



Autorità Idrica

C A L A B R I A

RELAZIONE ILLUSTRATIVA

DELLE RAGIONI E DELLA SUSSISTENZA DEI REQUISITI PREVISTI PER
INDIVIDUARE LA MODALITÀ DI GESTIONE DEL “SERVIZIO IDRICO
INTEGRATO” NELLA REGIONE CALABRIA

Catanzaro 16.11.2020

RELAZIONE ILLUSTRATIVA

DELLE RAGIONI E DELLA SUSSISTENZA DEI REQUISITI PREVISTI PER INDIVIDUARE LA MODALITA' DI GESTIONE DEL “*SERVIZIO IDRICO INTEGRATO*” NELLA REGIONE CALABRIA

Premessa

1. Finalità del documento

Sezione A

2. Alcuni approfondimenti preliminari sulla disciplina del servizio idrico integrato (“*SIP*”): la unicità della gestione per il superamento della frammentazione.
 - a. La legislazione nazionale
 - i. Il concetto di unicità/unitarietà della gestione
 - ii. Il regime delle gestioni esistenti *ex art.* 172 del “*Tua*”
 - iii. Ambiti regionali e l’eccezione della gestione frazionata prevista dall’art. 147 comma 2-*bis* del “*Tua*”: la Sentenza del Consiglio di Stato a favore della gestione unica su base regionale
 - iv. La unicità della gestione del “*SIP*” secondo la Corte Costituzionale
 - b. La legislazione della Regione Calabria

Sezione B

3. I modelli di gestione del “*SIP*”
4. Ruolo e funzioni dell’autorità di regolazione a livello regionale
5. Procedure per assentire il pubblico servizio ed il relativo modello di affidamento: l’art. 3-*bis* del Dl. n. 138/2011

Sezione C

6. Focus sull’affidamento *in house*:
 - a. Il Controllo analogo e le funzioni dell’autorità regolazione
 - b. La costruzione del modello *in house*:
 - i. Il percorso per fasi successive
 - ii. Gli arresti giurisprudenziali
 - iii. Gli istituti del diritto commerciale per raggruppare le gestioni ed i gestori: l’assenza di procedura ad evidenza pubblica
 - iv. Lo Statuto elemento qualificante e indice della qualifica di Società “*in house*”:
 - c. La motivazione: relazione *ex art.* 34, comma 20 e seguenti, del Dl. n. 179/2012, e art. 192, comma 2, del “*Codice dei contratti*”.

Sezione D

7. La preferenza del modello “*in house*”: le motivazioni emergenti dal contesto della gestione in Regione Calabria

1. Premessa

Il presente Documento interviene nel processo di definizione del modello di gestione del servizio idrico integrato (“**SII**”) nel bacino unico della Regione Calabria da parte dell’Autorità di ambito (egato) AIC.

La scelta del bacino unico regionale porta a dovere prendere in considerazione che l’attività di gestione del “**SII**” muove dimensioni importanti per quanto attiene gli investimenti in reti, impianti e dotazione patrimoniali con esigenze di altrettanti fonti di finanziamento di dimensione significative anch’esse. Tutto ciò ha come presupposto una adeguata capitalizzazione del soggetto gestore, ed una sua sufficiente “*bancabilità*”, ovvero capacità di reperire risorse finanziarie sul mercato dei capitali nazionale ed internazionale.

Esigenze di gestione industriale debbono poi coniugarsi con la considerazione che il bene “*acqua*” ha una fortissima connotazione pubblicistica e con l’evidente esigenza di rendere fruibile la risorsa idropotabile con accesso a carattere universale.

Il bene pubblico rappresentato dall’acqua è stato oggetto del noto referendum del 2011, promosso dal Forum Italiano dei Movimenti per l’Acqua, di cui il Coordinamento Calabrese Acqua Pubblica “*Bruno Arcuri*” è stato tra i fondatori.

2. Finalità del documento

L’AIC intende promuovere un approfondimento sulla forma di gestione, con specifico riferimento al modello “*in house providing*” rispetto alle altre modalità previste dalla normativa di riferimento, attraverso una dedicata Delibera di indirizzo e di scelta finalizzata a dare avvio al percorso per la definizione del modello di gestione per l’affidamento del “**SII**” al gestore unico su base regionale (titolata, “*Delibera di indirizzi e di scelta della forma di gestione del ‘Servizio idrico integrato’ della Regione Calabria*”).

Il Documento in oggetto, elaborato a specifico ed esclusivo supporto dell’assunzione della Delibera sopra citata, individua le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti per la scelta della modalità di gestione del “*Servizio idrico integrato*” nella Regione Calabria, per mettere in condizione la Regione e gli Enti Locali di potersi esprimere con maggior cognizione di causa anche nel momento propedeutico dell’atto di indirizzo per avviare il procedimento necessario per individuare la forma di gestione e l’affidamento del relativo Servizio.

Il presente Documento anticipa la specifica e così denominata “*Relazione ex art. 34, comma 20, del Dl. n. 179/2012*” - che si pone come parte integrante nella scelta dell’affidatario del Servizio (appunto, Relazione *ex art. 34, comma 20, del Dl. n. 179/2012*) piuttosto che del modello di gestione del Servizio (Relazione *de qua*) - che sarà redatta contestualmente all’affidamento del

Servizio e quindi quando sia stata presentata la candidatura del soggetto interessato e legittimato nei requisiti (in estrema sintesi: Società “*in house*”, se verrà preferito da AIC il modello “*in house*”; ovvero quando saranno definiti gli atti della gara a doppio oggetto, se verrà preferito il modello della Società mista pubblico-privata; o, infine, alla conclusione del percorso di gara per la forma della concessione a terzi).

Per inciso, deve essere oltremodo evidente che gli studi e gli approfondimenti e le asserzioni contenute in questa Relazione devono essere considerati comunque come prodromici e strumentali, se non oggi alla scelta dell'affidatario gestore unico del “*Servizio idrico integrato*” regionale, almeno per definire con la maggiore chiarezza possibile il contesto normativo, interpretativo e prassistico di riferimento, così come quello gestionale e fattuale, nel quale la scelta del modello di gestione del “*SIP*” della Regione Calabria da parte di AIC e soprattutto dei Comuni suoi soci deve avvenire tramite la Deliberazione di indirizzo e scelta sopra citata, aspetti questi che saranno ripresi ed integrati con quanto necessario all’assunzione della seconda scelta (in ordine di tempo) fondamentale, ovvero l’individuazione del Gestore unico, giusta appunta la Relazione *ex art.* 34, comma 20, del Dl. n. 179/2012.

Sezione A

Alcuni approfondimenti preliminari sulla disciplina del “Servizio idrico integrato” (“SII”)**a. La legislazione nazionale****I. Dalla unitarietà delle gestioni alla unicità della gestione del “Sistema idrico integrato”**

L'organizzazione territoriale e, soprattutto, la modalità gestoria del servizio idrico integrato (“SII”) sono state oggetto, a partire dagli anni Novanta, di una florida stagione normativa che, tuttavia, non sempre si è contraddistinta per linearità.

Tali interventi normativi, dei quali si darà debitamente conto in questa breve rassegna, soprattutto per tracciare l'iter evolutivo che ha portato astrattamente e sta portando concretamente ad un progressivo e definitivo superamento della gestione unitaria a favore di quella unica, hanno trovato la propria primaria *ratio*, a livello nazionale, nella sempre più avvertita esigenza di superare la frammentarietà delle gestioni locali e le relative e conseguenti diseconomie di scala, a livello sovranazionale, nella necessità di allinearsi alla normativa europea sulla qualità delle acque e sulla tutela dagli inquinamenti.

In tale *excursus* normativo, si anticipano le tappe di tale evoluzione:

- I: la Legge 5 gennaio 1994, n. 36 “*Disposizioni in materia di risorse idriche*” (c.d. “*Legge Galli*”)
- II: il Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 - “*Norme in materia ambientale*” (c.d. “*Testo unico ambientale*” – “*Tua*”)
- III: il Decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4 - “*Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale*”
- IV: il Decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133 - “*Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*” (c.d. “*Sblocca Italia*”), convertito con modificazioni dalla Legge 11 novembre 2014, n. 164.

1.1. Principiando dalla “*Legge Galli*” che, per prima, si è posta il nobile obiettivo di superare o, quantomeno, governare una pluralità di gestioni tra loro non comunicanti, è d'uopo menzionarne gli articoli 8 e 9.

