

Il recepimento delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni *Focus sui settori idrico-ambientali*

Dover Scalera

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ambito Soggettivo di applicazione. – 3. Il Rischio Operativo. – 4. I servizi di interesse economico generale e principio del Full Recovery Cost. – 4.1 *Il Servizio Idrico Integrato*. – 5. Modalità di Affidamento del SII. – 5.1 *Compatibilità tra affidamento concessione e trasferimento del rischio operativo*. – 5.2 *L'Affidamento in house providing del SII*. – 6. Il Servizio di Igiene Ambientale. – 6.1 *Affidamento del servizio di igiene Ambientale*. – 6.2 *Affidamento in concessione*. – 6.3 *Affidamento in house del servizio di igiene ambientale*. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Il presente lavoro di analisi è stato sviluppato tenendo conto che la Direttiva Concessioni è, diversamente dalla Direttiva 23/2014, di prima generazione, connotata pertanto dall'ampiezza dei margini di scelta degli stessi Stati membri sulle sue modalità attuative, sicché in fase di recepimento il legislatore nazionale è chiamato a valutare se disciplinare le concessioni con norme di carattere generale in linea con l'impostazione della Direttiva, o se, per contro, dettare norme di maggior dettaglio. Per questo aspetto, il presente scritto ha la finalità di evidenziare gli istituti della Direttiva concessioni che per una corretta applicazione delle nuove disposizioni europee richiedono uno specifico chiarimento normativo in fase di recepimento, con particolare attenzione ai settori idrico e ambientale.

In questa ottica, l'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva 23/2014 è riferibile alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori che operano nei settori ordinari (paragrafo 1 e art. 6 incluso dunque il settore dei rifiuti) e alle amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che svolgono una delle attività dell'allegato II (paragrafo 2 e art. 7) riferite ai settori speciali della direttiva 2014/25/UE – gas ed energia termica, elettricità, reti di trasporto, porti ed aeroporti, servizi postali e sfruttamento area geografica.

2. Ambito soggettivo di applicazione

La direttiva include sotto la definizione "concessioni" tutte le formule di partenariato contrattuale, introducendo una impostazione diversa da quella del Codice Appalti, che all'art. 3, comma 15-ter riunisce nella definizione generale dei contratti di partenariato pubblico privato una serie di contratti elencati tassativamente ma che non necessariamente corrispondono con la definizione di concessione comunitaria (concessione di lavori, di servizi, locazione finanziaria, contratto di disponibilità, affidamento a contraente generale, le società miste, ecc)

La Direttiva piuttosto che procedere ad una elencazione tassativa di fattispecie, predilige una definizione sostanziale (art. 5, ultimo capoverso dispone che *“l’aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di **un rischio operativo** legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato **della domanda o sul lato dell’offerta, o entrambi**”*), la cui caratteristica principale risiede nel trasferimento al concessionario di un **rischio operativo**.

3. Il cd. Rischio Operativo

Il rischio operativo può essere di natura economica e comportare la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati ed i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali anche se una parte del rischio resta a carico dell’amministrazione.

In altri termini affinché possa sussistere una concessione occorre che ci sia trasferimento del rischio operativo che può consistere in un **rischio di domanda** - legato alla circostanza che la fruizione di quel servizio possa avere un calo per l’insorgere nel mercato di un’offerta competitiva di altri operatori - ovvero in un **rischio dell’offerta**: tipico delle operazioni cd “fredde”, appunto senza rischio domanda a carico del concessionario, (ospedali, carceri, uffici pubblici), in cui le potenziali decurtazioni al canone pubblico versato dalla PA, per effetto di specifiche clausole contrattuali, dovrà essere tale da poter intaccare il recupero degli investimenti effettuati e i costi gestionali.

