **Art. 175 co.1 lett. a)** —————> prevede che le concessioni possono essere modificate ma non possono essere prorogate

Non c'è nessun divieto in tal senso nella direttiva

- **Art. 175 co. 2** —> prevede un limite del 50% per l'eventuale aumento di valore in caso di plurime modifiche della concessione

La direttiva prevedeva tale limite per ciascuna modifica della concessione

Criticità (3)

- ➔ **Art. 177** —————➔ ha previsto, per i concessionari titolari di un affidamento diretto, l'obbligo di appaltare a terzi l'80% delle attività limitandosi a richiamare l'art. 7 sugli affidamenti ad imprese collegate (che riguarda solo i settori speciali) ed eliminando la possibilità che siano eseguiti direttamente dai concessionari.

La disciplina prevista per le società miste (art. 17) Riferimenti normativi

- **Art. 4 co. 1** d.lgs. 175/2016 → le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire, acquisire o mantenere partecipazioni in società per la produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali
- **Art. 4 co. 2** d.lgs. 175/2016 → nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire, acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento di alcune attività tra cui: c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio di interesse generale attraverso un contratto di partenariato ex art. 180 d.lgs. 50/2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui agli artt. 17 co. 1 e 2.

(segue) Riferimenti normativi

- ➔ Art. 17 co. 1 d.lgs. 175/2016 → nelle società costituite per le finalità di cui sopra, la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al 30%, la selezione del medesimo si svolge con procedure ad evidenza pubblica ex art. 5 co. 9 del d.lgs. 50/2016 ed ha ad oggetto, al contempo, la sottoscrizione della partecipazione societaria del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo della società mista (gara a doppio oggetto);
- ➔ Art. 5 co. 9 d.lgs. 50/2016 → nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste, la scelta del socio privato avviene con procedure ad evidenza pubblica.

Disciplina e tipologia di gara

Art. 17 d.lgs. 175/2016:

- bando di gara deve specificare l'oggetto di affidamento, i requisiti di qualificazione generali e speciali nonché tecnici ed economico finanziari dei concorrenti in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita nonché un criterio di aggiudicazione volto a garantire un vantaggio economico per l'amministrazione. I criteri di aggiudicazione possono includere aspetti qualitativi, ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione;
- all'avviso pubblico sono altresì allegati la bozza dello statuto, accordi parasociali, elementi essenziali del contratto di servizio, i disciplinari e i regolamenti di esecuzione;

Disciplina e tipologia di gara (2)

- la durata della partecipazione del socio privato non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto deve prevedere lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio;
- gli statuti della società per azioni possono contenere clausole in deroga agli artt. 2380 bis e 2409 novies c.c. al fine di consentire controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa (nonostante il socio privato sia operativo per definizione);
- gli statuti delle società per azioni possono prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni nonché di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato;

Disciplina e tipologia di gara (3)

- gli statuti delle società a resp. limitata possono attribuire ai soci pubblici e privati l'attribuzione di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società e la distribuzione degli utili ai sensi dell'art. 2468 co. 3 c.c. ed in deroga all'art. 2479 co. 1 c.c. può essere eliminata o limitata la competenza dei soci sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo;
- i patti parasociali possono avere una durata superiore ai 5 anni, in deroga ad art. 2341 bis co. 1 c.c. purchè entro i limiti di durata della società;
- la società può emettere azioni ex art. 2350 co. 2 c.c. e costituire patrimoni, o essere assoggettata a direzione e coordinamento di altre società per ottimizzare la realizzazione e gestione di opere e servizi non affidati simultaneamente (?).

Applicabilità del d.lgs. n. 50/2016

- Alle società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere ovvero la produzione di beni e servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza si applica la disciplina prevista dai TT.UU. sulle società partecipate e sui servizi pubblici e comunque non si applicano gli artt. 21 (programmazione), 70 (avvisi di pre-informazione) e 113 (incentivi per funzioni tecniche) —→ **art. 1 co. 3 d.lgs. 50/2016**
- Ai medesimi soggetti non si applicano comunque le disposizioni contenute nel d.lgs. 50/2016 se ricorrono le seguenti condizioni:
(segue...)

