

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA
PROFESSORE ORDINARIO
NELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA

40121 BOLOGNA - VIA G. AMENDOLA, 8
TEL. 051 - 422 08 35 051 - 24 16 34

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI
DOCENTE INCARICATO
NELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA

Bologna, 10 ottobre 2007

**Effettuazione di lavori strumentali alla gestione del servizio idrico integrato da parte di Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. consorziate in AETA scarl.
Parere.**

1. La situazione di riferimento.

Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a., Egea s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. hanno costituito la società consortile AETA scarl, in applicazione di apposito accordo ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 sottoscritto con l'Autorità d'Ambito n. 4 "Cuneese".

In sostanza, AETA scarl coordina lo svolgimento dei servizi idrici oggi materialmente eseguiti dalle società operative Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. (in regime di continuità rispetto al passato e per il periodo di tempo specificato nell'accordo). Infatti, a quanto è stato riferito, Egea s.p.a. ha trasferito il ramo d'azienda riguardante il servizio idrico integrato in favore di Alpi Acque s.p.a.

Siccome gli atti che regolano i rapporti con l'Autorità d'Ambito (v. ad esempio il disciplinare tecnico allegato al menzionato accordo sottoscritto ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990) assegnano alle sopra elencate società altresì il compito di occuparsi della realizzazione dei lavori connessi alla gestione dei servizi idrici, è stato chiesto se esse vi possono o meno procedere

ricorrendo alle capacità di cui dispongono, interne al gruppo.

Le questioni sottese al quesito sottoposto vengono esaminate nei paragrafi che seguono.

2. La realizzazione dei lavori strumentali all'erogazione del servizio idrico integrato.

Preliminarmente si osserva che gli atti dell'Autorità d'Ambito che incaricano il gestore (anche) della realizzazione dei lavori e delle opere strumentali all'espletamento dei servizi idrici da esso espletati, risultano coerenti con la normativa di settore.

Infatti, l'art. 149 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 prevede che il gestore del servizio idrico integrato assicura, oltre al servizio all'utenza, *«la realizzazione del programma degli interventi»* (comma 5°), il quale *«individua le opere di manutenzione straordinaria e le nuove opere da realizzare, compresi gli interventi di adeguamento di infrastrutture già esistenti, necessarie al raggiungimento almeno dei livelli minimi di servizio, nonché al soddisfacimento della complessiva domanda dell'utenza. Il programma degli interventi, commisurato all'intera gestione, specifica gli obiettivi da realizzare, indicando le infrastrutture a tal fine programmate e i tempi di realizzazione»* (comma 3°).

Peraltro, la norma appena riportata non si occupa delle procedure che il gestore del servizio pubblico deve osservare per quanto riguarda la realizzazione dei lavori e delle opere strumentali all'erogazione del servizio stesso. In relazione al quesito sottoposto, rimane pertanto da verificare se l'affidatario dei servizi idrici abbia la possibilità di effettuare i lavori connessi (alla gestione del servizio pubblico) in proprio o tramite enti strumentali (in

house) ovvero se, al contrario, l'ordinamento preveda, a carico di tale soggetto, l'obbligo della relativa esternalizzazione.

3. L'esecuzione dei lavori da parte dei gestori del servizio idrico integrato.

In ordine alla materia oggetto del quesito risultano vigenti due norme: si tratta dell'art. 113, comma 5 ter del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (t.u. enti locali) e dell'art. 218 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici).

La prima disposizione concerne l'esecuzione dei lavori strumentali alla gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica in genere, tra i quali rientrano anche i servizi idrici. La seconda norma riguarda gli appalti di lavori, servizi e forniture dei c.d. enti aggiudicatori (tra i quali ricadono i soggetti titolari "di diritti speciali od esclusivi" concessi loro dalla competente Autorità amministrativa) ⁽¹⁾ che, tra l'altro, effettuano la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile ovvero l'alimentazione di tali reti.

Nei paragrafi che seguono si procede all'esegesi di entrambe le norme sopra richiamate, al fine di individuarne l'esatto contenuto dispositivo ed il relativo campo di applicazione. Tale analisi costituisce il presupposto delle

⁽¹⁾ Gli affidatari della gestione di servizi idrici sono titolari di diritti speciali ed esclusivi: questi ultimi consistono infatti nei «*diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di un'attività di cui agli articoli da 208 a 213 e di incidere sostanzialmente sulla*

ulteriori osservazioni, svolte ai paragrafi 5. e seguenti, in base alle quali risulta ragionevole l'applicazione, nel caso di specie, dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici invece che dell'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali.

4. L'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali. Esegesi della norma.

Per quanto rileva in questa sede, l'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali disciplina due distinte fattispecie:

i) la prima ricorre qualora la gestione della rete sia stata affidata dagli enti locali senza previo esperimento di gara ad evidenza pubblica: in tal caso, i soggetti gestori dei servizi pubblici provvedono all'esecuzione dei lavori esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica, ovvero in economia nei limiti di cui all'art. 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (oggi art. 125 del Codice dei contratti pubblici) e dell'art. 143 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

ii) L'erogatore del servizio pubblico può invece eseguire direttamente i lavori se l'affidamento della gestione della rete è avvenuto con gara e tale gara ha specificamente avuto ad oggetto anche l'esecuzione dei lavori connessi alla gestione della rete stessa.

Al contrario, se la gara ha riguardato unicamente la gestione del servizio pubblico o delle rete, si ritorna alla fattispecie di cui al p.to i) e pertanto chi effettua il servizio pubblico deve appaltare i lavori a terzi con le

capacità di altri soggetti di esercitare tale attività» (art. 207, comma 2° del Codice dei contratti pubblici).

procedure previste dalla normativa vigente. Alla medesima conclusione occorre pervenire nel caso in cui gli atti di gara non disciplinino in maniera puntuale (assieme allo svolgimento dei servizi idrici) i lavori da realizzare, limitandosi a richiamarne l'esecuzione in maniera del tutto generica, quale compito accessorio alla gestione del servizio pubblico: in questa ipotesi non si potrebbe sostenere che la gara ha avuto ad oggetto, allo stesso modo, la gestione del servizio pubblico e la realizzazione dei lavori, sicché questi ultimi, in base all'art. 113, comma 5 ter del d.lgs. n. 267 del 2000, debbono obbligatoriamente venire esternalizzati.

4.1. L'art. 218 del Codice dei contratti pubblici. I c.d. appalti infragruppo di cui al comma 2°.

Quanto all'art. 218 (di cui alla Parte III) del Codice dei contratti pubblici, esso presenta un contenuto assai articolato.