Di conseguenza la Direttiva prevede che l’applicazione di norme specifiche per la disciplina dell’aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore sollevasse l’operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati ed ai costi che l’operatore economico deve sostenere in relazione all’esecuzione del contratto.¹

Di contro, la nuova normativa comunitaria evidenzia il suo approccio sostanziale laddove prevede che *“alcuni accordi remunerati esclusivamente dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore dovrebbe configurarsi come concessione qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall’operatore per eseguire il lavoro e fornire il servizio dipenda dall’effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura”*. (Considerando 18 Direttiva).

In altri termini quando non si ravvisa il trasferimento di un rischio operativo l’applicazione di norme specifiche per la disciplina dell’aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata.

¹ L’art. 3, della Legge Delega Appalti recepisce la definizione di rischio operativo contenuta nelle Direttive del 2016 alla lettera uu) *«rischio operativo» il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile;*

In questa direzione l'art. 44 della Dir. 23/2014 impone agli Stati membri di mettere le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori nelle condizioni di porre termine alla concessione in vigenza della stessa se la CEG constata, nell'ambito di una procedura di infrazione ex art. 258 TFUE, che sia stata aggiudicata violando le disposizioni della direttiva e, quindi, in mancanza del trasferimento del rischio operativo.

Si tratta di un principio già affermato dalla giurisprudenza nazionale laddove è stata sancita la nullità di concessioni in deroga per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 cc (Contratto in frode alla legge) per il caso in cui sia prevista (in netto contrasto con lo schema normativo tipico) una remunerazione degli investimenti dei privati concessionari posta interamente a carico dell'amministrazione aggiudicatrice (cfr. Sentenza Tar Sardegna, n. 213 del 10 marzo 2011).²

4. Servizi di interesse economico generale e principio del Full recovery cost.

Ciò premesso in termini generali con riferimento al tema specifico del recepimento della Direttiva Concessioni per il Servizio idrico Integrato e per i servizi di Igiene ambientale, occorre valutare che i predetti servizi rientrano entrambi nella nozione di servizi di interesse economico generale accomunati da un sistema tariffario a copertura totale dei costi (cf. full recovery cost).

Tuttavia mentre per il servizio idrico integrato l'art. 12 della Direttiva 23/2014 prevede la sua esclusione dal campo di applicazione della disciplina delle concessioni, tale esenzione non riguarda il settore dei rifiuti il cui affidamento in concessione ricadrà, pertanto nell'ambito oggettivo di applicazione della nuova disciplina.

Ma procediamo con ordine.

4.1 Il Servizio Idrico Integrato

Con riferimento al servizio idrico, il Considerando 40 della Direttiva 23/2014 ne ha previsto la esclusione dall'applicazione della nuova Direttiva Concessioni, in considerazione del fatto che le concessioni nel settore idrico sono spesso soggette a regimi specifici e complessi che richiedono una particolare considerazione data l'importanza dell'acqua quale bene pubblico di valore fondamentale per tutti i cittadini dell'Unione, per cui *“Le caratteristiche particolari di tali regimi giustificano*

²Con la sentenza in rassegna il TAR ha statuito che Il contratto di concessione in esame si deve qualificare, infatti, come ***contratto nullo per la illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 (Contratto in frode alla legge) del codice civile.*** L'operazione negoziale ed economica conclusa all'esito della procedura di affidamento in esame, si caratterizza per costituire uno strumento con il quale si elude l'applicazione delle norme e dei principi che disciplinano la concessione di lavori pubblici e il project financing, facendo conseguire alle parti un risultato precluso dall'ordinamento. E ciò – si ribadisce – attraverso la previsione (in netto contrasto con lo schema normativo tipico) di una remunerazione degli investimenti dei privati concessionari posta interamente a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che si verifichi quella traslazione in capo ai privati del rischio economico e gestionale (elemento essenziale dello schema contrattuale del project financing) collegato alla svolgimento dei servizi erogati attraverso le opere pubbliche realizzate, in modo tale che il rientro e l'adeguata remunerazione dei capitali investiti siano assicurati dalla redditività dell'iniziativa economica intrapresa.

le esclusioni nel settore idrico dall'ambito di applicazione della Direttiva Concessioni".