L'art. 8, rubricato “*Organizzazione territoriale del servizio idrico integrato*”, infatti, al comma 1, disponeva “*I servizi idrici sono riorganizzati sulla base di ambiti territoriali ottimali delimitati secondo i seguenti criteri: a) (...); b) superamento della frammentazione delle gestioni; c) (...)*”.

Altrettanto inequivocabilmente l'art. 9, rubricato “*Disciplina della gestione del servizio idrico integrato*”, al comma 1, sanciva “*I Comuni e le Province di ciascun ambito territoriale ottimale di cui all'art. 8 (...) organizzano il servizio idrico integrato (...) al fine di garantirne la gestione secondo i criteri di efficienza, di efficacia e di economicità*”, mentre ai successivi commi 2, 3 e 4, pur ancora ammettendo una pluralità di soggetti gestori e di forme

gestorie, tuttavia, imponeva espressamente la “cooperazione” e il “coordinamento” sia tra gli Enti Locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale di riferimento, sia tra i vari soggetti gestori.

Tale assetto, seppur non normativamente qualificato come unitario, è stato ricondotto dalla pressoché unanime dottrina e giurisprudenza al concetto di unitarietà della gestione.

Per completezza espositiva è bene precisare che tale Legge è stata abrogata dall’art. 175, comma 1, lett. u), del successivo “Tua” (ad eccezione dell’art. 22, comma 6).

1.2. Il Testo unico ambientale, già dalla sua prima stesura, in quanto finalizzato a superare non più solo la frammentarietà delle gestioni, ma addirittura lo stesso sistema delle gestioni coordinate (unitarietà) disegnato dalla “Legge Galli”, per approdare al gestore unico (“unicità”).

In tal senso meritano menzione, in particolar modo, gli articoli 147 e 150.

L’art. 147, rubricato “*Organizzazione territoriale del ‘Servizio idrico integrato’*”, infatti, al comma 2, disponeva che “*le Regioni possono modificare le delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali per migliorare la gestione del servizio idrico integrato, assicurandone comunque lo svolgimento secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto, in particolare, dei seguenti principi: a) (...); b) unicità della gestione e, comunque, superamento della frammentazione verticale delle gestioni; c) (...)*” e, all’uopo, istituiva, all’art. 148, comma 1., l’Autorità d’ambito territoriale ottimale (A.T.O.) alla quale “*gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l’esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche (...)*”.

Altrettanto espressamente l’art. 150, rubricato “*Scelta della forma di gestione e procedure di affidamento*”, al comma 1, sanciva che “*l’Autorità d’ambito, nel rispetto del Piano d’ambito e del Principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale, delibera la forma di gestione fra quelle di cui all’art. 113, comma 5, del Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*”, peraltro e pertanto, precisando, ai successivi commi 2 e 3, come tali forme gestorie potessero indifferentemente, purché unitamente, sostanzarsi nell’affidamento a gestore unico selezionato con gara o piuttosto a società *in house providing* o mista.

Con il TUA, pertanto, il principio di unicità della gestione si sostituiva alla unitarietà delle gestioni delineata dalla “Legge Galli” che, come anticipato, veniva contestualmente abrogata.

1.3. Tuttavia, prima di esaminare il Dl. “*Sblocca Italia*”, deve darsi conto della “*battuta d’arresto*” a tale percorso evolutivo costituita dal Decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4 che, in sede di modifiche al “Tua”, all’art. art. 2, comma 13, disponeva:

“All’art. 147, comma 2, lettera b), ed all’articolo 150, comma 1, le parole: “*unicità della gestione*” sono sostituite dalle seguenti: “*unitarietà della gestione*”.

Nella Relazione illustrativa al correttivo si legge che tale modifica era dovuta alla necessità di adeguare le forme di gestione del “*Servizio idrico integrato*” al panorama comunitario, che conosce fenomeni complessi di gestione, tali da non essere riconducibili ad uno schema di unicità.

Ciò nondimeno, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, sin da subito ebbe ad osservare che in tal modo “*si corre il rischio di un sostanziale ritorno al sistema precedente, e dunque ad un numero di gestori potenzialmente pari al numero di Comuni che fanno parte dell’A.t.o.*”, altresì precisando che tale modifica esula “*dai limiti del potere correttivo e integrativo, perché non risulta giustificata da una esigenza pratica specifica; e, invero, il testo attuale del Decreto legislativo consente già temperamenti al sistema del gestore unico*” (Consiglio di Stato, Sezione consulenza atti normativi, 9 luglio 2007, n. 2660, e Id., 5 novembre 2007, n. 3838).

Con tale correttivo, pertanto, nonostante il parere sfavorevole del Supremo Consesso amministrativo, il Legislatore, con una sorta di *“moto pendolare”*, tornava a dare linfa al sistema di gestione delineato dalla abrogata *“Legge Gall?”*, che questa volta, sulla scia delle osservazioni degli interpreti, veniva espressamente definito principio di *“unitarietà della gestione”*.

In tale contesto normativo, si innestano, peraltro, due sentenze della Corte Costituzionale che, tuttavia, si limitano sostanzialmente ad affermare che *“il principio del “superamento della frammentazione delle gestioni” stabilito dalla legge n. 36 del 1994 (“Legge Gall?”) può realizzarsi, indifferentemente, sia con l’“unitarietà” delle gestioni, sia con l’“unicità” della gestione”* (Corte Costituzionale, Sentenza 24 luglio 2009, n. 246 e Id., 20 novembre 2009, n. 307).

1.4. Il Legislatore, con il Decreto *“Sblocca Italia”* è nuovamente intervenuto sul *“Tua”*, apportandovi una pluralità di rilevanti modifiche, tra le quali primeggia il ritorno e la definitiva consacrazione del principio di *“unicità della gestione”*, ritenuto più idoneo a superare le diffuse diseconomie gestorie attraverso processi costitutivo-aggregativi tra gestori, in grado di ridurre sensibilmente il numero e così favorire un reale e concreto consolidamento del settore.

Numerose sono, infatti, le disposizioni della versione vigente del *“Tua”* che ne fanno espressa menzione, tra le quali hanno un ruolo centrale gli artt.147, 149-bis e 172.

L’art. 147, rubricato *“Organizzazione territoriale del servizio idrico integrato”*, infatti, al comma 2, dispone che *“le Regioni possono modificare le delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali per migliorare la gestione del servizio idrico integrato, assicurandone comunque lo svolgimento secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto, in particolare, dei seguenti principi: a) (...); b) unicità della gestione; c) (...)”* e, all’uopo, istituisce, al comma 1, in luogo dell’Autorità d’ambito territoriale ottimale (A.T.O.), l’Ente di governo dell’ambito (E.G.A.), individuato dalla competente Regione per ciascun ambito territoriale ottimale, al quale *“gli Enti Locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente (...) ed al quale è trasferito l’esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche (...)”*.

II: Il regime delle gestioni esistenti ex art. 172 del Dlgs. n. 152/2006.

II. 1. L’art. 172 del Dlgs. n. 152 del 2006 nell’attuale versione e le fattispecie ivi previste.

1.1 L’art. 172 del Dlgs. n. 152 del 2006 (nella versione introdotta dall’art. 7 del Dl. n. 133 del 2014 convertito dalla Legge n. 164 del 2014) disciplina la sorte delle gestioni esistenti rispetto all’affidamento, da parte dell’Ente di governo dell’ambito, del *“Servizio idrico integrato”*.

1.2 La predetta disposizione si pone come finalità quella di *“garantire il rispetto del principio di unicità della gestione all’interno dell’ambito territoriale ottimale”* (in sostituzione del previgente *“principio di unitarietà”* della gestione), principio sancito in vari articoli del Dlgs. n. 152 del 2006 - cfr. art. 147, comma 2, lett. b); art. 149-bis, comma 1; art. 172, commi 1, 2 e 3.