Si premette che la norma ha un ambito oggettivo di applicazione limitato ai settori speciali di rilevanza comunitaria. Per ciò che rileva in questa sede, l'ambito oggettivo riguarda la gestione del servizio di acquedotto o dell'intero servizio idrico integrato, come meglio si spiegherà più avanti.

In particolare, in base a tale norma ⁽²⁾:

⁽²⁾«1. Ai fini del presente articolo "impresa collegata" è qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma degli articoli 25 e seguenti del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127 o, nel caso di enti non soggetti a tale decreto, qualsiasi impresa su cui l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante ai sensi dell'articolo 3, comma 28 del presente codice o che possa esercitare un'influenza dominante sull'ente aggiudicatore o che, come quest'ultimo, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti

a) Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. potrebbero affidare ad un'impresa, collegata a ciascuna di esse, lo svolgimento dei lavori connessi ai servizi idrici gestiti.

b) l'affidamento dei lavori potrebbe essere disposto altresì da una associazione, consorzio o impresa comune, a-

di proprietà, di partecipazione finanziaria ovvero di norme interne. // «2. Alle condizioni previste dal successivo comma 3, il presente codice non si applica agli appalti stipulati: // a) da un ente aggiudicatore con un'impresa collegata, o // b) da una associazione o consorzio o da una impresa comune aventi personalità giuridica, composti esclusivamente da più enti aggiudicatori, per svolgere un'attività ai sensi degli articoli da 208 a 213 del presente codice con un'impresa collegata a uno di tali enti aggiudicatori. // 3. Il comma 2 si applica: // a) agli appalti di servizi purché almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei servizi provenga dalla fornitura di tali servizi alle imprese cui è collegata; // b) agli appalti di forniture purché almeno il 80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo delle forniture provenga dalla messa a disposizione di tali forniture alle imprese cui è collegata; // c) agli appalti di lavori, purché almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei lavori provenga dall'esecuzione di tali lavori alle imprese cui è collegata. // Se, a causa della data della costituzione o di inizio dell'attività dell'impresa collegata, il fatturato degli ultimi tre anni non è disponibile, basta che l'impresa dimostri, in base a proiezioni dell'attività, che probabilmente realizzerà il fatturato di cui alle lettere a), b) o c) del comma 3. // Se più imprese collegate all'ente aggiudicatore forniscono gli stessi o simili servizi, forniture o lavori, le suddette percentuali sono calcolate tenendo conto del fatturato totale dovuto rispettivamente alla fornitura di servizi, forniture o lavori da parte di tali imprese collegate. // 4. La presente parte non si applica, inoltre, agli appalti aggiudicati: // a) da un'associazione o consorzio o da un'impresa comune aventi personalità giuridica, composti esclusivamente da più enti aggiudicatori, per svolgere attività di cui agli articoli da 208 a 213, a uno di tali enti aggiudicatori, oppure // b) da un ente aggiudicatore ad una associazione o consorzio o ad un'impresa comune aventi personalità giuridica, di cui l'ente faccia parte, purché l'associazione o consorzio o impresa comune siano stati costituiti per svolgere le attività di cui trattasi per un periodo di almeno tre anni e che il loro atto costitutivo preveda che gli enti aggiudicatori che la compongono ne faranno parte per almenolo stesso periodo».

venti personalità giuridica e composti di soli enti aggiudicatori, in favore di un'impresa collegata ad uno dei predetti enti aggiudicatori e cioè, nel caso di specie, collegata ad almeno una tra Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a.

In entrambi i casi, è tuttavia necessario che almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei lavori provenga dall'esecuzione di tali lavori in favore delle imprese alle quali essa è collegata. Se in ragione della data di costituzione o di inizio dell'attività dell'impresa collegata non è disponibile il fatturato degli ultimi tre anni, si deve però dimostrare - in base ad apposite proiezioni - che nei primi tre anni di attività l'impresa collegata soddisferà il requisito di fatturato di cui si tratta.

Inoltre, l'impresa collegata dovrà ovviamente essere in possesso di tutti i requisiti richiesti dalla legge per l'esecuzione dei lavori.

Si precisa che per l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici impresa collegata «è qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma degli articoli 25 e seguenti del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127 o, nel caso di enti non soggetti a tale decreto, qualsiasi impresa su cui l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante ai sensi dell'articolo 3, comma 28 del presente codice o che possa esercitare un'influenza dominante sull'ente aggiudicatore o che, come quest'ultimo, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti di proprietà, di partecipazione finanziaria ovvero di norme interne». In sostanza, la nozione di collegamento cui si riferisce il Codice dei contratti pub-

blici non coincide con quella fornita dall'art. 2359, comma 3° Cod. civ., ma casomai è comparabile a quella di controllo prevista dal comma 1° dell'articolo appena menzionato.

Si precisa altresì che le disposizioni dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici disciplinano l'affidamento di lavori senza fare riferimento ad alcun valore di soglia: questo significa che la norma è applicabile sia al di sotto sia al di sopra degli importi dei contratti pubblici di rilevanza comunitaria come indicati dall'art. 215 del Codice stesso.

4.1.1. (segue) Le ulteriori fattispecie di appalti infragruppo descritte dall'art. 218, comma 4° del Codice dei contratti pubblici.

Peraltro, in base al comma 4° dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici, una associazione, consorzio o impresa comune (aventi personalità giuridica), composti esclusivamente di più enti aggiudicatori, potrebbe assegnare appalti in via diretta (senza gara) in favore di uno dei predetti enti aggiudicatori.

Ovvero, viceversa, le società Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. potrebbero a loro volta affidare appalti ad una associazione o consorzio o impresa comune da esse partecipata in via esclusiva; ma ciò purché tale associazione o consorzio o impresa comune risulti appositamente costituita a tal fine per una durata almeno triennale e che il relativo atto costitutivo assicuri che le sopra nominate società ne faranno parte almeno per il medesimo periodo.

Gli enti aggiudicatori (e cioè in questo caso le imprese che affidano l'appalto) sono tenuti a notificare alla Commissione europea, a sua richiesta, le seguenti informazioni relative all'applicazione delle disposizioni dei sopra

ricordati commi 2°, 3° e 4° dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici:

a) i nomi delle imprese o delle associazioni, raggruppamenti, consorzi o imprese comuni interessati;

b) la natura e il valore degli appalti considerati;

c) gli elementi che la Commissione può giudicare necessari per provare che le relazioni tra l'ente aggiudicatore e l'impresa o l'associazione o il consorzio cui gli appalti sono aggiudicati rispondono agli obblighi stabiliti dal cit. art. 218.