La specifica esclusione è pertanto dettata dall'esigenza di rispettare al massimo grado le scelte di politica legislativa adottate dai singoli Stati membri in merito alle possibili modalità di organizzazione e gestione di queste attività.

Di conseguenza l'art. 12 della Direttiva inserisce gli affidamenti nel settore idrico tra le "esclusioni specifiche" prevedendo che la disciplina sulle concessioni non si applichi alle concessioni aggiudicate:

- a) per fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione il trasporto o la distribuzione di acqua potabile;
- b) alimentare tali reti con acqua potabile.

Inoltre la Direttiva non si applica quando sono collegate ad una delle predette attività, ai progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio in cui il volume di acqua destinato all'approvvigionamento d'acqua potabile rappresenti più del 20% del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione.

Ma quale sia l'effetto di questa esclusione e l'impatto che tale esclusione comporta in sede di recepimento delle Direttive è l'oggetto della presente riflessione, che necessita di un breve excursus sulla recente evoluzione della normativa nazionale sul cd. servizio idrico.

Come noto l'introduzione del concetto di "servizio idrico integrato" si deve alla legge 5 gennaio 1996, n. 36, nota come "legge Galli", il cui impianto è stato recepito sostanzialmente nel Codice dell'ambiente. Questa legge per la prima volta ha disciplinato in maniera organica il settore, individuando negli ambiti territoriali ottimali il livello (di governo) più efficiente per la gestione dei servizi compresi nella definizione di servizio idrico integrato inteso come "*l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue*" (art. 141 comma 2, dlgs 152/2006)

I successivi sviluppi normativi hanno ricondotto la disciplina relativa alle forme di organizzazione e gestione del servizio idrico a quella generale dei SPL di rilevanza economica (art. 113 TUEL) e determinato il progressivo superamento del modello di gestione tramite azienda speciale sostituito dal modello della società *in house*.

L'assimilazione agli altri servizi pubblici di interesse economico generale, ha comportato anche per il settore dell'idrico una progressiva tendenza alla privatizzazione del settore, interrotta dall'esito del referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011, indetto principalmente allo scopo di ripristinare la gestione pubblica diretta del servizio di erogazione dell'acqua e che ha determinato, l'abrogazione integrale dell'art. 23 bis del D.L. 25 giugno 2008, n. 112 convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, il quale aveva stabilito che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali dovesse avvenire in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica ovvero a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenisse mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, ma che avessero specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio fosse attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

La abrogazione referendaria dell'art. 23 bis ha espunto dall'ordinamento l'impostazione normativa che ha tentato di privilegiare l'esternalizzazione dei servizi

pubblici locali rispetto alla gestione diretta mediante società pubblica interamente partecipata dall'ente locale.

Anche il successivo tentativo del legislatore di reintrodurre una norma di favore per la gestione privatistica, operato con l'art. 4 del D.L. 138/2011 (anch'esso dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sent. 199/2012 per violazione dell'art. 75 Cost. in quanto contrastante con la volontà popolare espressa con il referendum del 2011) teneva espressamente escluso il servizio idrico integrato (art. 4, comma 37).

La norma appena richiamata e bocciata dalla Corte Costituzionale, aveva infatti riproposto un regime speciale per il settore idrico, differenziandolo dalla disciplina generale dei SPL di rilevanza economica: Con la sentenza n. 199/20120 la Corte cost. ha peraltro prodotto l'effetto di ripristinare l'unicità del regime normativo applicabile ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, assimilando al servizio idrico integrato le altre tipologie di SPL.

L'ultimo intervento in materia è stato quello dell'art. 7 del D.L. 12 settembre 2014, n. 133 convertito dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, con il quale il legislatore ha da un lato abrogato l'art. 150 del Codice dell'Ambiente il quale privilegiava forme di privatizzazione del servizio ed ha introdotto l'art. 149 bis, ai sensi del quale, "L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimali".

