



*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici
di lavori, servizi e forniture*

DELIBERAZIONE N. *2a*

Adunanza del 1 aprile 2009

Rif. R/756-08

Oggetto: Procedimento volto ad accertare l'osservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato.

Il Consiglio

Visto il D.lgs. n. 163/2006;
Vista la Legge n. 36/1994;
Visto il D.lgs. n. 152/2006;
Visto il D.lgs. n. 267/2000;
Visto il D.L. 112/2008, convertito nella L. n. 133/2008;
Vista la Legge n. 241/1990;
Vista la delibera dell'Autorità n. 16 del 7.5.2008 di avvio del procedimento;
Vista la delibera dell'Autorità n. 52 del 26.11.2008, con la quale sono state comunicate le risultanze istruttorie ai soggetti interessati;
Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori datata 24 marzo 2009.

Considerato in fatto

Il Consiglio dell'Autorità, a seguito di un'indagine conoscitiva sul settore delle risorse idriche, con deliberazione n. 16 del 7 maggio 2008 ha disposto l'avvio di un procedimento volto ad accertare l'osservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato (nel seguito SII) nei casi in cui le Autorità d'Ambito hanno disposto lo stesso in favore di società completamente pubbliche.

Con riferimento alle finalità dell'attività intrapresa dall'Autorità si richiama la sentenza 23 novembre 2007 n. 401 della Corte Costituzionale, con cui è stato sancito che la potestà legislativa in materia di contratti pubblici va riconosciuta, in via generale, in capo allo Stato, ed è svolta nell'obiettivo principale della tutela della concorrenza.

Pertanto, l'attività di vigilanza svolta da questa Autorità, ai sensi dell'art. 6, comma 7, del D.lgs. 163/2006, sull'uniformità alle disposizioni legislative in materia delle procedure di scelta del contraente, anche sottosoglia, su tutto il territorio nazionale, risponde all'esigenza di garantire il rispetto della parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e trasparenza.

[Handwritten signature]
1
[Handwritten initials]

Tale uniformità costituisce attuazione delle regole costituzionali sulla imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione ed assicura anche l'efficacia e l'efficienza dell'attività amministrativa.

Dell'avvio del procedimento è stata data comunicazione ai soggetti interessati, contestualmente all'invio di copia della stessa deliberazione; con nota successiva, la Direzione Vigilanza Lavori, ha chiesto, al fine di svolgere la necessaria attività istruttoria, specifiche informazioni alle Autorità d'Ambito.

Acquisita la documentazione da parte dei soggetti interessati, l'Autorità, sulla base dei dati forniti e delle verifiche istruttorie, si è espressa con deliberazione n.52 del 26.11.2008, notificata a tutti gli interessati, la quale ha sintetizzato le risultanze delle verifiche degli affidamenti del servizio di gestione del SII nelle seguenti tabelle:

A – Modalità di gestione del SII

Totale casi esaminati	Gestione in house	Affidamenti a Società miste	Affidamenti ex lege
65	61	3	1

B – Risultanze delle verifiche nei casi di gestione in house

Casi in house esaminati	Ritenuti conformi alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia	Da sottoporre a successiva verifica	Ritenuti non conformi alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia	
			Clausole statutarie o di convenzione non adeguate	Incoerenza dell'affidamento in relazione alle caratteristiche della Società
61	6	15	21	19

Con schede costituenti parte integrante della richiamata deliberazione, l'Autorità ha inoltre formulato specifiche osservazioni relative ai singoli casi.

Nel comunicare le risultanze istruttorie ai soggetti interessati (Autorità d'Ambito e Gestori), la Direzione Vigilanza Lavori ha chiesto di fornire puntuali informazioni e di comunicare eventuali provvedimenti adottati, in esito alle osservazioni formulate dall'Autorità, per rendere l'affidamento conforme alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza in materia.

A seguito del riscontro alle richieste formulate, la Direzione Vigilanza Lavori ha concluso l'istruttoria e l'ha rimessa al Consiglio dell'Autorità del 1-2 aprile 2009 per le deliberazioni di competenza.