- La scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure ad evidenza pubblica;
 - Il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti per le prestazioni per cui la società è stata costituita;
 - La società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera e del servizio in misura superiore al 70% del relativo importo > art. 17 co. 6 d.lgs. 175/2016
- ➔ Per la selezione del socio privato, oltre alle disposizioni contenute nel d.lgs. 175/2016, si applica il d.lgs. 50/2016 a seconda che il contratto accessivo sia un appalto od una concessione.

Gli affidamenti in house - Norme generali

Art. 5 d.lgs. n. 50/2016

Legittima l'affidamento diretto del servizio pubblico locale di interesse economico generale ad una società totalmente pubblica a condizione che:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore eserciti sulla società un **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'**80% delle attività** della persona giuridica controllata sia effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore di cui trattasi;
- c) nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei Trattati, che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata;

Norme generali (2)

- d) Definizione di **controllo analogo**: è quello che esercita un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Il controllo può essere esercitato anche da una persona giuridica diversa, controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore;
- e) Definizione di **controllo analogo congiunto**: gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici od enti aggiudicatori partecipanti (singoli rappresentanti possono rappresentare anche più amministrazioni contemporaneamente), le amministrazioni devono essere in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative delle controllate; e quest'ultima non deve perseguire interessi contrari a quelli dei soggetti controllanti

Norme generali (3)

Art. 192 D.lgs. N. 50/2016

- Istituzione presso ANAC elenco amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti a proprie società *in house* ex art. 5.
- ANAC definisce requisiti, modalità e criteri di iscrizione (vedi Linee guida aventi carattere vincolante n. 7 del 17 febbraio 2017). La domanda di iscrizione consente di effettuare affidamenti diretti. Vi è obbligo di pubblicazione affidamenti diretti su profilo committente, sezione Amministrazione trasparente.
- Per l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza le stazioni appaltanti devono effettuare preventivamente la valutazione della congruità dell'offerta economica dei soggetti *in house*, motivando le ragioni del mancato ricorso al mercato, dei benefici per la collettività anche in relazione agli obiettivi di universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio ed ottimale impegno di risorse pubbliche.

Norme generali (4)

Linee guida ANAC del 17 febbraio 2017

- ✓ I soggetti legittimati a richiedere l'iscrizione nell'elenco sono le amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori che intendano procedere ad affidamenti diretti su organismi in house in forza di un controllo analogo diretto, invertito, a cascata o orizzontale nonché enti di governo degli ambiti territoriali ottimali con riferimento all'affidamento di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica;
- ✓ la presentazione della domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici ed agli enti aggiudicatori di effettuare, sotto la propria responsabilità, affidamenti diretti ad organismi in house;

Norme generali (5)

- ✓ ANAC procede alla verifica della sussistenza dei requisiti ex art. 5 d.lgs. n. 50/2016 ed ex artt. 4 e 16 d.lgs. n. 175/2016;
- ✓ il controllo analogo si attua attraverso tre modalità: ex ante, contestuale ed ex post;
- ✓ a titolo esemplificativo, sono idonei a configurare un controllo analogo:
 - divieto di cessione di quote a privati;
 - attribuzione all'amministrazione aggiudicatrice potere di nomina e revoca maggioranza componenti organi di gestione, amministrazione e di controllo, di poteri di direttiva, di indirizzo, potere di veto su eventuali modifiche dell'organismo partecipato e parere vincolante sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo della società;
 - vincolo per gli amministratori di rispettare prescrizioni impartite con controllo analogo;

Norme generali (6)

- ✓ accerta l'assenza di partecipazione di capitali privati, tranne quelle prescritte da norme di legge, che oltre l'80% del fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad esso affidati ed il rimanente solo al fine di conseguire economie di scala o recuperi di efficienza;
- ✓ per i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, l'accertamento sulla sussistenza dei requisiti deve tener conto delle disposizioni normative applicabili al caso concreto

Norme generali (7)

Art. 2 d.lgs. n. 175/2016

- contiene le definizioni di società in house, controllo analogo e controllo analogo congiunto.
 - ✓ **Società in house**: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo
 - ✓ **Controllo analogo**: la situazione in cui l'amministrazione esercita un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata;

Norme generali (8)

- ✓ **Controllo congiunto:** si esercita congiuntamente ad altre amministrazioni con le modalità dell'art. 5, co. 5 d.lgs. n. 50/2016.