1.3 L’art. 172 distingue varie ipotesi, precisamente:

- a) al comma 1, l’ipotesi in cui gli Enti di governo dell’ambito *“non abbiano già provveduto alla redazione del Piano d’ambito di cui all’art. 149, ovvero non abbiano scelto la forma di gestione ed avviato la procedura di affidamento”*, disponendo che l’affidamento del servizio al gestore unico debba avvenire entro il termine perentorio del 30 settembre 2015 *“con conseguente decadenza degli affidamenti non conformi alla disciplina pro-tempore vigente”*;
- b) al comma 2, l’ipotesi del subentro, *“alla data di entrata in vigore della presente disposizione”*, del *“gestore del servizio idrico integrato”* agli *“ulteriori soggetti operanti all’interno del medesimo ambito territoriale”* (in questo caso, quindi, il gestore del servizio idrico integrato già esiste alla data di entrata in vigore

dell'art. 172”), fatto salvo il caso in cui i predetti “*ulteriori soggetti*” “*gestiscano il servizio in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente e non dichiarato cessato ex lege*”, nel qual caso il subentro avviene “*alla data di scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto*”;

- c) al comma 3, l'ipotesi (*almeno per quanto è dato desumere dal tenore, forse non sempre facilmente intelligibile, della disposizione*), della “*prima applicazione*” dell'affidamento del servizio idrico integrato da parte dell'Ente di governo dell'ambito, tuttavia “*al di fuori dei casi di cui al comma 1*”. Per questa ipotesi la norma prevede:
1. che l'Ente di governo dell'ambito deve disporre “*l'affidamento al gestore unico di ambito*” del servizio idrico integrato “*alla scadenza di una o più gestioni esistenti nell'ambito territoriale tra quelle di cui al comma 2, ultimo periodo [cioè le gestioni esistenti “in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente e non dichiarato cessato ex lege”], il cui bacino complessivo affidato sia almeno pari al 25% della popolazione ricadente nell'ambito territoriale ottimale di riferimento*;
 2. che l'affidamento al gestore unico di ambito del servizio idrico integrato non pregiudica tuttavia i gestori esistenti alla data del suddetto affidamento qualora “*gestiscano il servizio in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente e non dichiarato cessato ex lege*”, in quanto le suddette gestioni proseguono fino alla “*data di scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto*”;

che l'Ente di governo dell'ambito deve disporre l'affidamento dei servizi che scadono anche prima della data di cui all'ipotesi sopra indicata sub 1), e cioè “*alla scadenza delle gestioni esistenti nell'ambito territoriale tra quelle di cui al comma 2 ultimo periodo [cioè le gestioni esistenti “in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente e non dichiarato cessato ex lege”], i cui bacini affidati siano complessivamente inferiori al 25% della popolazione ricadente nell'ambito territoriale ottimale di riferimento. Tuttavia, in questi casi, l'affidamento deve essere non superiore alla durata residua delle menzionate gestioni esistenti, la cui scadenza sia cronologicamente antecedente alle altre, ed il cui bacino affidato, sommato a quello delle gestioni oggetto di affidamento, sia almeno pari al 25% della popolazione ricadente nell'ambito territoriale di riferimento*”, cioè, in altri termini, l'affidamento del servizio o dei servizi scaduti deve avere una durata tale da raggiungere la data di scadenza delle gestioni esistenti il cui bacino complessivo sia almeno pari al 25% della popolazione ricadente nell'ambito territoriale ottimale di riferimento. Scaduti (nella stessa data) anche questi affidamenti, l'Ente di governo dell'ambito provvederà a disporre l'affidamento al gestore unico di ambito, come previsto nella prima parte della disposizione.

II. 2. Le ipotesi di gestioni “*salvaguardate*” previste dall'art. 172 del Dlgs. n. 152/2006.

2.1. Nell'ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 172, viene escluso il subentro del gestore di ambito rispetto alle gestioni esistenti il cui affidamento risulti “*conforme alla disciplina pro tempore vigente*”; tali gestioni “*salvaguardate*”, pur in assenza di una espressa previsione, deve ritenersi che proseguano fino alla “*data di scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto*” (così come invece espressamente previsto per le gestioni salvaguardate di cui ai successivi commi 2 e 3).

2.2. Nelle ipotesi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 172, viene escluso il subentro del gestore di ambito rispetto ai soggetti che “*gestiscano il servizio in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente e non dichiarato cessato ex lege*”; tali gestioni proseguono fino alla “*data di scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto*”.

2.3. La distinzione fra le ipotesi di salvaguardia di cui al comma 1, da una parte, e di cui ai commi 2 e 3, dall'altra parte, risiede nel fatto che, mentre nella prima ipotesi di cui al comma 1 per poter beneficiare

della salvaguardia è necessario che l'affidamento della gestione sia stato assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente, nella seconda ipotesi di cui ai commi 2 e 3 si richiede anche che tale affidamento non sia stato dichiarato cessato *ex lege*.

II. 3. La nozione di “disciplina pro tempore vigente”.

3.1. La disposizione dell'art. 172 del Dlgs. n. 152/2006, prevede la prosecuzione delle gestioni il cui affidamento risulti “conforme alla disciplina pro tempore vigente”.

3.2. Per quanto riguarda il profilo temporale della disciplina cui deve farsi riferimento per valutare la legittimità dell'affidamento, il riferimento è a quella “pro tempore vigente”, con ciò dovendosi intendere la disciplina vigente al momento dell'affidamento del Servizio.

II. 4. La disciplina applicabile.

4.1. Per quanto concerne l'esatta individuazione della disciplina applicabile, questa deve essere individuata nella legislazione di settore sul “Servizio idrico integrato” che disciplina, in modo specifico, la sorte delle gestioni esistenti (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 5080 del 14 ottobre 2014).

4.2. La legislazione di settore sul “Servizio idrico integrato” che disciplina, in modo specifico, la sorte delle gestioni esistenti è costituita:

a) dall'art. 10 della Legge n. 36/1 994;

b) dall'art. 172, comma 2, del Dlgs. n. 152/2006 nella versione antecedente alle modifiche apportate dal citato art. 7 del Dl. n. 133 del 2014, convertito dalla Legge n. 164 del 2014.

II. 5. I principi fondamentali di riforma del “Servizio idrico integrato” contenuti nella Legge n. 36/1994 e nel Dlgs. n. 152/2006.

5.1. La legislazione di Settore sul “Servizio idrico integrato”, che disciplina, in modo specifico, la sorte delle gestioni esistenti, deve essere interpretata alla luce dei principi fondamentali di riforma del “Servizio idrico integrato” contenuti nella Legge n. 36/1994 e nel Dlgs. n. 152/2006, cioè, in particolare:

a) del principio secondo cui le funzioni di organizzazione del “Servizio idrico integrato” e di affidamento del servizio sono sottratte ai singoli Comuni per essere devoluti alla “forma di cooperazione” degli stessi prevista dalla Legge n. 36/1994 (che, con il Dlgs. n. 152/2006, che introduce l'Autorità d'ambito territoriale ottimale, viene elevata al rango di soggetto di diritto);

b) del principio di gestione del “Servizio idrico integrato” sulla base di Ambiti territoriali ottimali al fine di superare la frammentazione gestionale e di unificare tutti i segmenti del servizio (*cfr. parte prima di questo studio*).

II. 6. La “forma di cooperazione” fra gli Enti Locali di cui all'art. 9, comma 3, della Legge n. 36/1994.

L'art. 9, comma 3, della Legge n. 36/1994 prevedeva che gli Enti Locali, per la gestione fra di loro coordinata delle funzioni di organizzazione e affidamento del “Servizio idrico integrato”, dovevano individuare una “forma di cooperazione” fra gli enti locali medesimi, anche mediante stipulazione di apposita convenzione ai sensi dell'art. 24 dell'allora vigente Legge n. 142 del 1990: tale “forma di

cooperazione” fra gli enti locali era competente, in via esclusiva ed al posto dei singoli Comuni, a determinare l’organizzazione del servizio idrico integrato ed a provvedere alla “*assegnazione del servizio*”.¹

II. 7. L’art. 10 della Legge n. 36/1994.

L’art. 10 della Legge n. 36/1994, disciplina la sorte delle “*gestioni esistenti*”, cioè delle gestioni affidate dai Comuni prima dell’entrata in vigore della citata Legge n. 36/1994, mentre non detta invece alcuna disciplina in merito alla sorte dei c.d. “*affidamenti intermedi*”, cioè degli affidamenti disposti dai Comuni dopo l’entrata in vigore della Legge n. 36/1994 e prima dell’affidamento del “*Servizio idrico integrato*” disposto da parte della “*forma di cooperazione*” fra gli Enti Locali ai sensi della stessa legge.