4.2. L'esatto campo di applicazione dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici.

Per concludere sul punto, occorre svolgere un'ultima precisazione relativamente alle materie ricadenti nel campo di applicazione della Parte III del Codice dei contratti pubblici ed in relazione alle quali può quindi essere invocata l'applicazione del sopra illustrato art. 218.

Si è anticipato che le norme della Parte III del Codice riguardano gli appalti dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi concernenti la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile nonché l'alimentazione di tali reti con acqua potabile (art. 209, comma 1° lett. a nonché b del Codice). In sostanza, rientrano nel campo di applicazione della parte III del Codice dei contratti pubblici gli appalti di lavori relativi alle reti ed impianti di acquedotto.

Peraltro, le medesime norme della parte III del Codice dei contratti pubblici si applicano anche agli appalti che «*riguardano lo smaltimento o il trattamento delle acque re-*

flue» (art. 209, comma 2°, lett. b), ma unicamente se promossi da soggetti «*che esercitano un'attività di cui al comma 1*». In sostanza, gli appalti relativi allo svolgimento dei servizi di fognatura e di depurazione possono anch'essi venire assegnati ai sensi della Parte III del Codice dei contratti pubblici, ma unicamente se l'ente aggiudicatore è altresì gestore del servizio di acquedotto. In caso contrario, per lavori, servizi e forniture attinenti alla gestione della fognatura e della depurazione occorrerà osservare la disciplina generale degli appalti pubblici contenuta nella parte II del predetto Codice dei contratti.

In effetti, il Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2000, n. 2682 ha ritenuto applicabile il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158 (le cui norme si applicavano ai medesimi soggetti oggi tenuti ad osservare la Parte III del Codice dei contratti pubblici) ad un appalto riguardante il controllo, l'espurgo e la sanificazione degli impianti di acquedotto e di fognatura nonché la manutenzione dei medesimi impianti.

Si sottolinea peraltro che, negli atti, occorrerà evidenziare con puntualità, e con precise argomentazioni tecniche, che l'appalto attiene effettivamente ad una delle attività descritte dall'art. 209 del Codice dei contratti pubblici. Questo perché - in assenza di dimostrazione che l'oggetto dell'appalto riguarda propriamente la messa a disposizione o gestione di reti fisse per la fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, distribuzione o trasporto della materia prima - talora la giurisprudenza ha affermato che la mera manutenzione degli impianti non rientra nel campo di applicazione del d.lgs. n. 158 del 1995 (ora Parte III del Codice dei contratti pubblici) bensì nella disciplina generale sui lavori pubblici di cui alla legge n. 109 del 1994 ed adesso alla parte II del

Codice (TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 7 aprile 2004, n. 641; TAR Molise, 14 giugno 2001, n. 152).

Del resto, l'art. 217, comma 1° del Codice dei contratti pubblici precisa che la relativa Parte III «non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 ...».

4.3. La ratio delle norme contenute nell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici: l'istituto dell'in house providing.

L'art. 218 del Codice dei contratti pubblici recepisce, riproducendone il contenuto, quanto stabilito dall'art. 23 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del consiglio del 31 marzo 2004.

La direttiva comunitaria spiega le ragioni sottese all'introduzione nell'ordinamento delle norme di cui si tratta. Il 32° considerando della direttiva precisa infatti che «È opportuno escludere taluni appalti di servizi, forniture e lavori attribuiti a un'impresa collegata la cui attività principale consista nel prestare tali servizi, forniture o lavori al gruppo cui appartiene, invece di offrirli sul mercato. È anche opportuno escludere taluni appalti di servizi, forniture e lavori attribuiti da un ente aggiudicatore a una joint-venture, costituita da più enti aggiudicatori per svolgere attività considerate dalla presente direttiva e di cui esso faccia parte. Tuttavia è appropriato evitare che tale esclusione provochi distorsioni di concorrenza a beneficio di imprese o joint-ventures che sono collegate agli enti aggiudicatori; occorre prevedere un insieme appropriato di norme, segnatamente per quanto riguarda i limiti massimi entro cui le imprese possono ricavare parte della loro cifra

d'affari dal mercato e oltre i quali perderebbero la possibilità di vedersi attribuiti appalti senza indizioni di gara, la composizione di tali joint-ventures e la stabilità delle relazioni tra queste ultime e gli enti aggiudicatori di cui sono composte».

Invero, l'art. 23 della direttiva 2004/17/CE e l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici, che del primo ripete i contenuti, costituiscono applicazione dell'istituto c.d. dell'*in house providing* ⁽³⁾.

Come è noto, si tratta di un istituto trasversale, nel senso che la Corte di giustizia CE ne ammette l'applicazione ogniquale volta l'ente aggiudicatore esercita sull'impresa destinataria dell'affidamento un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (uffici) ed inoltre l'impresa realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano (tra le tante Corti di giustizia CE, sez. II, 19 aprile 2007, in causa C-295/05; id., sez. I, 11 maggio 2006, in causa C-340/04; id., sez. I, 18 novembre 1999, in causa C-107/98). In definitiva, l'affidamento diretto (senza gara) è possibile quando il destinatario risulta un mero strumento organizzativo dell'affidante e a quest'ultimo dedicato e non invece un operatore che agisce sul mercato in concorrenza con le altre imprese del settore.

L'esistenza dell'istituto dell'*in house providing* si giustifica in quanto, in base al diritto europeo, un ente aggiudicatore «ha la possibilità di adempiere ai compiti di

⁽³⁾ Così anche la dottrina che specificamente si è occupata dell'argomento: G. Morbidelli e M. Zoppolato, *Gli appalti nei settori speciali*, in M.P. Chiti e G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, I, Milano, 2007, pp. 539 ss.; L. Germani, *Appalti in house*, in R. De Nictolis (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, pp. 542 ss.

*interesse pubblico ad ess[O] incumbenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altri tipo, senza essere obbligat[o] a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici» (così Corte di giustizia CE, sez. I, 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, p.to 48), le quali invece devono venire osservate ogni volta in cui il soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi voglia affidare ad altri la prestazione di attività economiche al di fuori di un rapporto *in house*.*

Nella ricordata fattispecie dell'autoproduzione rientrano anche gli affidamenti rispondenti al modello *in house providing*, perché l'affidamento avviene in favore di «una struttura di gestione "interna"» e non di soggetti terzi rispetto all'ente aggiudicatore (Corte di giustizia CE, sez. I, 6 aprile 2006, in causa C-410/04, p.to 32).

Riassumendo, alla luce del diritto europeo, la gara è necessaria quando si ricorre al mercato per individuare l'operatore terzo al quale affidare lo svolgimento di determinate attività (fattispecie dell'esternalizzazione). Se invece si ha autoproduzione della medesima attività mediante strutture interne al soggetto aggiudicatore (seppure entificate), non vi è ricorso al mercato e la gara non è obbligatoria, non venendo in questione profili di messa in concorrenza degli operatori presenti nel suddetto mercato.