Ritenuto in diritto

Il Consiglio dell'Autorità ha formulato una serie di valutazioni e considerazioni di carattere generale, con la richiamata deliberazione n.52 del 26.11.2008, che si intendono totalmente richiamate.

In particolare, ha evidenziato come, nel corso degli anni, la giurisprudenza comunitaria sia stata concorde nel ribadire il carattere di eccezionalità della gestione *in house* e, dal momento che questa costituisce una deroga alle regole di evidenza pubblica, abbia subordinato il ricorso alla stessa alla necessità che l'ente pubblico eserciti sul

Handwritten signatures and initials, including a large signature on the right and the number '2' at the bottom right.

soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che il soggetto gestore svolga l'attività prevalente in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

Con riferimento al requisito del controllo analogo il giudice comunitario ha ritenuto necessari strumenti che consentano all'ente pubblico un controllo stringente sul soggetto gestore, quali:

- l'ente pubblico affidante deve poter esercitare maggiori poteri, rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale, sul soggetto gestore, che, pertanto, non deve avere rilevante autonomia;
- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante;
- il controllo analogo è da ritenersi escluso nel caso in cui nello statuto sia prevista la possibilità di cedere quote a soggetti privati;
- il controllo analogo non è escluso dalla circostanza che il pacchetto azionario della società sia posseduto da una pluralità di enti pubblici, anche in misura esigua per ciascuno di essi; in tal caso, la verifica sul "controllo analogo" si sposta necessariamente nel rinvenimento di clausole o prerogative che conferiscono agli enti locali partecipanti con quote societarie esigue, effettive possibilità di controllo nell'ambito in cui si esplica l'attività decisionale dell'organismo societario attraverso i propri organi (assembleari o di amministrazione).

Con riferimento al requisito dell'attività prevalente:

- il soggetto gestore non deve svolgere attività per soggetti diversi dall'ente controllante, se non in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali;
- lo stesso non deve avere una vocazione commerciale, che risulterebbe implicita in caso di ampliamento dell'oggetto sociale, apertura della società ad altri capitali, espansione territoriale.

Appaiono, inoltre, con riferimento all'argomento dell'indagine, rilevanti le decisioni assunte dalla Corte di Giustizia UE con la recente sentenza del 13 novembre 2008, causa C-324/07, "sentenza Coditel".

La Corte ha affrontato, infatti, la questione del controllo analogo nel caso in cui questo debba essere esercitato da associazioni intercomunali, cioè da più comuni associati per perseguire determinate finalità di interesse comune; a tale circostanza appare riconducibile il caso in argomento, ove più enti locali, attraverso l'Autorità d'Ambito, provvedono all'affidamento in modo unitario della gestione del SII.

La Corte ha formulato le seguenti considerazioni: *"Da un lato, va ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte, quando un ente concessionario è detenuto da varie autorità pubbliche, la condizione relativa alla parte più importante della sua attività può ricorrere considerando l'attività che tale ente svolge con l'insieme di dette autorità (v., in tal senso, citate sentenze Carbotermo e Consorzio Alisei, punti 70 e 71, e Asemfo, punto 62). Sarebbe coerente con il ragionamento sotteso alla citata giurisprudenza considerare che la condizione relativa al controllo esercitato dalle autorità pubbliche possa essere parimenti soddisfatta tenendo conto del controllo esercitato congiuntamente sull'ente concessionario dalle autorità pubbliche che lo detengono"* (punti 44-45).