Dal canto suo Direttiva 23 non ha voluto entrare nel merito dei regimi giuridici di gestione ed erogazione delle risorse idriche, assumendo una posizione neutrale rispetto alle diverse forme di governo del servizio idrico individuate dagli Stati membri, anche se trattasi di una esclusione "temporanea", in considerazione del fatto che al considerando 84 e all'art. 53, secondo comma, è demandato alla Commissione europea il compito di valutare gli effetti economici sul mercato interno della esclusione dalla disciplina delle concessioni del servizio idrico, e di trasmettere una relazione in proposito al Parlamento europeo e al Consiglio entro il 18 aprile 2019.

In questo quadro normativo dove il legislatore nazionale richiama ai principi comunitari e la normativa comunitaria non vuole entrare nel merito delle forme di organizzazione del servizio idrico da parte degli enti di governo, deve ritenersi che come per gli altri servizi di rilevanza economica, la scelta della amministrazione aggiudicatrice, è realizzabile secondo le tre forme di organizzazione e gestione già previste dall'art. 23 bis del D.L. 112/2008 e già dal comma 5 dell'art. 117 del TUEL (comma abrogato dal D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168) ossia:

- affidamento in concessione ad operatori economici privati individuati con procedura competitiva ad evidenza pubblica (senza obbligo di applicazione delle disposizioni di cui alla Direttiva 23/2014)
- affidamento a società mista;
- affidamento a società in house.

5. Modalità di affidamento del SII

Ferma restando la possibilità di scelta tra le predette forme di organizzazione, non può trascurarsi di considerare che le novità introdotte dalla Direttiva Concessioni avranno un sicuro effetto sulle scelte delle Autorità di governo tra una forma di organizzazione e l'altra.

5.1 *Compatibilità tra affidamento concessione e trasferimento del rischio operativo*

Innanzitutto si pone il tema della compatibilità tra l'affidamento in concessione con l'indefettibile trasferimento di rischio operativo, ed il sistema di tariffazione basato sul cd. full cost recovery.

Assume in merito rilevanza centrale l'art. 154, comma 1°, del Codice dell'ambiente, il cui testo è stato modificato a seguito dell'esito positivo (accoglimento) del referendum abrogativo di parte del comma medesimo dal quale sono state espunte le parole "dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito", sicché il testo attuale è il seguente:

"1. La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio <<chi inquina paga>>. Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo".

Tuttavia, la eliminazione della adeguata remunerazione del capitale investito non priva di natura economica la gestione del servizio idrico integrato, la cui natura di servizio economico è stata ribadita successivamente alla modifica dell'art.154, da numerose sentenze della Corte Costituzionale la quale ha ribadito la natura di servizio economico, del SII, soggetto in quanto tale alle regole della concorrenza, confermando così la necessità della copertura integrale dei costi (cfr. ad esempio, Corte Costituzionale n. 67/2013; sentenza del Tar Lombardia sentenza n. 778/2014).

Peraltro, sul punto la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 26/2011 con la quale ha dichiarato l'ammissibilità del referendum abrogativo ha affermato che la scomparsa del riferimento alla remunerazione del capitale investito non implica la perdita di rilevanza economica del Servizio idrico, posto che affinché sussista la rilevanza economica, è richiesto unicamente che l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico, ovvero sia in una prospettiva di recuperare almeno i costi mediante i ricavi.

D'altronde, il principio del c.d. full cost recovery trova esplicito fondamento normativo non solo a livello nazionale (così i già citati articoli 154 del Codice dell'ambiente, il DPCM 20.7.2012 e l'art. 10 del DL 70/2011), ma anche comunitario.

In tal senso l'art. 9 della direttiva della Comunità Europea 2000/60/CE, che enunciava il principio del recupero dei costi dei servizi idrici, demandava agli Stati

membri, entro il 2010, di provvedere a un adeguato contributo al recupero dei costi dei servizi idrici, sulla base dell'analisi economica effettuata secondo l'allegato III alla direttiva medesima [così testualmente l'allegato: <<L'analisi economica riporta informazioni sufficienti e adeguatamente dettagliate (tenuto conto dei costi connessi alla raccolta dei dati pertinenti) al fine di: a) effettuare i pertinenti calcoli necessari per prendere in considerazione il principio del recupero dei costi dei servizi idrici, di cui all'articolo 9,... >>].