II. 8. Le “*gestioni esistenti*” nella disciplina di cui all’art. 10 della Legge n. 36/1994.

Con riferimento alle “*gestioni esistenti*”, cioè alle gestioni affidate dai Comuni prima dell’entrata in vigore della citata Legge n. 36/1994, l’art. 10 della Legge n. 36/1994 distingue (Tar Toscana, Sezione Seconda, n. 439 del 19 febbraio 2010, confermata da Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4528 del 28 luglio 2011; negli stessi termini Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4527 del 28 luglio 2011; da ultimo, nello stesso senso, Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 5080 del 14 ottobre 2014) fra:

- a) le gestioni esercitate mediante **soggetti di matrice pubblicistica**, per le quali dispone “*la continuazione fino all’organizzazione del ‘Servizio idrico integrato’*”, e, quindi, la loro anticipata decadenza con l’affidamento del servizio idrico integrato;
- b) le gestioni esercitate mediante **concessionari privati**, per le quali dispone la loro continuazione per l’intera durata della concessione, con la conseguenza che la “*forma di cooperazione*” fra gli enti locali affiderà al gestore di ambito tutti i servizi e con riferimento a tutti i territori diversi rispetto a quelli che rimangono in gestione ai concessionari privati salvaguardati.

II. 9. Gli “*affidamenti intermedi*” successivi all’entrata in vigore della Legge n. 36/1994.

9.1 Con riferimento agli “*affidamenti intermedi*”, cioè agli affidamenti disposti dai Comuni dopo l’entrata in vigore della Legge n. 36/1994 e prima dell’affidamento del “*Servizio idrico integrato*” disposto da parte della “*forma di cooperazione*” fra gli Enti Locali ai sensi della stessa legge, l’art. 10 della Legge n. 36/1994 non detta alcuna disciplina.

9.2 La soluzione della questione può essere trovata sulla base di una interpretazione sistematica delle suddette norme che tenga conto dei principi fondamentali di riforma del servizio idrico integrato contenuti nella Legge n. 36/1994 (e ora nel Dlgs. n. 152/2006) sopra indicati.

9.3 Pertanto, tali affidamenti “*intermedi*” disposti dai Comuni (cfr. Tar Toscana, Sezione Seconda, n. 439 del 19.2.2010, confermata da Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4528 del 28 luglio 2011):

- a) sono “*incompatibili*” con il nuovo sistema di gestione per ambiti territoriali ottimali delineato dal Legislatore;
- b) non possono essere conservati sino alla loro scadenza originaria, in quanto il comma 3 dell’art. 10 della Legge n. 36/1994 estende tale possibilità solo alle concessioni rilasciate prima della legge stessa.

¹ In Calabria la forma di cooperazione è stabilita dalla legislazione regionale su base unico regionale: si veda *infra*.

9.4 Ne consegue che tali affidamenti “*intermedi*”:

- a) possono proseguire soltanto ove giustificati da esigenze di continuità del servizio;
- b) in ogni caso, possono proseguire non oltre il momento in cui il servizio stesso sia stato affidato (dalla “*forma di cooperazione fra gli Enti Locali*”) al gestore di ambito del “*Servizio idrico integrato*”.

II. 10. L’art. 172, comma 2, del Dlgs. n. 152/2006 nella versione originaria.

10.1 L’art. 172, comma 2, del Dlgs. n. 152/2006, nella versione antecedente alle modifiche apportate dal citato art. 7 del Dl. n. 133 del 2014 convertito dalla Legge n. 164 del 2014, disponeva, con riferimento alle “*gestioni esistenti*”, cioè alle gestioni affidate prima dell’entrata in vigore del Dlgs. n. 152/2006, che, “*in relazione alla scadenza del termine di cui al comma 15-bis dell’art. 113 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267, l’Autorità d’ambito (che, con il Dlgs. n. 152/2006, ha sostituito la “forma di cooperazione” fra gli Enti Locali prevista dalla Legge n. 36/1994, quale soggetto titolare, in sostituzione dei Comuni, della funzione di organizzazione del ‘Servizio idrico integrato’ e di affidamento del servizio) dispone i nuovi affidamenti, nel rispetto della parte terza del presente decreto, entro i 60 giorni antecedenti tale scadenza*”.

10.2 Il comma 15-*bis* dell’art. 113 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 — introdotto dal comma 1 dell’art. 14, del Decreto-legge n. 269/2003, e poi così modificato dal comma 234 dell’art. 4 della Legge 24 dicembre 2003, n. 350 e dall’art. 15 del Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, come modificato dalla Legge di conversione —, richiamato dal citato art. 172, comma 2, aveva fissato per le “*concessioni del ‘Servizio idrico integrato’*”, “*rilasciate con procedura diversa dall’evidenza pubblica*”, la scadenza del 31 dicembre 2007, escludendo tuttavia da tale previsione alcune tipologie di “*gestioni esistenti*” e, precisamente, le seguenti:

- a) le concessioni affidate a società miste con socio privato scelto con gara (“*le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza*”);
- b) le concessioni affidate a società “*in house*” (le concessioni “*affidate a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano*”);
- c) “*le concessioni affidate alla data del 1° ottobre 2003 a società già quotate in borsa e a quelle da esse direttamente partecipate a tale data a condizione che siano concessionarie esclusive del servizio, nonché a società originariamente a capitale interamente pubblico che entro la stessa data abbiano provveduto a collocare sul mercato quote di capitale attraverso procedure ad evidenza pubblica*”. Per queste concessioni la scadenza è stabilita “*allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure ad evidenza pubblica, salva la possibilità di determinare caso per caso la cessazione in una data successiva qualora la stessa risulti proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati da parte del gestore*” (cfr. ultima parte del comma 15-*bis*).

10.3 La disposizione di cui al comma 15-*bis* dell’art. 113 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267 è stata abrogata dalla lett. a) del comma 1 dell’art. 12 del Dpr. 7 settembre 2010, n. 168.

II. 11. I presupposti che integrano la fattispecie della salvaguardia devono essere presenti alla data di entrata in vigore della disposizione normativa che tale salvaguardia prevede.

11.1 Per poter beneficiare della disciplina di salvaguardia (cioè della prosecuzione della gestione anche dopo l'affidamento del “*Servizio idrico integrato*” da parte dell’Autorità d’ambito), prevista dal citato comma 15-*bis* dell’art. 113 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Tuel), è necessario che tutti i presupposti che integrano la fattispecie della salvaguardia siano presenti alla data di entrata in vigore della disposizione normativa che tale salvaguardia prevede, cioè che la fattispecie salvaguardata risulti “*perfezionata*” alla suddetta data (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 5080/2014).

11.2 Secondo la citata giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 5080/2014), che esamina proprio la disposizione del comma 15-*bis* dell’art. 113 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267 - Tuel, non è consentito il “*perfezionamento della fattispecie normativa “a posteriori”*”. L’assunto infatti priva la norma in questione delle sue caratteristiche di disposizione transitoria, frutto del bilanciamento tra l’obiettivo primario della riorganizzazione del “*Servizio idrico integrato*” per ambiti ottimali, da un lato, e la tutela del legittimo affidamento alla prosecuzione delle concessioni in essere al momento della sua entrata in vigore da parte dei relativi concessionari dall’altro lato, finendo invece per assumere (per il tempo in cui è rimasta in vigore) le caratteristiche di norma “*a regime*”. Con ciò si determinerebbe dunque uno svuotamento degli obiettivi di efficiente allocazione del servizio sottesi alla istituzione degli ambiti territoriali ottimali, consentendo alle singole Amministrazioni comunali — in contrasto con la chiara determinazione del legislatore — di procrastinare a loro piacimento la situazione di frammentazione che la normativa di settore ha inteso superare. Inoltre, verrebbe dilatata l’ipotesi derogatoria di salvaguardia degli affidamenti preesistenti prevista dalla disciplina generale sui servizi pubblici locali, la quale va invece circoscritta alle gestioni esistenti al momento della sua introduzione nell’ordinamento giuridico.

II. 12. Il comma 15-*bis* dell’art. 113 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267 fa riferimento alle sole gestioni esistenti costituite da “*concessioni del ‘Servizio idrico integrato’*”

12.1 Il significato di tale locuzione (“*Servizio idrico integrato*”) è chiaro e discende dall’art. 141, comma 2, del Dlgs. n. 152/2006, investendo l’insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue. Il concetto indicato assume natura unitaria sin dalla Legge n. 36/1994, il cui art. 4 demandava allo Stato il compito di stabilire (lett. f “*i criteri per la gestione del servizio idrico integrato, costituito dall’insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue*”). L’ispirazione che sorregge tutta la normativa di settore è quella dell’unitarietà della gestione del servizio idrico integrato in tutto l’ambito di riferimento (cfr. Tar Lombardia, Sezione staccata di Brescia, Sentenza n. 247 del 12 marzo 2014, che richiama Tar Toscana, Sezione Seconda, Sentenza n. 687 del 17 marzo 2010, confermata da Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 4527 del 28 luglio 2011; ma, nello stesso senso, Tar Toscana, Sezione Seconda, n. 439 del 19 febbraio 2010, confermata da Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4528 del 28 luglio 2011).