La sentenza – mettendo in relazione reciproca i due requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente – ha affermato che, se da un lato si stabilisce che il soggetto concessionario deve svolgere la sua attività prevalente con l'insieme delle amministrazioni concedenti, dall'altro si può corrispondentemente ammettere che il

controllo analogo sia esercitato congiuntamente dalle amministrazioni concedenti e non dalle singole amministrazioni. *“D’altro canto, allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad un ente concessionario comune, è di norma escluso che una di tali autorità, salvo che detenga una partecipazione maggioritaria nell’ente in questione, eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di tale ente. Richiedere che il controllo esercitato da un’autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d’imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un’autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale”* (punto 47). Pertanto: *“Trattandosi di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide”* (punto 51). In definitiva: *“Si deve pertanto risolvere la terza questione nel senso che, qualora un’autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità associate a detta società esercitano su quest’ultima, per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente, a maggioranza”* (punto 54).

La richiamata sentenza consente, pertanto, di superare alcune perplessità manifestate circa la possibilità di un effettivo “controllo analogo” esercitato dai comuni all’interno dell’ATO. Alla luce di quanto sopra, infatti, nel caso in cui l’amministrazione concedente sia composta da una molteplicità di amministrazioni, quale è il caso delle Autorità d’Ambito, il controllo analogo può ritenersi esercitato congiuntamente, attraverso le deliberazioni prese dagli organi collegiali.

La giurisprudenza sopra richiamata si è rivelata applicabile nella maggioranza delle gestioni esaminate; tuttavia, per taluni casi oggetto dell’istruttoria, sono emerse circostanze che hanno richiesto una trattazione *ad hoc*.

In questa ottica, sono da segnalare casi nei quali non tutti i comuni dell’ATO sono soci della società di gestione in house e ciò per una propria autonoma scelta.

L’Autorità ha ritenuto ragionevole, in questi casi, un’applicazione per analogia della giurisprudenza richiamata ed, in particolare di quanto stabilito dalla recente sentenza “Coditel”.

Prendendo atto delle disposizioni legislative nazionali che stabiliscono la costituzione del SII per ambiti territoriali ottimali, definiti con provvedimento regionale, richiamati i requisiti necessari per la gestione *in house* di “attività prevalente” e di “controllo analogo”, ed in particolare, con riferimento a quest’ultimo, la possibilità di esercizio del controllo congiuntamente da parte degli enti soci deliberando a maggioranza, l’Autorità ha ritenuto non significativa, ai fini di valutare la conformità delle gestioni alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente, la mancata partecipazione alla società della totalità dei comuni nei casi in cui:

- detti comuni rappresentino una percentuale esigua del quorum deliberativo nell’assemblea dell’Autorità d’Ambito, così che, nel caso delle deliberazioni assunte a maggioranza, il voto degli stessi possa essere considerato non influente;

- il gestore unico svolga per i comuni non soci il servizio in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, così che possa confermarsi il carattere prevalente dell’attività svolta per i comuni soci;

- l’attività svolta dal soggetto gestore per comuni non soci non possa classificarsi come attività commerciale; in particolare, il servizio sia svolto con condizioni omogenee per tutti i comuni interni all’ambito territoriale.

Con riferimento alla richiamata deliberazione n.52/2008, permangono, infine, le considerazioni di ordine generale circa la compatibilità dell'istituto dell'*in house providing* con i principi ispiratori della legge Galli, considerazioni già espresse dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Atto di segnalazione 28 dicembre 2006, n.AS375) e dal Ministero dell'Ambiente (Circolare del 6 dicembre 2004).

Le valutazioni attinenti alle singole gestioni sono contenute nelle schede allegate, parte integrante della presente deliberazione.

Alla luce delle considerazioni sopra richiamate e al fine della chiusura del procedimento, le informazioni fornite e/o dei provvedimenti adottati dai soggetti interessati consentono di classificare le gestioni esaminate nelle seguenti quattro tipologie:

- A) gestioni in house già conformi alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia;
- B) gestioni in house che possono ritenersi conformi, ove i soggetti interessati diano attuazione agli impegni assunti nei confronti dell'Autorità;
- C) gestioni la cui conformità è subordinata all'attuazione di rimedi da identificare secondo gli indirizzi già espressi dall'Autorità nella specifica scheda;
- D) affidamenti non conformi alla disciplina *dell'in house providing*.