Non può pertanto negarsi che nel settore idrico l'esistenza del principio della copertura integrale dei costi, sia essenziale all'economicità della gestione, vale a dire all'autosufficienza della stessa, che si raggiunge attraverso l'equilibrio fra i costi dei fattori produttivi ed i ricavi risultanti dalla gestione.

Come conciliare allora la copertura integrale dei costi con il trasferimento del rischio operativo quale elemento costitutivo caratteristico del contratto di concessione ex Direttiva 2014/23/UE?

Innanzitutto in considerazione della esclusione del servizio idrico dall'ambito di applicazione della Direttiva concessioni la questione di compatibilità in merito alla disciplina nazionale della tariffa può assumere rilievo solo in vista del monitoraggio della Commissione sull'impatto economico della esclusione. In ogni caso, in fase di recepimento si rende necessario valutare l'introduzione di una normativa speciale per le concessioni del settore idrico che analogamente a quanto previsto oggi dall'art. 30 del Codice, confermi l'applicazione dei principi del trattato.

5.2 L'Affidamento In House del SII

Gestione del servizio idrico tramite società in house. L'art. 149 bis, comma 1, secondo periodo, del Codice dell'ambiente, nel contemplare testualmente il modello della gestione tramite società interamente pubbliche (comunque partecipate dagli enti ricadenti nell'ambito territoriale ottimale), prescrive che le stesse debbano possedere i requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house. In forza di questo rinvio appare pacifico che i requisiti in argomento saranno quelli individuati dall'art. 17, paragrafi da 1 a 3, della Direttiva concessioni, una volta recepiti, in quanto l'esclusione disposta dall'art. 12 non dovrebbe riguardare anche questa norma, parimenti finalizzata ad individuare le ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione della Direttiva 2014/23/UE.

Ciò detto, occorre ricordare che nelle generazioni di Direttive del 2014 viene privilegiato un **approccio neutro** rispetto alle modalità con le quali le Amministrazioni pubbliche decidono di espletare i loro compiti di interesse pubblico, anche ricorrendo all'in house providing che perde definitivamente la connotazione di eccezione per divenire l'espressione di un principio generale, ben conosciuto sia nel diritto comunitario che nell'ordinamento nazionale, che consente di fare un salto di qualità in termini di attrattività finanziaria, effettività delle realizzazioni e trasparenza nei confronti dei cittadini.

Ciò premesso, va rammentato che l'art. 17 della Direttiva 23/2014 ridefinisce i parametri dell'in house prevedendo che una amministrazione aggiudicatrice possa aggiudicare un appalto pubblico senza applicare la normativa sull'evidenza pubblica se ricorrono i seguenti elementi concorrenti:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; e

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata

Il motivo che ha spinto ad una codificazione nella Direttiva delle condizioni di affidamento degli appalti in house è quello di riparare alla notevole incertezza giuridica circa la natura in cui i contratti conclusi tra enti del settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici che vengono interpretate in maniera difforme nei vari Stati Membri (Considerando 31 Direttiva 24/2013).

In merito alla possibilità di affidamento in house del SII, occorre innanzitutto chiarire se sia consentito agli Stati Membri di ampliare o restringere le condizioni definite dalle nuove Direttiva in maniera . Per quanto riguarda la facoltà di rendere meno severe le regole dell'in house essa va senz'altro esclusa poiché la disciplina contenuta nelle Direttive del 2014 va considerata un compromesso tra autodeterminazione delle PA e tutela dei principi di concorrenza. Ne discende, dunque, che gli Stati Membri sono tenuti a recepire gli art. 12 della Direttiva 24 e 17 della Direttiva 23, poiché attendendo all'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo della disciplina comunitaria si tratta di materia sottratta alla facoltà di recepimento degli Stati Membri.