12.2 Sulla base quindi di un’interpretazione letterale del comma 15-*bis* dell’art. 113 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Tuel), può ritenersi che le “*gestioni esistenti*” che possono continuare, ove ricorrano i requisiti e le condizioni contenute nella citata disposizione, sono costituite dalle concessioni disposte dai Comuni che abbiano in ogni caso come oggetto il “*Servizio idrico integrato*” (nel significato sopra specificato), mentre non possono comunque proseguire e devono quindi essere dichiarate decadute le concessioni disposte dai Comuni aventi ad oggetto singoli segmenti del servizio (in questo senso, Tar Lombardia, Sezione staccata di Brescia, Sentenza n. 247 del 12 marzo 2014).

II. 13 L'interpretazione secondo cui possono proseguire gli affidamenti disposti dai Comuni in epoca successiva all'entrata in vigore della Legge n. 36/1994 se rientranti nelle fattispecie per le quali comma 15-*bis* dell'art. 113 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, prevedeva la continuazione.

L'interpretazione letterale del combinato disposto delle disposizioni contenute nell'art. 172, comma 2, del Dlgs. n. 152/2006 (nella versione antecedente alle modifiche apportate dal citato art. 7 del Dl. n. 133 del 2014, convertito dalla Legge n. 164 del 2014) e del comma 15-*bis* dell'art. 113 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267 — pur con la limitazione sopra indicata secondo cui la salvaguardia potrebbe riguardare soltanto gli affidamenti aventi ad oggetto il “*Servizio idrico integrato*” — consentirebbe (sempre che sussistano i requisiti e le condizioni previste dalla disposizione contenute nel predetto comma 15-*bis* dell'art. 113 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267) la prosecuzione di affidamenti disposti dai Comuni in epoca successiva all'entrata in vigore della Legge n. 36/1994 (e, forse, anche di quelli disposti in epoca precedente).

II. 14 La diversa interpretazione secondo cui decadono tutti gli affidamenti disposti dai Comuni in epoca successiva all'entrata in vigore della Legge n. 36/1994.

14.1 La conclusione cui si giunge attraverso l'interpretazione letterale di cui sopra non appare convincente in quanto contrasta con i principi fondamentali contenuti nella legislazione di settore del “*Servizio idrico integrato*” di cui alla Legge n. 36/1994 ed al Dlgs. n. 152/2006, e, in particolare:

a) con il principio secondo cui le funzioni di organizzazione del “*Servizio idrico integrato*” e di affidamento del servizio sono sottratte ai singoli Comuni per essere devoluti alle “*forme di cooperazione*” degli stessi previste dalla Legge n. 36/1994, e poi alle Autorità d'ambito previste dal Dlgs. n. 152/2006;

b) con il principio di gestione del “*Servizio idrico integrato*” sulla base di ambiti territoriali ottimali al fine di superare la frammentazione gestionale e di unificare tutti i segmenti del Servizio.

14.2 Potrebbe quindi profilarsi una diversa interpretazione, non più letterale ma di carattere “*sistematico*” e “*secondo ratio*”, che consenta di coordinare fra di loro:

a) la finalità di tutelare la concorrenza, con la previsione della cessazione degli affidamenti non conformi al diritto europeo sui servizi pubblici e, segnatamente, sulle modalità di affidamento degli stessi nel rispetto dei principi della concorrenza (finalità perseguita dalla legislazione di carattere generale sui “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*”);

b) la finalità di organizzare il “*Servizio idrico integrato*” per Ambiti territoriali ottimali, al fine di superare la frammentazione gestionale e di unificare tutti i segmenti del servizio (finalità perseguita dalla legislazione di settore sul “*Servizio idrico integrato*”).

14.3 Deve rilevarsi, in generale, che dall'ordinamento positivo sui “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*” è rinvenibile un principio generale che differenzia nettamente la rilevanza giuridica e l'applicabilità ai casi specifici, da una parte, della normativa di carattere generale sulla disciplina dei “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*”, e, dall'altra parte, della normativa di settore relativa a specifici “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*” (cfr. Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 5080/2014, ma già in precedenza Tar Toscana, Sezione Seconda, n. 439 del 19 febbraio 2010, confermata da Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4528 del 28 luglio 2011; negli stessi termini Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4527 del 28 luglio 2011):

a) la normativa di carattere generale sui “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*” è volta a individuare i requisiti in base ai quali gli affidamenti sono conformi al diritto europeo dei servizi pubblici (segnatamente, al diritto europeo che tutela e promuove la concorrenza) e — per quanto riguarda le “*gestioni esistenti*” — a disciplinare le fattispecie nelle quali affidamenti non conformi al diritto europeo dei servizi pubblici (segnatamente, al diritto europeo che tutela e promuove la concorrenza) possono, ciò nonostante, continuare, a quali condizioni e con quali scadenze;

b) la normativa di settore sui “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*” e, per quanto qui interessa, la normativa di settore sul “*Servizio idrico integrato*” è volta invece ad attuare i principi, di diritto interno nazionale, di efficacia, efficienza ed economicità e di superamento della situazione di frammentazione degli affidamenti, attraverso l’allocazione dello stesso a livello di ambito territoriale ottimale (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza n. 5080/2014) e — per quanto riguarda le gestioni esistenti — a disciplinare non già e non tanto le fattispecie nelle quali affidamenti non conformi al diritto europeo dei servizi pubblici (segnatamente, al diritto europeo che tutela e promuove la concorrenza) possono continuare, ma a disciplinare le fattispecie nelle quali affidamenti non conformi ai suddetti principi, di diritto interno nazionale, di efficacia, efficienza ed economicità e di superamento della situazione di frammentazione degli affidamenti, attraverso l’allocazione dello stesso a livello di ambito territoriale ottimale, possono continuare, a quali condizioni e con quali scadenze.

14.4 L’interpretazione che appare più ragionevole delle norme in questione è quella secondo la quale tutti gli affidamenti disposti dai Comuni in epoca successiva all’entrata in vigore della Legge n. 36/1994 (indipendentemente dalla loro conformità con la normativa comunitaria e nazionale a tutela della concorrenza) debbano essere dichiarati decaduti con l’organizzazione del “*Servizio idrico integrato*” per ambiti territoriali ottimali e con il conseguente affidamento del Servizio al gestore di ambito da parte, prima (sotto la vigenza della Legge n. 36/1994), della “*forma di cooperazione*” fra gli Enti Locali, poi (sotto la vigenza del Dlgs. n. 152/2006, prima delle modifiche di cui all’art. 7 del Dl. n. 133 del 2014 convertito dalla Legge n. 164 del 2014), dell’Autorità d’ambito, e ora (vigente il Dlgs. n. 152/2006 con le modifiche apportate dall’art. 7 del Dl. n. 133 del 2014, convertito dalla Legge n. 164 del 2014), dell’Ente di governo dell’ambito.

14.5 Secondo questa interpretazione, la disposizione di cui al comma 2 dell’art. 172 del Dlgs. n. 152/2006, nella previgente formulazione, avrebbe la sola finalità, con il richiamo alle scadenze del termine di cui al comma 15-*bis* dell’art. 113 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267, di individuare la scadenza anticipata non delle concessioni disposte dai Comuni, ma delle concessioni del “*Servizio idrico integrato*” disposte, ai sensi della Legge n. 36/1994, dalle “*forme di cooperazione*” fra gli Enti Locali previste dalla stessa legge n. 36/1994 e “*rilasciate con procedure diverse dall’evidenza pubblica*”.