4.3.1. (segue) L'art. 218 del Codice dei contratti pubblici quale norma di specifica applicazione dei principi comunitari in tema di "in house providing".

Rispetto ai sopra ricordati principi di carattere generale enunciati dalla Corte di giustizia CE, l'art. 23 della direttiva 2004/17/CE e l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici indicano in maniera puntuale i requisiti che, nello specifico campo degli appalti relativi ai settori c.d. esclusi, sono necessari alla configurazione di un rapporto *in house* e dunque in presenza dei quali è legittimo l'affidamento diretto di lavori, servizi e forniture.

Si tratta di requisiti coerenti con i sopra ricordati principi riportati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: l'art. 23 della direttiva 2004/17/CE e l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici precisano infatti che il soggetto che dispone l'affidamento dell'attività ed il beneficiario di esso devono essere parte di un medesimo "gruppo"; vi deve essere stabilità di rapporti; è inibito all'affidatario operare con terzi, se non in via del tutto marginale.

Invero, siccome il rapporto si esaurisce all'interno di una struttura organizzativa sostanzialmente unitaria nell'ambito della quale l'affidatario deve necessariamente contenere le proprie possibilità operative, la gara non si impone, perché da un lato non vi è esternalizzazione di attività e dall'altro neanche turbativa dei principi della concorrenza (l'impresa non può infatti giovare dell'affidamento diretto quale rendita di posizione da spendere a proprio vantaggio sul mercato concorrenziale).

5. *L'apparente concorrenza dell'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali e dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici quanto alla disciplina della fattispecie oggetto della richiesta di parere.*

Dall'esposizione che si è finora svolta, risulta che entrambe le disposizioni cui si è fatto riferimento - e cioè sia l'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali, sia l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici - disciplinano la fattispecie descritta nell'ambito del quesito sottoposto e cioè le modalità attraverso le quali il soggetto incaricato dagli enti locali della gestione di servizi idrici può procedere alla realizzazione dei lavori connessi.

Le due disposizioni non sono però suscettibili di applicazione contestuale in quanto esprimono norme tra di loro non compatibili: infatti, l'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali impone la gara per l'individuazione dell'appaltatore (a meno che il gestore del servizio pubblico non sia a sua volta risultato aggiudicatario una gara avente per oggetto, oltre allo svolgimento dei servizi idrici, anche l'esecuzione dei lavori connessi); al contrario l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici consente, nei termini sopra illustrati, affidamenti di lavori pubblici "infragruppo".

Invero, sussistono argomenti per ritenere che, in un caso come quello di specie, possa essere invocata l'applicazione dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici in luogo dell'art. 113, comma 5 ter del d.lgs. n. 267 del 2000. Si tratta di argomenti innovativi, in quanto essi non risultano avere ancora ottenuto riscontri né in dottrina né in giurisprudenza, e tuttavia fondati su ben precisi argomenti giuridici. Tali argomenti vengono illustrati nei paragrafi che eseguono.

6. Le ragioni dell'applicabilità al caso di specie dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici.

Anzitutto, si consideri che l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici introduce nell'ordinamento interno una disposizione innovativa.

Infatti - in applicazione della direttiva comunitaria 2004/17/CE del 31 marzo 2004 - per la prima volta il legislatore statale estende anche ai lavori pubblici una disciplina (quella sopra ricordata ai paragrafi 4.1. e seguenti) che in passato era contemplata unicamente con riferimento ai servizi (v. l'art. 8, comma 3° del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158).

Invero, per regola generale, in caso di conflitto tra più fonti dotate della medesima forza giuridica ma intervenute in tempi diversi, quella successiva prevale sulla precedente (è un principio fin troppo noto, v. per tutti P. Carretti - U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2004, p. 490 s.).

Siccome l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici disciplina la medesima materia (quella degli appalti di lavori dei gestori di servizi pubblici) dell'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali ma è ad esso successiva (e parimenti successiva è la direttiva 2004/17/CE di cui la norma interna costituisce pedissequo recepimento), il sopra ricordato principio di successione delle leggi nel tempo fa ritenere che sia ragionevole applicare la disposizione da ultimo intervenuta (l'art. 218) in luogo del cit. art. 113, comma 5 ter.

Né si potrebbe dire che l'art. 113, comma 5 ter è norma speciale rispetto all'art. 218 del Codice dei contratti pubblici. Al contrario, questa seconda norma risulta avere un contenuto più specifico rispetto alla prima: l'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali riguarda gli appalti di lavori di tutti i gestori di servizi pubblici locali di rile-

vanza economica in genere («*i soggetti gestori di cui ai precedenti commi*»). Invece, l'art. 218 del Codice si applica ai soli appalti (di lavori, servizi e forniture) posti in essere dai c.d. enti aggiudicatori negli specifici settori tassativamente elencati ai relativi artt. da 208 a 213.

Si vuole dire che l'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali deve venire osservato dalla generalità dei gestori di servizi pubblici locali di rilevanza economica (a meno che non vi sia un'espressa esclusione da parte del legislatore); invece solo gli operatori la cui attività è descritta dagli artt. da 208 a 213 del Codice dei contratti pubblici potrebbero invocare l'applicazione delle norme contenute nella Parte III del medesimo Codice ed in particolare di quella che (nei limiti ed alle condizioni sopra ricordate) permette il ricorso all'autoproduzione (in luogo dell'esternalizzazione) dell'attività.

Pertanto, nel caso di specie, oltre al sopra ricordato criterio della successione delle leggi nel tempo, sembra possibile invocare anche l'ulteriore principio della specialità, in base al quale la legge speciale (nella presente fattispecie l'art. 218 del Codice) si deve sempre preferire *in parte qua* alla disposizione generale (l'art. 113, comma 5 ter) e quindi deve essere comunque osservata in luogo di quest'ultima [per tutti A. Pizzorusso, voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, vol. VI, Torino, 1991, in particolare p. 419].

6.1. (segue): applicazione dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici anche in considerazione del criterio interpretativo espresso dall'art. 1, comma 4° del t.u. enti locali.

Del resto, nel caso di specie, la necessità di applicare l'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali non potrebbe essere sostenuta neanche richiamando quanto disposto dall'art. 1, comma 4° del t.u. enti locali: *«Ai sensi dell'articolo 128 della Costituzione le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa disposizione delle sue disposizioni»*.