Quanto alla possibilità di rendere più severe le condizioni di ammissibilità dell'in house, vale invece considerare che le nuove disposizioni recepiscono le indicazioni della Giurisprudenza comunitaria sul tema, fatta eccezione per la quantificazione dell'attività prevalente (80%) e per la ammissibilità della presenza di privati nell'ente affidatario.

Ora sulla quantificazione della cd. attività prevalente va rammentato che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul cd. requisito della «attività prevalente» ha indicato quale elemento necessario per la sussistenza della relazione *in house* che l'ente controllato «realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (sentenza Teckal, 18 novembre 1999, in C-107/98, par. 50).

Successivamente, il requisito in questione è stato oggetto di un ulteriore chiarimento da parte della Corte di Giustizia nella sentenza cd. Carbotermo, 11 maggio 2006, in C-340/04, che ha precisato che «si può ritenere che l'impresa in questione svolga la parte più importante della sua attività con l'ente locale che la detiene, ai sensi della menzionata sentenza Teckal, solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale.»

La specificazione contenuta nella direttiva ha l'effetto di sottrarre all'incertezza interpretativa ed applicativa che si è generata negli Stati Membri per stabilire quale sia la quantità "giusta" dell'attività prevalente.

Per l'affidamento del Servizio Idrico Integrato in house, ferma la sussistenza del cd "controllo analogo", in fase di recepimento la percentuale dell'80% deve ritenersi un limite incomprimibile apprezzato dal legislatore comunitario come minimo sufficiente per giustificare l'effettività di un legame interorganico³.

Una riflessione differente va invece fatta in particolare per quanto riguarda la presenza di privati naturalmente senza poteri.

Infatti, con riguardo alla possibile partecipazione dei privati all'interno delle società affidatarie, è la stessa Direttiva a prevedere una garanzia a favore degli Stati; infatti l'eccezione della presenza dei privati nell'ente affidatario è consentita solo se è prevista dal legislatore nazionale. In altri termini, la Direttiva subordina tale possibilità alla circostanza che il legislatore nazionale l'abbia previsto in una legge.

Ebbene per quanto attiene il Servizio Idrico Integrato, il richiamato art.149 bis prevede che *"L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale"* con la conseguenza che, in presenza di una tale limitazione nella normativa interna di disciplina degli affidamenti del servizio idrico integrato, deve escludersi la presenza di privati.

6. Il Servizio di Igiene Ambientale

6.1 Affidamento del servizio di igiene Ambientale

Per quanto attiene al settore dei Rifiuti, va rammentato che la gestione dei rifiuti costituisce anch'essa "attività di pubblico interesse" ai sensi dell'art. 177, comma 2, D.Lgs. n. 152 del 2006; che per "gestione integrata dei rifiuti", ai sensi dell'art. 183, comma 1, lettera ll), si intende "il complesso delle attività, ivi compresa quella di spazzamento delle strade come definita alla lettera oo), volte ad ottimizzare la gestione dei rifiuti" e che lo spazzamento è una "modalità di raccolta dei rifiuti mediante operazione di pulizia delle strade, aree pubbliche e aree private ad uso pubblico escluse le operazioni di sgombero della neve dalla sede stradale e sue pertinenze, effettuate al solo scopo di garantire la loro fruibilità e la sicurezza del transito".

Sul piano tariffario va osservato che anche per questi servizi, con la TARI è attualmente è garantita (comma 654 dell'art. 1 L. 147 del 2013) *"la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio relativi al servizio"* compresi i costi di gestione e post-gestione delle discariche (art. 15 del D.Lgs. n. 36 del 2003) e i mancati ricavi relativi ai crediti inesigibili (comma 654-bis).

³ Si consideri che con Ordinanza di rimessione 4793/2015 alla Corte di giustizia, il CDS ha rimesso alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

a) «se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento all'attività imposta da un'amministrazione pubblica non socia a favore di enti pubblici non soci».

b) «se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento agli affidamenti nei confronti degli enti pubblici soci prima che divenisse effettivo il requisito del cd. controllo analogo».