14.6 Secondo questa interpretazione, quindi, il combinato disposto delle disposizioni contenute nell’art. 172, comma 2, del Dlgs. n. 152/2006 (nella versione antecedente alle modifiche apportate dal citato art. 7 del Dl. n. 133 del 2014 convertito dalla Legge n. 164 del 2014) e del comma 15-*bis* dell’art. 113 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267, stabilisce che:

a) le concessioni del “*Servizio idrico integrato*” disposte, ai sensi della Legge n. 36/1994, dalle “*forme di cooperazione*” fra gli enti locali previste dalla stessa Legge n. 36/1994 e “*rilasciate con procedure diverse dall’evidenza pubblica*” cessano, “*relativamente al servizio idrico integrato*” alla data del 31 dicembre 2007, con l’eccezione delle concessioni rilasciate a società quotate in borsa e loro partecipate (la cui scadenza è stabilita “*allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore*”

a seguito di procedure ad evidenza pubblica, salva la possibilità di determinare caso per caso la cessazione in una data successiva qualora la stessa risulti proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati da parte del gestore”, cfr. ultima parte del comma 15-bis), e ferma restando la prosecuzione delle società miste, a condizione che il socio privato sia stato scelto con gara, e delle società a capitale interamente pubblico, a condizione che rispettino i requisiti previsti dal diritto europeo in tema di “*in house*”, in quanto, in entrambi i casi, si tratta di fattispecie consentite dall’ordinamento europeo;

b) le concessioni rilasciate da parte dei Comuni cessano con l’affidamento del “*Servizio idrico integrato*” da parte delle Autorità d’ambito, ai sensi del Dlgs. n. 152/2006.

14.7 L’interpretazione che è stata sopra indicata appare confermata dalla Sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 5080/2014, la quale — pur nella vigenza del principio di unitarietà della gestione del servizio idrico integrato, ora sostituito da quello della “unicità” — ha affermato che “*se [...] l’unitarietà della gestione del servizio idrico a livello di ambito non presuppone necessariamente l’unicità del gestore (come tra l’altro chiarito dalla Corte Costituzionale, nella Sentenza n. 246 del 24 luglio 2009), è altrettanto indiscutibile che la riorganizzazione dello stesso a livello di ambito territoriale ottimale costituisce una scelta coerente con gli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità e di superamento della frammentazione delle gestioni esistenti fissati dalla legislazione sopra esaminata, che, invece, la continuazione delle gestioni a livello di singolo Comune compreso nell’ambito perpetuerebbe*”, precisando che non è consentito “*alle singole Amministrazioni comunali — in contrasto con la chiara determinazione del Legislatore — di procrastinare a loro piacimento la situazione di frammentazione che la normativa di settore ha inteso superare*”.

II. 15. La decadenza degli affidamenti disposti dai Comuni in epoca successiva all’entrata in vigore della Legge n. 36/1994 di “matrice pubblicistica”.

15.1 In ogni caso, appare senz’altro in contrasto con i principi fondamentali di riforma del “*Servizio idrico integrato*” sopra richiamati, contenuti nella legislazione di settore del “*Servizio idrico integrato*” di cui alla Legge n. 36/1994 ed al Dlgs. n. 152/2006, la prosecuzione di gestioni di matrice pubblicistica, con ciò intendendosi non soltanto le gestioni in economia da parte dei Comuni, ma anche le gestioni effettuate da enti pubblici economici (come le aziende speciali) o dalle società partecipate totalmente dal Comune (a maggior ragione quando siano qualificabili come società “*in house*”).

15.2 Del resto, l’art. 10 della Legge n. 36/1994 disponeva espressamente la cessazione di tutte le gestioni di matrice pubblicistica, così come riconosciuto in modo pacifico dalla giurisprudenza (cfr. le Sentenze sopra citate).

15.3 Ne consegue che deve essere dichiarata la decadenza non solo delle gestioni in economia dei Comuni, ma anche di tutte le gestioni affidate a soggetti comunque di matrice pubblicistica, ivi comprese le aziende speciali, anche consortili, e le società a partecipazione totalmente pubblica.

II. 16 Gli “affidamenti intermedi” successivi all’entrata in vigore del Dlgs. n. 152/2006.

16.1 Per quanto concerne i c.d. “*affidamenti intermedi*”, cioè gli affidamenti disposti dai Comuni dopo l’entrata in vigore del D.lgs. n. 152/2006 e prima dell’affidamento del “*Servizio idrico integrato*” al gestore di ambito da parte dell’Autorità d’ambito ai sensi del medesimo Decreto legislativo, l’art. 172, comma 2, del citato Dlgs. n. 152/2006 (così come il previgente art. 10 della Legge n. 36/1994) non detta alcuna disciplina.

16.2 La soluzione della questione deve essere risolta analogamente a quella sotto la vigenza della Legge n. 36/1994, cioè sulla base di una interpretazione sistematica delle suddette norme che tenga conto dei principi fondamentali di riforma del “*Servizio idrico integrato*” contenuti nella Legge n. 36/1994 e nel Dlgs. n. 152/2006, cioè, in particolare:

a) del principio secondo cui le funzioni di organizzazione del “*Servizio idrico integrato*” e di affidamento del servizio sono sottratte ai singoli Comuni per essere devoluti alla “*forma di cooperazione*” degli stessi prevista dalla Legge n. 36/1994, che, con il Dlgs. n. 152/2006, che introduce l’Autorità d’ambito territoriale ottimale, viene elevata al rango di soggetto di diritto;

b) del principio di gestione del “*Servizio idrico integrato*” sulla base di ambiti territoriali ottimali al fine di superare la frammentazione gestionale e di unificare tutti i segmenti del Servizio.

16.3 Pertanto, anche tali affidamenti “*intermedi*” disposti dai Comuni dopo l’entrata in vigore del Dlgs. n. 152/2006 e prima dell’affidamento del “*Servizio idrico integrato*” al gestore di ambito da parte dell’Autorità d’ambito (come gli affidamenti disposti dai Comuni dopo l’entrata in vigore della Legge n. 36/1994, di cui abbiamo sopra trattato):

a) sono “*incompatibili*” con il nuovo sistema di gestione per ambiti territoriali ottimali delineato dal Legislatore;

b) non possono essere conservati sino alla loro scadenza originaria, in quanto l’art. 172, comma 2, del Dlgs. n. 152/2006 si riferisce alle sole “*gestioni esistenti*” e, cioè, alle gestioni affidate prima della data di entrata in vigore del suddetto Dlgs. n. 152/2006.

16.4 Ne consegue che tali affidamenti “*intermedi*”:

a) possono proseguire soltanto ove giustificati da esigenze di continuità del Servizio;

b) in ogni caso, possono proseguire non oltre il momento in cui il Servizio stesso sia stato affidato (dall’Autorità d’ambito) al gestore di ambito del “*Servizio idrico integrato*”.

II. 17 Le disposizioni in tema di gestioni esistenti o di regime transitorio contenute nella normativa generale di disciplina dei “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*”: digressioni sull’art. 23-*bis* della Legge n. 133 del 2008 ad oggi abrogato e sull’art. 34 del Dl. 179/2012.

17.1 Per la disciplina delle gestioni esistenti nel settore del “*Servizio idrico integrato*”, non è consentito applicare le disposizioni in tema di gestioni esistenti o di regime transitorio contenute nella normativa generale di disciplina dei “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*” (quali, ad esempio, l’art. 23-*bis* della Legge n. 133 del 2008, di conversione del Decreto legge n. 112 del 2008, oppure l’art. 34, commi 21 e 22, del Decreto legge n.179/2012, convertito dalla Legge n. 221/2012). Deve pertanto applicarsi, in via esclusiva, la legislazione di settore del “*Servizio idrico integrato*”, cioè l’art. 172 del Dlgs. n. 152/2006, nonché la legislazione specifica che tale norma richiama, cioè il comma 15-*bis* dell’art. 113 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 5080 del 14 ottobre 2014).