La norma appena riportata esige che la legge statale o regionale ("leggi della Repubblica") dichiari espressamente quando intende derogare a disposizioni contenute nel t.u. enti locali. Essa peraltro non viene intesa come norma che stabilisce una gerarchia delle fonti sicché il t.u. enti locali non potrebbe essere modificato da una legge successiva che non dichiari espressamente la volontà modificatrice; viene piuttosto intesa come norma che, in caso di dubbio, pone un criterio interpretativo (cfr. Corte cost. 22 aprile 1997, n. 111), nel senso che tra due soluzioni possibili deve essere preferita quella che privilegia l'applicazione delle norme del t.u. enti locali. Senonché, nella fattispecie tale dubbio non sembra emergere perché l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici è norma specifica, di applicazione più circoscritta e completa nella sua disciplina e che - del resto - non pone nel nulla la norma del t.u. enti locali, la quale continua ad applicarsi, in generale, ai gestori di servizi pubblici locali, salve solo le ipotesi tassativamente descritte nell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici, quali sopra riportate. Quindi, in ultima analisi l'art. 218 del Codice non rappresenta una vera e propria deroga ma piuttosto un completamento del t.u. enti locali nel punto qui rilevante.

Inoltre, l'art. 1 del t.u. enti locali fa riferimento alle sole fonti del diritto interno («*le leggi della Repubblica*» successive) e dunque non risulta escludere che la deroga possa essere anche non espressa quando però essa discende dal diritto comunitario (seppure con l'intermediazione formale di una disposizione emanata dallo Stato membro). Ciò, del resto, anche in considerazione del principio della prevalenza del diritto comunitario rispetto a quello nazionale che, in ipotesi di contrasto, comporta addirittura l'obbligatoria disapplicazione di quest'ultimo a vantaggio del primo (G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 1 ss.).

Venendo al caso di specie, l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici non costituisce il risultato di una libera scelta del legislatore statale. Al contrario, esso rappresenta la riproduzione di un'identica norma prevista nell'ambito di un atto comunitario, e cioè dall'art. 23 della direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004, il cui recepimento era imposto agli Stati membri. Infatti, l'art. 23 della direttiva 2004/17/CE è formulato in maniera talmente perentoria da non permettere di ritenere che il legislatore comunitario abbia voluto lasciare qualche discrezionalità quanto alla relativa applicazione negli ordinamenti dei singoli Stati.

In considerazione di quanto sopra, appare dunque ragionevole sostenere che, anche se l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici non contiene una "deroga" espressa al t.u. enti locali ai sensi dell'art. 1, comma 4° del medesimo testo unico, tuttavia ciò non costituisce ostacolo all'eventuale applicazione di esso in luogo dell'art. 113, comma 5 ter: infatti, l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici è in realtà recepimento di una disposizione di diritto comuni-

tario, la cui applicazione nell'ordinamento interno - per quanto si è sopra illustrato - non può essere impedita o limitata dal disposto dell'art. 1, comma 4° del t.u. enti locali.

6.2. L'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali quale norma applicabile unicamente alle gestioni a regime del servizio idrico integrato (e non anche a quelle transitorie).

Oltre a quanto illustrato nei paragrafi precedenti, occorre aggiungere che l'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali appare una norma riferita alle situazioni a regime e cioè a quelle situazioni ove il gestore del servizio idrico integrato risulti individuato sulla base della nuova disciplina relativa all'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, della quale fa parte altresì il predetto comma 5 ter.

In questo senso depone anzitutto la lettera della norma, la quale si riferisce esattamente ai «*soggetti gestori di cui ai precedenti commi*» e cioè ai destinatari di affidamenti di servizi pubblici ai sensi dell'art. 113, comma 5° del t.u. enti locali; si tratta di soggetti diversi da quelli legittimati a proseguire in via transitoria nelle gestioni in corso, perché questi ultimi ricadono nella differente previsione di cui al comma 15 bis dell'art. 113 del t.u. enti locali.

In sostanza, nell'ambito dell'art. 113 del t.u. enti locali è ravvisabile una duplice e diversificata disciplina giuridica: la prima relativa alle situazioni a regime (quelle che derivano dagli affidamenti disposti ai sensi del comma 5° di tale articolo); una seconda riguardante la fase di transitoria prosecuzione della gestioni in corso affidate sulla base delle regole previgenti.

Pertanto, se per espressa previsione legislativa, tramite il rinvio contenuto nel comma 5 ter (ai «*soggetti gestori di cui ai precedenti commi*»), esso risulta riguardare unicamente le situazioni a regime (instaurate con i nuovi affidamenti avvenuti secondo gli schemi descritti dal comma 5°), la norma non sembra riferibile anche alle situazioni che transitoriamente proseguono. Ciò che, del resto, appare in linea con i principi costituzionali di eguaglianza sostanziale e di ragionevolezza, considerato che non si potrebbe pretendere si sottoporre alla medesima disciplina giuridica situazioni tra loro differenziate e cioè quelle sorte nel passato sulla base di un contesto normativo diverso da quello ora introdotto con la novella legislativa sopra menzionata.

Ciò naturalmente non vuole dire che l'esecuzione dei lavori da parte delle "gestioni transitorie" (come quelle di Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a.) rimanga priva di regolamentazione, ma vale piuttosto a confermare che la normativa di riferimento per tali gestioni è costituita dalla disciplina, oltretutto speciale, di cui all'odierno art. 218 del Codice dei contratti pubblici (in passato art. 8, comma 3° del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158) e non dall'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali.

6.3. *L'art. 218 del Codice dei contratti pubblici: compatibilità con il disciplinare tecnico di gestione approvato dall'Autorità d'Ambito.*

Per concludere sul punto, si precisa che ostacoli all'applicazione dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici non si rinvencono nemmeno nel disciplinare tecnico di gestione allegato all'accordo concluso, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, tra l'Autorità d'Ambito n. 4

"Cuneese" e le società Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a.

Infatti, l'accordo amministrativo non contiene alcun vincolo nel senso dell'esternalizzazione degli appalti da parte dei gestori dei servizi idrici, ma si limita a richiamare l'obbligo di osservare l'ordinamento vigente.

Così l'art. 9, comma 2° dell'accordo prevede che il *«gestore, in qualità di concessionario di diritti esclusivi rilevanti ai fini dell'applicazione delle normative comunitarie, appalta a terzi i lavori, forniture e servizi nel rispetto delle Direttive e delle leggi vigenti in materia»* (art. 9). Ed inoltre l'art. 12, comma 5° del medesimo accordo precisa ancora che *«tutte le procedure per la progettazione e realizzazione delle opere previste nel programma degli interventi saranno svolte dal Gestore, nel rispetto delle vigenti direttive europee e norme nazionali in materia di lavori pubblici e, segnatamente ma non esaustivamente, in conformità a quanto disposto dal D.Lgs. 12/04/2006 n. 163 "Nuovo Codice dei Lavori Pubblici, Servizi, Forniture" o, in caso di proroga della data di entrata in vigore, L. 109/94-DPR 554/99 (per le parti non abrogate), Direttive europee 2004/17/CE, 2004/18/CE»*.