Quanto alle modalità di affidamento l'art. 202 del Codice dell'Ambiente prevede che *"l'Autorità d'ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie secondo la disciplina vigente in tema di affidamento dei servizi pubblici locali"*.

Come anticipato, la disciplina vigente in materia di servizi pubblici locali a livello nazionale rinvia a quella comunitaria che allo stato, anche in considerazione del principio di libera amministrazione di cui all'art. 2 della Direttiva 23/2014, consente alle PA di scegliere il modello organizzativo più congeniale, tra l'affidamento in concessione, il ricorso a società mista ovvero all'affidamento in house.

6.2 Affidamento in concessione.

Ripercorrendo le considerazioni esposte in precedenza con riferimento al settore idrico, **con riguardo all'affidamento in concessione**, valgono i dubbi di compatibilità tra un sistema tariffario di full recovery cost e di trasferimento del rischio operativo quale elemento costitutivo caratteristico del contratto di concessione ex Direttiva 2014/23/UE la cui disciplina è in questo caso, a differenza che per il settore idrico, integralmente applicabile ai servizi di igiene ambientale in quanto attività ricadente nei settori ordinari.

Se è vero che sia nella Direttiva che nel Codice si parla di "rischio operativo" nel caso in cui, *"in condizioni operative normali non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione"* di talché potrebbe pensarsi escluso il settore dei servizi pubblici di interesse economico generale in cui vengono praticate tariffe amministrate, in ogni caso potrebbe costituire una utile soluzione di tipo organizzativo contrattuale, il mantenimento della riscossione della tariffa in capo all'Ente di governo, con espressa previsione nei relativi contratti di servizio della possibilità di applicare penali e/o sanzioni in caso di inadempimento o laddove il livello di efficienza e di affidabilità del servizio scenda al di sotto di standard predefiniti.

La nuova Direttiva impone, infatti, non solo il trasferimento del rischio ma anche la capacità di decurtare gli importi dovuti o escutere le garanzie laddove tale rischio si verifichi.

Infatti, solo prevedendo che la potenziale perdita del concessionario non sia puramente nominale, si assicura una effettività del trasferimento del rischio operativo in conformità a quanto previsto dall'art. 5 paragrafo 1 della Direttiva, mentre appaiono strumenti elusivi dell'obbligo di trasferire il rischio operativo a carico del privato concessionario le previsioni per cui:

a) i canoni da corrispondere al concessionario non possono essere decurtati al di sotto dei c.d. minimi garantiti, valore che in genere coincide con la rata di restituzione del debito contratto con gli istituti di credito;

b) quando ci siano delle clausole contrattuali che pongono un limite irragionevole alle penali a carico del concessionario, consentendo ad esempio di decurtare solo l'utile;

c) quando vengono richieste alla PA in modo diretto delle fideiussioni omnibus a garanzia

del debito contratto dal concessionario;

d) quando vengono pattuiti dei pagamenti della PA al concessionario a fronte dei quali l'affidatario della concessione non rende alcun servizio o rende dei servizi non esposti ad alcun tipo di rischio.

6.3 L'Affidamento in house del Servizio di Igiene Ambientale

Quanto **all'affidamento in house**, esso è consentito alle condizioni di cui all'art. 17 della Direttiva, previa verifica della sussistenza dei presupposti ivi indicati:

- controllo analogo (la mano pubblica detiene la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa; controllano la maggioranza dei voti cui hanno diritto le azioni emesse; possono designare più la metà dei membri dell'organo di amministrazione direzione o vigilanza);
- attività prevalente nella misura dell'80%
- detenzione del capitale in mano pubblica, ovvero la presenza di privati naturalmente senza poteri di influenza.