17.2 Secondo la citata giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 5080/2014) — che esamina proprio la disposizione contenute nell’art. 23-*bis* della Legge n. 133 del 2008, di conversione del Decreto legge n. 112 del 2008 e quella contenuta nell’art. 34, commi 21 e 22, del Dl. n. 179/2012, convertito dalla Legge n. 221/2012 — “*rispetto alla norma in questione [l’art. 23-*bis* della Legge n.*

133 del 2008, di conversione del Decreto legge n. 112 del 2008] si atteggia tuttavia a speciale quella (...) contenuta nell'art. 113, comma 15-bis, Dlgs. n. 267/2000, in virtù del suo riferimento particolare al 'Servizio idrico integrato' e del fatto di essere recettivamente richiamato dall'art. 172, comma 2, del Decreto legislativo n. 152 del 2006. Ad ulteriore conferma di tale specialità, deve essere evidenziato che, nella sua versione originaria, prima cioè delle modifiche introdotte dal citato Dl. n. 135/2009, il comma 8 dell'art. 23-bis era espressamente riferito alle 'concessioni relative al 'Servizio idrico integrato' rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica', ivi prevedendosi per queste una scadenza al 31 dicembre 2010. Con la novella del 2009, per contro, è stata introdotta una disciplina transitoria generale per gli affidamenti non conformi, evidentemente suscettibile di essere derogata da disposizioni contenute in discipline di settore relative al singolo servizio pubblico, tanto più se maggiormente coerenti con i principi comunitari che il Dl. n. 135/2009 ha inteso attuare per tutti i servizi pubblici locali. Conseguentemente, nel conflitto apparente con quella successiva, avente ad oggetto la stessa materia, deve essere data prevalenza a quella del Tuel, nonché al citato art. 172, comma 2, t.u. ambiente, il quale è finalizzato non solo ad attuare i principi di concorrenzialità di matrice europea ma anche quelli specifici di origine interna relativi al 'Servizio idrico integrato', vale a dire di efficacia, efficienza ed economicità e di superamento della situazione di frammentazione degli affidamenti, attraverso l'allocazione dello stesso a livello di ambito territoriale ottimale. Conseguentemente, deve escludersi che, una volta accertata l'insussistenza dei presupposti ai sensi di quest'ultima disposizione, la salvaguardia dell'efficacia possa essere in qualche modo recuperata in virtù della norma successiva. Né l'applicabilità delle disposizioni contenute nell'art. 23-bis può essere sostenuta sotto altri profili, ed in particolare in forza della prevalenza sancita al comma 1 sulle discipline di settore incompatibili. Tale prevalenza concerne infatti i casi in cui queste ultime si pongano in contrasto con i principi di concorsualità nell'affidamento dei 'servizi pubblici di rilevanza economica' di origine europea, che la disposizione in esame ha inteso affermare sul piano interno. Ebbene, come sopra accennato, un simile contrasto non è certo ravvisabile in relazione alle norme sul 'Servizio idrico integrato' finora richiamate, atteso che nell'ambito di queste ultime viene operato un richiamo proprio ai principi dell'evidenza pubblica comunitaria per la selezione del gestore del 'Servizio idrico' (art. 150, comma 2, Dlgs. n. 152/2006). Pertanto, è a queste ultime norme che deve essere attribuita prevalenza rispetto a quelle generali contenute nell'art. 23-bis. Del pari non è applicabile la clausola di salvezza contenuta nel comma 12 del medesimo art. 23-bis. Questa è infatti relativa alle 'procedure di affidamento già avviate' alla data di entrata in vigore della Legge n. 133/2008, ma non già agli affidamenti in essere e quindi, trattandosi di una ulteriore ipotesi derogatoria rispetto a quella del comma 8, lett. c), la stessa deve essere applicata in senso rigorosamente letterale, come visto sopra a proposito dell'art. 113, comma 15-bis, Tuel?.

17.3 La citata giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 5080/2014) perviene alle stesse conclusioni anche con riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 34, commi 21 e 22, del Decreto legge n. 179/2012, convertito dalla Legge n. 221/2012: "Il diritto alla prosecuzione del Servizio invocato nel presente giudizio non può essere ricavato, sempre con ragionamento a contrario, dalla normativa in materia di servizi pubblici locali introdotta dal Dl. n. 179/2012 (convertito con Legge n. 221/2012, 'recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese'), ed in particolare dalla salvezza sino al 31 dicembre 2013 per gli affidamenti «non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea», ai sensi dell'art. 34, comma 21 (indicato erroneamente dalle appellanti come comma 20). Anche nei rapporti tra quest'ultimo intervento normativo e l'art. 113, comma 15-bis, d.lgs. n. 267/2000 si riproduce infatti il rapporto di specialità visto in sede di esame dell'art. 23-bis del Dl. n. 112/2008, per cui è sufficiente richiamare le considerazioni poc'anzi svolte".

17.4 Con riferimento all'art. 34 del Decreto-legge n. 179/2012, convertito dalla Legge n. 221/2012, il Consiglio di Stato individua un ulteriore motivo che impedisce l'applicabilità delle relative disposizioni al settore del servizio idrico integrato, rilevando che "peraltro, l'art. 34, comma 21, in esame, ha un oggetto ed una finalità ben precisi, consistenti nel completo adeguamento degli affidamenti dei servizi pubblici locali, preesistenti e successivi all'entrata in vigore del Dl. n. 179/2012, alla normativa europea, il tutto come evincibile dalla lettura

combinata con il precedente comma 20 ed il successivo comma 22. Per contro, nella presente vicenda contenziosa l'Autorità d'ambito (...) e la Provincia di (...) ad essa subentrata non hanno inteso conformarsi al diritto europeo dei servizi pubblici, ma hanno attuato la riorganizzazione dello specifico 'Servizio idrico integrato' per singolo ambito territoriale. L'iniziativa qui contestata trae quindi origine dai vincoli normativi di carattere interno relativi al 'Servizio idrico integrato', poc'anzi visti, di efficiente allocazione del servizio idrico integrato, rispondenti a finalità ulteriori e non in contrasto con quelle perseguite in ambito sovranazionale".

17.5 Deve peraltro rilevarsi che la finalità consistente nel "completo adeguamento degli affidamenti dei servizi pubblici locali alla normativa europea" era proprio anche delle disposizioni contenute nell'art. 23-bis della Legge n. 133 del 2008, di conversione del Decreto-legge n. 112 del 2008.

II. 18 L'interpretazione dell'art. 172 del Dlgs. n. 152/2006 e la sua compatibilità con i principi della riforma del "Servizio idrico integrato".

18.1 Non pare sussistano dubbi sulla circostanza che la disposizione di cui al comma 2 si riferisca all'ipotesi in cui nell'ambito di riferimento sia stato disposto l'affidamento del "Servizio idrico integrato" ai sensi della Legge n. 36/1994 o del Dlgs. n. 152/2006, poiché la norma presuppone l'esistenza del gestore del "Servizio idrico integrato" "alla data di entrata in vigore della presente disposizione".

18.2 La disposizione di cui al comma 1 sembra invece riferirsi all'ipotesi in cui nell'ambito di riferimento non sia mai stato disposto alcun affidamento del "Servizio idrico integrato" ai sensi della Legge n. 36/1994 o del Dlgs. n. 152/2006, mentre la disposizione di cui al comma 3 sembra riferirsi all'ipotesi in cui le Autorità di ambito abbiano già affidato il "Servizio idrico integrato" ai sensi della Legge n. 36/1994 o del Dlgs. n. 152/2006, ma non ad un gestore unico per l'intero Ambito (non imponendo tali normative l'affidamento ad un unico gestore di ambito), ma ad una pluralità di gestori, o comunque all'ipotesi in cui, nel disporre l'affidamento del servizio idrico integrato ai sensi della Legge n. 36/1994 o del Dlgs. n. 152/2006, abbiano salvaguardato altri gestori esistenti, prevedendo la loro continuazione fino alla scadenza dei relativi affidamenti.

18.3 L'interpretazione di cui al precedente punto 18.2 sembra avvalorata dal fatto che, diversamente ragionando, la norma potrebbe essere interpretata nel senso (irragionevole) che nelle ipotesi in cui nell'Ambito di riferimento non sia mai stato disposto l'affidamento del "Servizio idrico integrato" ai sensi della Legge n. 36/1994 o del Dlgs. n. 152/2006:

a) se l'Ente di governo dell'ambito non ha provveduto alla redazione del Piano d'ambito, ovvero non ha scelto la forma di gestione ed avviato la procedura di affidamento, deve approvare tali atti e disporre l'affidamento al "gestore unico" immediatamente, cioè entro la data del 30 settembre 2015 (fatta salva la prosecuzione degli affidamenti conformi alla disciplina *pro tempore* vigente);

b) se l'Ente di governo dell'ambito ha invece già provveduto a tali adempimenti e sia quindi in procinto di disporre l'affidamento al gestore unico, detto affidamento deve invece essere rinviato alle successive scadenze previste dal comma 3.

Se l'Ente di governo dell'Ambito è stato inadempiente nel porre in essere gli atti di programmazione (l'approvazione del Piano d'ambito), la scelta della forma di gestione e la procedura di affidamento, gli viene consentito, ed anzi imposto, di approvare subito tali atti e di disporre l'affidamento al "gestore unico"; se invece l'Ente di governo è stato diligente nel porre in essere i predetti atti, ma non ha ancora

approvato soltanto l'atto finale di affidamento del Servizio, viene penalizzato in quanto gli viene impedito di disporre subito l'affidamento al gestore unico.