Quanto sopra è del resto coerente anche con la convenzione tipo tra Autorità d'Ambito e gestori dei servizi idrici approvata dalla Regione Piemonte con delibera di Giunta n. 31-23227 del 24 novembre 1997. Infatti, anche quest'ultimo atto si limita a richiedere che il gestore del servizio idrico affidi l'esecuzione dei lavori nel rispetto dell'ordinamento vigente: *«La gestione del servizio idrico integrato, oltre al reperimento delle risorse finanziarie necessarie a dare attuazione al Programma degli interventi, comprende anche la relativa progettazione, lo svolgimento*

delle procedure di appalto e direzione dei lavori in esso previsti, la cui costruzione il gestore si obbliga ad affidare a terzi secondo le norme vigenti in materia».

Infine, si rileva che non constano nell'ordinamento regionale altre disposizioni che oggi impongano l'affidamento di appalti, da parte di società di gestione dei servizi idrici come Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. Tecnoedil s.p.a., secondo procedure più restrittive di quelle previste dal Codice dei contratti pubblici.

7. Prime considerazioni riassuntive e di sintesi.

Riassumendo, in relazione al quesito sottoposto e tenuto conto di quanto sopra argomentatamente dedotto, appare ragionevole concludere che Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a., Egea s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. possano procedere alla realizzazione dei lavori strumentali alla gestione dei servizi idrici loro affidati mediante appalti infragruppo, secondo quanto previsto dall'art. 218 del Codice dei contratti pubblici.

Questo purché vengano esattamente rispettate tutte le condizioni stabilite dalla legge in relazione alla fattispecie che si intende mettere in campo; e purché il soggetto che esegue i lavori sia in possesso di tutti i requisiti pretesi dall'ordinamento per l'effettuazione dei lavori di cui si tratta.

Si precisa inoltre che, laddove le sopra nominate società siano state a suo tempo immesse nelle gestioni a seguito di gare che, nel passato, abbiano avuto per specifico oggetto anche la realizzazione dei lavori strumentali alla gestione dei servizi idrici (nel senso che i relativi atti indicassero, in maniera puntuale, le opere ed i lavori che le società in discorso avrebbero dovuto effettuare), esse

potrebbero eseguire siffatti lavori sia direttamente sia a mezzo della costituenda società di scopo.

In tale ipotesi l'esecuzione diretta - che peraltro sarebbe ammessa anche ai sensi dell'art. 113, comma 5 ter del t.u. enti locali - non appare in contrasto nemmeno con l'art. 218 del Codice dei contratti pubblici, ma risulta da esso consentita in base ad un'interpretazione *a fortiori* della disposizione di legge: se a certe condizioni la norma legittima l'affidamento diretto all'esterno, tanto più - anche alla luce dei principi della giurisprudenza comunitaria sopra ricordati al paragrafo 4.3. - deve ritenersi possibile la realizzazione dei lavori *in house* con mezzi propri.

Altro argomento a conforto della possibilità che la società di scopo esegua i lavori di cui si tratta è di carattere civilistico: i contratti relativi ai lavori seguono i rami d'azienda delle società Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. oggetto di conferimento nella predetta società di scopo (secondo cioè le regole proprie del trasferimento d'azienda, salvo peraltro il nulla osta da parte dell'Amministrazione concedente).

8. Le possibili scelte operative alla luce dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici.

Nei paragrafi che precedono si sono illustrate le ragioni che, nel caso di specie, fanno ritenere applicabile le disposizioni dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici.

Inoltre, si sono illustrate le condizioni che, in base alla norma appena ricordata, devono tassativamente ricorrere affinché una società di gestione del servizio idrico integrato possa disporre l'affidamento diretto di lavori, stru-

mentali al servizio pubblico, ad una società appartenente al medesimo "gruppo".

Si tratta ora di descrivere i possibili percorsi per addivenire, alla luce dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici, alla costituzione della società di scopo della quale i gestori del servizio idrico integrato Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. si potranno avvalere per lo svolgimento dei lavori connessi al servizio pubblico. Ciò tenuto conto che la società di scopo potrà essere configurata in alternativa quale:

i) società collegata ai sensi dell'art. 218, comma 2°, lett. a) del Codice dei contratti pubblici (v. sopra al paragrafo 4.1.);

ii) impresa comune ai sensi dell'art. 218, comma 4°, lett. b) del Codice dei contratti pubblici (v. sopra al paragrafo 4.1.1.).

9. La costituzione della società di scopo.

La costituzione della società di scopo potrà avvenire per scorporo dei rami d'azienda degli enti aggiudicatori (Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a.) relativi alla esecuzione di lavori pubblici e mediante il loro conferimento in una società di nuova costituzione, la quale avrà quali soci esclusivamente gli enti aggiudicatori conferenti.

Nel caso in cui, per le società diverse da Tecnoedil s.p.a., non sia ravvisabile un vero e proprio ramo d'azienda afferente alla realizzazione di lavori pubblici, esse potranno divenire socie nella società di scopo mediante ordinarie operazioni di acquisto delle relative azioni o quote. Questo aspetto è importante, in considerazione di quanto si precisa nel prossimo paragrafo circa la necessità o meno che l'operazione di costituzione della società di scopo venga

approvata anche da parte dei singoli enti locali soci in Alpi Acque s.p.a. ed Alse s.p.a.

Tornando all'ipotesi del conferimento di ramo d'azienda, l'operazione presuppone ovviamente la relativa stima a sensi di legge. Il conferimento d'azienda è altresì sottoposto, quanto a disciplina, alle norme sul trasferimento d'azienda (Cass. civ., sez. un., 1° ottobre 1993, n. 9802; id., sez. I, 21 dicembre 1998, n. 12739; Trib. Cassino, 19 novembre 1997).

Tenuto conto delle qualità dei soggetti coinvolti nell'operazione di costituzione della società di scopo (vi sono anche società a prevalente capitale pubblico locale) appare peraltro doveroso e prudente che la stima dei conferimenti avvenga in ogni caso (cioè anche qualora si intenda costituire la società di scopo in forma di s.r.l.) da parte di un esperto nominato dal Presidente del tribunale nel cui circondario avrà sede la società.