***Attenzione!** Non confondere il controllo analogo con il controllo ex art. 2359 cod. civ., per il quale può essere richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo in applicazione di norme di legge, statutarie e patti parasociali.*

Norme generali (9)

Art. 4 d.lgs. n. 175/2016.

- Le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più attività tra quelle dichiarate ammissibili dall'art. 4 lett. a), b), c), d) ed e). (Il Consiglio di Stato, nel parere dell'8 marzo 2017, suggerisce che i vincoli dell'art. 4 sulle attività ammissibili riguardino sia l'80%, sia il 20%).

Norme generali (10)

Art. 16 D.lgs. n. 175/2016

- Le società in house possono ricevere affidamenti diretti di contratti pubblici solo se le amministrazioni proprietarie esercitano sulle stesse un controllo analogo od un controllo analogo congiunto se le amministrazioni proprietarie siano più di una.
- È previsto che gli statuti possano prevedere che i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali, di durata superiore ai 5 anni in deroga all'art. 2341 bis, co.1, cod. civ.
- Gli statuti devono, invece, prevedere che l'80% del fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad essi affidati dagli enti soci e che la produzione ulteriore e suddetto limite a favore di terzi sia consentito solo se permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società (occorre rilevare che tale limitazione non compare nella direttiva comunitaria né nel nuovo Codice dei contratti come affermato dal Consiglio di Stato nel parere dell'8 marzo 2017).

Norme generali (11)

- ➔ La violazione di tale previsione costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 cod. civ. e può essere sanata se entro tre mesi i contratti affidati direttamente siano dismessi e siano attivate procedure ad evidenza pubblica.
- ➔ In caso di rinuncia agli affidamenti diretti, la società può continuare la propria attività se ed in quanto sussistano i requisiti di cui all'articolo 4. A seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie ed i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo.
- ➔ Non è chiaro se la norma legittima le società in house con la presenza di privati (nel parere del Consiglio di Stato dell'8 marzo 2017 si suggerisce di specificare che il socio privato può essere solo finanziatore e ci vuole una gara)

Altre norme generali riguardanti (anche) gli affidamenti in house

Art. 34 D.L. n. 179/2012 (co. 20, 21 e 22) e art. 3 bis L. n. 138/2011

- ➔ L'affidamento del servizio pubblico locale di rilevanza economica deve essere effettuato sulla base di una **relazione**, pubblicata sul sito internet dell'ente offerente, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo nonché dei contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le eventuali compensazioni economiche.

Altre norme generali riguardanti (anche) gli affidamenti in house (2)

- Per gli affidamenti a società in house la relazione deve essere integrata sia con le previsioni contenute nel codice dei contratti e nel T.U. sulle società partecipate, sia con quanto previsto dall'art. 3 bis, co. 1-bis del D.L. n. 138/2011 (e cioè piano economico finanziario con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento in house, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni biennio. La stessa norma prevede che nel caso di affidamenti in house, gli enti locali devono procedere contestualmente ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario in house).

Altre norme generali riguardanti (anche) gli affidamenti in house (3)

- Gli affidamenti in essere non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013, pubblicando la relazione sopra menzionata. Per gli affidamenti per i quali non è prevista una data di scadenza, gli enti competenti devono procedere nel contratto di servizi. Il mancato adempimento comporta la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013.
- Gli affidamenti diretti assunti alla data del 31 dicembre 2004 a società a partecipazione pubblica già quotate in mercati regolamentati a tale data e a quelle da esse controllate alla medesima data, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio.

Altre norme generali riguardanti (anche) gli affidamenti in house (4)

- Gli affidamenti senza data di scadenza cessano il 31 dicembre 2020.
- Gli affidamenti diretti a società poste sotto il controllo di società quotate dopo il 31 dicembre 2004 a seguito di procedure non conformi ai principi eurounitari cessano il 31 dicembre 2018 o alla scadenza prevista nel contratto di servizio.