L'art. 17 della Direttiva legittima anche il cd. in house a cascata laddove al comma 3, si prevede che *"le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori di cui all'art. 7 lett. a) esercitano congiuntamente il controllo su una persona giuridica qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni....."*:

i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti;

ii) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e

iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

Rimane da chiarire se ed in quali termini i soggetti concessionari siano a loro volta tenuti all'applicazione delle norme sugli appalti pubblici.

A tale riguardo con riferimento alle concessioni di servizi, peraltro espressamente escluse dall'applicazione della previgente Direttiva e pur in assenza di una puntuale indicazione della norma comunitaria sul punto, la scelta operata dal legislatore nazionale è stata quella di vincolare all'osservanza di specifiche disposizioni del Codice dei contratti, gli affidamenti di lavori pubblici disposti dai concessionari di servizi (senza operare distinzioni tra amministrazioni aggiudicatrici e soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici), a condizione che detti lavori siano strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventino di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice (art. 32, comma 1, lett. f).

Nella nuova direttiva gli appalti dei concessionari sono regolamentati unicamente nell'art. 42, relativo al subappalto. Nella Direttiva 2004/18/CE, l'istituto del subappalto era trattato al fine di riconoscere alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di imporre al concessionario (senza distinguere tra concessionari amministrazioni aggiudicatrici e concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici) l'obbligo di affidare a terzi almeno il 30 per cento dei lavori oggetto della concessione ovvero di invitare i candidati concessionari a dichiarare nell'offerta la percentuale che intendono affidare a terzi.

Nell'art. 42, paragrafo 2, questa disposizione non è più riproposta.

Ora, per quanto di interesse ai fini della delimitazione del campo applicativo delle nuove Direttive appalti, si tratta di chiarire, anche in fase di recepimento, se gli affidamenti del concessionario espressamente regolati nella Direttiva del 2004 e per contro non considerati dal legislatore europeo del 2014, siano da ricondurre interamente alla disciplina del subappalto.

In tal caso, dalla disposizione di cui all'art. 42, paragrafo 2, laddove si prevede che nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore possano chiedere (o possano essere obbligati dallo Stato membro a chiedere) all'offerente o candidato di indicare i subappaltatori proposti, sembra desumersi il venir meno della natura pubblicistica degli affidamenti del concessionario, attesa l'incompatibilità di siffatta previsione con l'indicazione della Direttiva del 2004 di applicare agli affidamenti del concessionario che non è un'amministrazione aggiudicatrice le norme sulla pubblicità dei bandi di cui all'art. 64 di detta Direttiva.

A conferma di tale conclusione occorre evidenziare che il considerando 22 della Direttiva prevede che *"che gli enti che non sono né enti aggiudicatori ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), né imprese pubbliche sono soggetti alle disposizioni della presente direttiva solo nella misura in cui esercitano una delle attività interessate sulla base di detti diritti. Tuttavia, essi non saranno considerati enti aggiudicatori se tali diritti sono stati concessi per mezzo di una procedura basata su criteri oggettivi, in particolare ai sensi della legislazione dell'Unione, e alla quale sia stata assicurata un'adeguata pubblicità."*

7. Conclusioni

La nuova Direttiva delinea un nuovo modello contrattuale omogeneo e confrontabile negli Stati Membri che dovrebbe consentire di fare un salto di qualità in termini di attrattività finanziaria, effettività delle realizzazioni e trasparenza nei confronti dei cittadini.

Se da un lato il trasferimento del rischio operativo rende più congeniale la soluzione organizzativa della società mista con gara a doppio oggetto, dall'altro dovrebbe cogliersi l'opportunità della nuova normativa per valorizzare grazie alla nuova definizione di in house, la presenza di la presenza di soci meramente finanziari nelle società in house.

Andrebbe inoltre chiarito se la quotazione per le modalità con la quale avviene e per la presenza di controlli stringenti da parte di Antitrust e Consob, possa o meno essere annoverata tra le modalità legittime di privatizzazione con conseguente eliminazione dei vincoli di operatività delle società in house in considerazione della previa obbligatoria presenza di capitale interamente pubblico.