Peraltro, negli atti si dovrà avere cura di precisare che si tratta del conferimento di rami aziendali che non attengono all'esercizio dell'attività principale (caratteristica) delle società interessate bensì ad una attività accessoria e strumentale rispetto alla prima: infatti, la missione qualificante di Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. è la gestione dei servizi idrici mentre il conferimento riguarderebbe il ramo aziendale avente per oggetto la realizzazione dei lavori e cioè un'attività meramente preordinata a rendere possibile l'attività principale.

La precisazione è importante per evitare che qualcuno, strumentalmente, possa contestare l'eventuale violazione dell'art. 2361, comma 1° Cod. civ. ai sensi del quale l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nello statuto, non è consentita, se

per la misura e per l'oggetto della partecipazione, ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto medesimo (per un'applicazione, proprio attinente ad un conferimento aziendale, v. Corte d'appello di Milano, 16 ottobre 2001).

9.1. L'approvazione dell'operazione di costituzione della società di scopo. I soggetti competenti.

L'operazione che porterà, ai sensi dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici, alla costituzione della società di scopo a partire dalle odierne Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. (ivi compresi i conferimenti dei rami d'azienda ricordati al paragrafo precedente) dovrà naturalmente venire deliberata dagli organi societari competenti in base alla legge ed agli statuti delle singole società.

Peraltro, l'operazione dovrà altresì essere approvata pure dall'Autorità d'Ambito n. 4 "Cuneese".

Infatti, l'Autorità d'Ambito è il soggetto al quale gli enti locali di ciascun ambito territoriale ottimale partecipano obbligatoriamente ed al quale è trasferito l'esercizio delle competenze in materia di gestione delle risorse idriche in passato spettanti a ciascun Comune singolarmente considerato (art. 148, comma 1° del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

In particolare spetta all'Autorità d'Ambito, in sede di Piano d'Ambito, approvare il c.d. modello gestionale ed organizzativo e cioè la definizione della struttura operativa mediante la quale il gestore assicura il servizio all'utenza e la realizzazione del programma degli interventi (art. 149, comma 1° e 5° del decreto legislativo ult. cit.; nello stes-

so senso v. anche gli artt. 4 e 5 della legge reg. Piemonte 20 gennaio 1997, n. 13).

Il rilievo assegnato dall'ordinamento all'Autorità d'Ambito non permette tuttavia di ritenere del tutto superato il ruolo dei singoli Comuni, almeno ove Alpi Acque s.p.a. ed Alse s.p.a. debbano procedere (al fine della costituzione della società collegata) al conferimento di un vero e proprio ramo d'azienda. Infatti, in tale eventualità vi sarebbero conseguenze sul patrimonio della società (nel senso della relativa diminuzione) e cioè su un aspetto che, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, compete tuttora (pure dopo la creazione delle Autorità d'Ambito) ai Consigli dei singoli Comuni soci ex art. 42, comma 2°, lett. e) del t.u. enti locali (v. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, p.to 18 delle considerazioni in diritto).

A conclusioni diverse si potrà invece giungere se la presenza di Alpi Acque s.p.a. ed Alse s.p.a. nella società collegata avverrà mediante conferimenti in denaro ovvero acquisto di azioni o quote della società di scopo (v. al paragrafo precedente). Infatti, in tal caso l'operazione non si configurerebbe come di straordinaria amministrazione, bensì quale (ordinaria) acquisizione di partecipazioni preordinata a conseguire un più razionale assetto organizzativo in vista della realizzazione dell'oggetto sociale. Invero, l'acquisizione di partecipazioni in altre società, al fine del migliore conseguimento dell'oggetto sociale, è un evento ammesso dagli enti locali soci nel momento in cui essi hanno approvato i vigenti statuti di Alpi Acque s.p.a. ed Alse s.p.a. Infatti, lo statuto di Alpi Acque s.p.a. (art. 2, comma 6°, lett. a) prevede che ricade nell'oggetto della società assumere partecipazioni in organismi aventi fini analoghi. Similmente, nello statuto di Alse s.p.a. (art. 5,

comma 4°) si legge che la società, al fine di realizzare l'oggetto sociale, è legittimata ad acquisire partecipazioni in società aventi fini complementari ai propri.

9.2. La composizione del capitale della società di scopo.

Le fattispecie descritte, rispettivamente, dall'art. 218, comma 2°, lett. a) e comma 4°, lett. b) del Codice dei contratti pubblici esigono che i tre enti aggiudicatori (Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a.) siano gli unici soci nella società di scopo.

Ciò per coerenza con i principi generali dell'in house providing sanciti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE (v. sopra al paragrafo 4.3.).

Questo profilo deve essere attentamente considerato anche in sede di stesura dello statuto della società di scopo: in proposito, può essere conveniente accedere alla forma della s.r.l., atteso che il modello legislativo ammette l'intrasferibilità o comunque peculiari condizionamenti quanto alla circolazione delle quote sociali (art. 2469 Cod. civ.).

9.3. L'esercizio da parte dei soci del controllo sulla società di scopo.

Si è anticipato che l'art. 218, comma 2°, lett. a) del Codice dei contratti pubblici prevede la possibilità, per l'ente aggiudicatore (al ricorrere di certe condizioni) di affidare lavori pubblici ad una società ad esso "collegata". In alternativa, il comma 4°, lett. b) del medesimo articolo di legge consente all'ente aggiudicatore, sempre al ricorrere di determinate condizioni, l'affidamento diretto

dell'attività ad una associazione, consorzio o impresa comune di cui esso faccia parte.

Nel caso di specie (ove gli enti aggiudicatori sono tre: Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a.) è comunque necessario il ricorso a strumenti giuridici i quali permettano a ciascuna delle tre sopra elencate società di esercitare, su quella di scopo, il "controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici": quest'ultimo è infatti uno dei requisiti indispensabili, individuati dalla giurisprudenza comunitaria ed interna, in mancanza del quale non può mai dirsi ricorrere la fattispecie dell'*in house providing* (v. sopra al paragrafo 4.3.) che, essa sola, rende praticabile l'affidamento diretto.

Il predetto risultato di "controllo analogo" appare conseguibile unicamente se la volontà delle tre società (Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a.) socie nella società di scopo risulterà convogliata nell'ambito di un sistema unitario di formazione ed imputazione: si vuole dire che le decisioni da assumere negli organi della società di scopo ed i voti ivi espressi dovranno risultare manifestazione congiunta di tutte e tre le società, a prescindere dalla percentuale di capitale da ciascuna di esse detenuta nella società di scopo.

L'obiettivo può essere conseguito attraverso la predisposizione di idoneo statuto, qualora la società di scopo venga costituita secondo il modello della s.r.l.; ciò tenuto conto in particolare degli ampi poteri, anche di gestione, che il Codice civile permette di attribuire ai soci ed inoltre della circostanza che, in sede di statuto, è consentito stabilire che l'assemblea deliberi con maggioranze qualificate o addirittura all'unanimità sulle materie riservate alla sua competenza. Altrimenti, se la società di scopo assu-

merà la forma di s.p.a., si renderà necessario, oltre a puntuali previsioni statutarie, anche apposito stringente patto parasociale.