Il quadro generale è riassunto nella seguente tabella, che contempla anche i 6 casi ritenuti conformi già con deliberazione n.52/2008.

Occorre precisare che, a seguito di esame delle informazioni fornite, si è constatato che la società A.SE.P. S.p.A., operante nell'ATO Mantova, costituita come società a totale partecipazione pubblica ai sensi della L.142/1990, già titolare dell'esercizio del SII integrato, si è successivamente trasformata in società mista con maggioranza pubblica (ai sensi dell'art.113, comma 5, lett. b del D.lgs. 267/2000).

L'esame dell'affidamento del SII a detta Società è da ritenersi stralciato e, analogamente a quanto indicato nella deliberazione n.52/2008 per le ulteriori società miste pubblico-private, sarà oggetto di specifiche indagini volte a verificare la procedura di evidenza pubblica esperita per l'individuazione del socio privato.

Inoltre, due Società operanti nell'ATO 4 Cuneese, per le quali era stata segnalata la costituzione da parte delle stesse di un'unica società, non hanno, ad oggi, ancora costituito detta Società.

In definitiva la tabella si riferisce ancora complessivamente a 61 casi, pur con le precisazioni di cui sopra.

Tra i casi non conformi è compreso anche un caso di mancato riscontro alla richiesta di informazioni e chiarimenti avanzata dall'Autorità, mancato riscontro che non ha consentito di rivedere la valutazione e per il quale sarà avviata la procedura sanzionatoria di cui all'art. 6, comma 11 del D.Lgs. n.163/2006.

Totale casi esaminati	A: Conformità alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia	B: Conformità subordinata all'attuazione degli impegni assunti dai soggetti interessati nei confronti dell'Autorità	C: Conformità subordinata all'attuazione di rimedi da identificare secondo gli indirizzi espressi dall'Autorità	D: Non conformità alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia
61	32	14	12	3

In base a quanto sopra considerato,

il Consiglio

- a) dispone l'invio ad opera della Direzione Generale Vigilanza Lavori della presente deliberazione ai soggetti interessati (Autorità d'Ambito e Gestori), corredata per ciascun soggetto delle schede di competenza con le quali si riassumono le valutazioni relative al caso specifico;
- b) relativamente alle gestioni da ritenersi conformi ove i soggetti interessati – Autorità d'Ambito e Gestori - diano attuazione agli impegni già assunti con l'Autorità, invita i soggetti interessati a dare evidenza all'Autorità dell'avvenuta attuazione di detti provvedimenti, entro il termine di 60 gg. dal ricevimento della presente deliberazione;
- c) con riferimento alle gestioni la cui conformità è subordinata all'attuazione di rimedi da identificare secondo gli indirizzi già espressi dall'Autorità nella specifica scheda, invita i soggetti interessati a confermare all'Autorità l'impegno a porre in atto le conseguenti misure, indicando le precise modalità e i termini per l'attuazione delle stesse, entro il termine di 60 gg. dal ricevimento della presente deliberazione;
- d) relativamente agli affidamenti per i quali è stata accertata la non conformità alla disciplina dell'*in house providing*, invita i soggetti interessati a dare evidenza, indicando modi e tempi, delle procedure che gli stessi intendono adottare per assicurare il rispetto delle disposizioni di cui al D.Lgs. n.163/2006, entro il termine di 30 gg. dal ricevimento della presente deliberazione;
- e) dispone per i casi non riconducibili alla gestione in house, un rinvio di 90 gg. per la conclusione della verifica istruttoria, ad opera della Direzione Generale Vigilanza Lavori;
- f) dispone, altresì, la pubblicazione della presente deliberazione sul sito internet dell'Autorità.

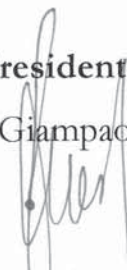
Il Consigliere Relatore

Andrea Camanzi



Il Presidente

Luigi Giampaolino



Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 aprile 2009

Il Segretario

Maria Esposito