9.4. I diversi presupposti di applicazione delle fattispecie descritte rispettivamente all'art. 218, comma 2°, lett. a) nonché comma 4°, lett. b) del Codice dei contratti pubblici.

Peraltro, si è anticipato (al paragrafo 4.1.) che il concetto di "società collegata", cui si riferisce l'art. 218, comma 2°, lett. a) del Codice dei contratti pubblici, sembra in sostanza corrispondere alla nozione di "società controllata" di cui all'art. 2359 Cod. civ. il quale infatti così recita: «Sono considerate società controllate: // 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; // 2) le società in cui un'altra società dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa».

Invero, a proposito dell'art. 2359 Cod. civ., occorre prendere atto della tesi secondo la quale, ai fini dell'applicazione della norma appena ricordata, non sarebbe controllo il c.d. controllo congiunto e cioè l'ipotesi in cui più soci, nessuno dei quali raggiunge da solo la maggioranza dei voti, tuttavia la conseguono congiuntamente in forza degli accordi parasociali che regolano l'esercizio, da parte loro, del diritto di voto. Secondo tale tesi, il controllo cui si riferisce l'art. 2359 Cod. civ. è quello che può vantare un unico soggetto, sicché un patto parasociale sarebbe rilevante, agli effetti della norma in questione,

solo se vale ad attribuire ad un socio, da solo, la maggioranza dei voti in assemblea.

Tenuto conto di quanto sopra, la fattispecie descritta dall'art. 218, comma 2°, lett. a) del Codice dei contratti pubblici (v. sopra al paragrafo 4.1.) sembra attagliarsi più che altro alle ipotesi nelle quali il capitale della società "collegata" è detenuto da un unico socio. Questa è del resto la situazione nella quale con più sicurezza si verifica "l'influenza" dominante che costituisce il presupposto del "collegamento" di cui si tratta (4).

Viceversa, quando - come nel caso di specie - vi è la necessità che la società di scopo annoveri più di un socio, la fattispecie normativa cui fare riferimento appare piuttosto quella descritta dall'art. 218, comma 4°, lett. b) del Codice dei contratti pubblici (v. sopra al paragrafo 4.1.1.).

Con riguardo a quest'ultima fattispecie, si precisa peraltro che non sarebbe prudente ritenere che, anche per la joint-venture (impresa comune) di cui si avvarrebbero Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a., possa valere il limite minimo di fatturato (80%) previsto con riferimento alle diverse fattispecie di cui al precedente comma 2° dell'art. 218 del Codice dei contratti pubblici, atteso che la Corte di giustizia CE ha già avuto modo di sottolineare la portata eccezionale (e quindi non suscettibile di inter-

(4) L'art. 3, comma 28° del Codice dei contratti pubblici, richiamato dall'art. 218, comma 1° del medesimo Codice, prevede infatti che «L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: // a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; // b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; // c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa».

pretazione analogica) della norma in discorso (sent. 11 maggio 2006, in causa C-340/04, p.ti 50-57).

In sostanza, nel caso dell'art. 218, comma 4°, lett. b) del Codice dei contratti pubblici, è prudente ritenere applicabile la regola generale formulata dalla Corte di giustizia, in base alla quale la joint-venture dovrebbe operare esclusivamente (o pressoché esclusivamente) per gli enti aggiudicatori Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a., i quali ovviamente ne dovrebbero essere gli unici soci: invero, la pronuncia della Corte di giustizia CE da ultimo ricordata precisa che sussiste la fattispecie *in house* (e dunque non è necessario ricorrere a gare per l'affidamento dell'appalto) unicamente se l'attività dell'impresa è principalmente destinata all'ente aggiudicatore «*e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale*» (p.to 63).

Permane inoltre la necessità di porre in essere misure per garantire ed evidenziare la strumentalità della joint-venture rispetto a ciascuno degli enti aggiudicatori Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a.

In proposito, oltre ad apposite disposizioni di statuto e di patti parasociali (v. sopra al paragrafo 9.3.), si suggerisce di far assumere alla joint-venture carattere di società consortile: risulterebbe così ulteriormente sottolineato che essa costituisce strumento comune degli enti aggiudicatori per lo svolgimento di fasi delle rispettive imprese.

Rimane inoltre fermo che - in base al cit. art. 218, comma 4°, lett. b) del Codice dei contratti pubblici - sia negli atti di costituzione della joint-venture sia nel relativo statuto si dovrà precisare che essa viene implementata ai sensi dell'art. 218, comma 4°, lett. b) del Codice dei

contratti pubblici per la durata ivi stabilita (non inferiore a tre anni) e che per la medesima durata Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. si vincolano a rimanere gli unici soci.

9.5. Riepilogo della procedura di costituzione della società di scopo.

Riassumendo, appare prospettabile il seguente percorso operativo:

- predisposizione, da parte di Alpi Acque s.p.a., Alse s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. di un progetto tecnico per la costituzione di una società di scopo ai sensi dell'art. 218, comma 4°, lett. b) del Codice dei contratti pubblici;

- presentazione del progetto all'Autorità d'Ambito n. 4 "Cuneese" al fine della relativa approvazione in quanto ente titolare dell'organizzazione del servizio idrico integrato;

- incarico ad un perito nominato dal Tribunale al fine della valutazione dei valori dei conferimenti in natura;

- una volta intervenuto il nulla osta dell'Autorità d'Ambito, approvazione dell'operazione di costituzione di una società di scopo ai sensi dell'art. 218, comma 4°, lett. b) del Codice dei contratti pubblici da parte dei competenti organi delle singole società, salve le deliberazioni dei Consigli degli enti locali qualora la partecipazione di Alpi Acque s.p.a. ed Alse s.p.a. nella società di scopo avvenga mediante conferimento di ramo d'azienda.

* * *

In considerazione di tutto quanto sopra illustrato, appare dunque ragionevole concludere nel senso che, nel caso di specie, appare praticabile, nel rispetto delle precisazioni e delle avvertenze contenute nei paragrafi precedenti, la costituzione di apposita società di scopo alla quale Alse

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA
PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

s.p.a., Alpi Acque s.p.a. e Tecnoedil s.p.a. potranno affidare i lavori strumentali alla gestione del servizio idrico integrato di cui le tre società sono state incaricate dall'Autorità d'Ambito n. 4 "Cuneese".

(prof. avv. Giuseppe Caia)

(avv. Stefano Colombari)