Tale conseguenza è del tutto irragionevole, a meno che non si accolga l'interpretazione che abbiamo sopra indicato al punto 18.3: che, cioè, l'ipotesi di cui al comma 3 si riferisce ai casi in cui l'Ente di governo dell'ambito avesse già disposto (prima dell'entrata in vigore dell'art. 7 del Dl. n. 133 del 2014 convertito dalla Legge n. 164 del 2014) l'affidamento del “*Servizio idrico integrato*” ai sensi della Legge n. 36/1994 o del Dlgs. n. 152/2006; affidamento che, tuttavia, non imponendo tali norme il gestore “*unico*”, ben poteva mantenere in essere una pluralità di gestioni all'interno dell'Ambito territoriale di riferimento.

Nell'ipotesi di cui al comma 3, il fondamento razionale che giustifica il rinvio nel tempo dell'affidamento al gestore “*unico*” è costituito (i) dal fatto che le gestioni esistenti (pur in presenza, appunto, di una pluralità di gestioni e non di un gestore “*unico*”) hanno ricevuto l'affidamento non dai Comuni, ma dall'Ente di governo dell'ambito; (ii) dal fatto che comunque, pur in presenza di una pluralità di gestioni, il servizio idrico integrato sia comunque organizzato sulla base di un Piano d'ambito approvato dall'Ente di governo dell'ambito e previa scelta, sempre da parte dell'Ente di governo, della forma di gestione del Servizio.

Dunque, nell'ipotesi di cui al comma 3, l'Ente di governo ha effettivamente svolto le proprie funzioni previste dalla normativa di settore di disciplina del “*Servizio idrico integrato*”, mediante l'approvazione del Piano d'ambito, la scelta della forma di gestione e l'affidamento del “*Servizio idrico integrato*” ai sensi della Legge n. 36/1994 o del Dlgs. n. 152/2006, anche se si è ancora in presenza di una pluralità di gestioni e non di un gestore unico, ma comunque di una pluralità di gestioni affidate o comunque assentite dall'Ente di governo dell'ambito: in questi casi si giustifica e si comprende il rinvio dell'affidamento al gestore unico di ambito. Siamo in presenza di una pluralità di gestioni, ma non di una “*frammentazione*” gestionale in quanto il “*Servizio idrico integrato*” è comunque organizzato sulla base degli atti posti in essere dall'Ente di governo dell'ambito.

Nell'ipotesi di cui al comma 1, invece, ove l'Ente di governo dell'ambito non ha posto in essere gli adempimenti di cui sopra e, pertanto, i gestori esistenti continuano a gestire i servizi sulla base di affidamenti ricevuti dai Comuni e non dall'Ente di governo dell'ambito, ben si comprende l'obbligo che il comma 1 dell'art. 172 impone agli Enti di governo dell'ambito di procedere immediatamente all'approvazione di tali atti ed all'affidamento del “*Servizio idrico integrato*” al gestore unico (pur salvaguardando gli affidamenti conformi alla disciplina *pro tempore* vigente). Siamo infatti in presenza, non tanto di una pluralità di gestioni, ma di una vera e propria “*frammentazione*” gestionale, costituita da gestori che hanno ricevuto l'affidamento dai Comuni e senza alcuna organizzazione del “*Servizio idrico integrato*” da parte dell'Ente di governo dell'ambito.

18.4 In definitiva, la disposizione di cui al comma 1 dell'art. 172 del Dlgs. n. 152/2006 sembra applicarsi — seguendo un'interpretazione ragionevole, che tenga conto anche del contenuto delle disposizioni di cui ai successivi commi 2 e 3 — agli Enti di governo dell'ambito che devono ancora provvedere per la prima volta all'affidamento del “*Servizio idrico integrato*” nell'Ambito territoriale ai sensi della legislazione di settore di disciplina del Servizio.

III. Ambiti regionali e l'eccezione della gestione frazionata prevista dall'art. 147, comma 2-bis, “*Tua*”: la Sentenza del Consiglio di Stato a favore della gestione unica su base regionale.

III.1 Si riporta per comodità la disposizione dell'art. 147, comma 2-bis, del TUA: *“Qualora l'Ambito territoriale ottimale coincida con l'intero territorio regionale, ove si renda necessario al fine di conseguire una maggiore efficienza gestionale ed una migliore qualità del servizio all'utenza, è consentito l'affidamento del 'Servizio idrico integrato' in ambiti territoriali comunque non inferiori agli ambiti territoriali corrispondenti alle Province o alle Città metropolitane. Sono fatte salve: a) le gestioni del 'Servizio idrico' in forma autonoma nei Comuni montani con popolazione inferiore a 1.000 abitanti già istituite ai sensi del comma 5 dell'art. 148; b) le gestioni del 'Servizio idrico' in forma autonoma esistenti, nei Comuni che presentano contestualmente le seguenti caratteristiche: approvvigionamento idrico da fonti qualitativamente pregiate; sorgenti ricadenti in parchi naturali o aree naturali protette ovvero in siti individuati come beni paesaggistici ai sensi del 'Codice dei beni culturali e del paesaggio', di cui al Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; utilizzo efficiente della risorsa e tutela del corpo idrico. Ai fini della salvaguardia delle gestioni in forma autonoma di cui alla lett. b), l'Ente di governo d'ambito territorialmente competente provvede all'accertamento dell'esistenza dei predetti requisiti.”*

III.2 Si deve rilevare che l'efficienza del Servizio è uno dei presupposti per poter configurare l'eccezione della gestione autonoma del *“Servizio idrico integrato”* (“SIP”), che, altrimenti, per regola generale, deve essere unitaria. La fattispecie prevista dall'art. 147, comma 2-bis del Dlgs. n.152/2006 consente, infatti, *solo in casi eccezionali* a singoli Comuni la gestione in forma autonoma del *“Servizio idrico integrato”*; si tratta di norma *derogatoria ed eccezionale*, che deve essere interpretata in modo rigoroso e restrittivo, atteso che una più ampia interpretazione comporterebbe l'effetto di vanificare il principio dell'unicità di gestione per ambiti territoriali ottimali, riducendone fortemente la portata applicativa. Pertanto, nel caso esaminato dal Consiglio di Stato, Sezione V, con la Sentenza 26 ottobre 2020, n. 5237, è stato ritenuto legittimo l'atto dell'Ufficio d'Ambito che ha dichiarato improcedibile la richiesta del Comune relativa all'accertamento delle condizioni *ex art. 147, comma 2-bis*, del Dlgs. n. 152/2006 (nel testo introdotto dall'art. 62, comma 4, della Legge n. 221/2015) per la prosecuzione in forma autonoma del *“Servizio idrico integrato”*, sussistendo numerosi parametri che denotano l'inefficacia della gestione del *“Servizio idrico integrato”* da parte del gestore affidata dal Comune richiedente.

IV. La unicità della gestione del “SIP” secondo la Corte Costituzionale.

IV.1 La Corte Costituzionale, con la Sentenza 6 novembre 2020, n. 231, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, della Legge della Regione Siciliana 11 agosto 2017, n. 16², in materia di gestione del *“Servizio idrico integrato”*, per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e), della Costituzione.

IV.2 Le norme censurate prevedevano la gestione diretta comunale del *“Servizio idrico integrato”*, sia pure con riferimento solo ad alcuni Comuni (quelli nel cui territorio era ancora operante la gestione “EAS”, in liquidazione). Si tratta di una gestione imposta *“sino alla piena attuazione delle disposizioni di cui all'art. 3, comma 3, lett. f), della Legge regionale 11 agosto 2015, n. 19”*, cioè fino all'affidamento del *“Servizio idrico integrato”* al gestore unico d'ambito, e dunque per un periodo di tempo in teoria limitato ma in concreto indeterminato e potenzialmente esteso. Così disponendo, l'art. 4, commi 1 e 2, della Legge Regione

² Il citato comma 1 dispone quanto segue: *“entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, l'Ente Acquedotti Siciliani (EAS) in liquidazione provvede alla consegna degli impianti e delle reti idriche al Comune o al Consorzio dei Comuni interessati, a seconda che gli impianti siano a servizio di un solo Comune o di più Comuni, che ne assumono la gestione, con oneri a carico della tariffa del servizio idrico integrato, sino alla piena attuazione delle disposizioni di cui all'art. 3, comma 3, lett. f), della Legge regionale 11 agosto 2015, n. 19”. Il comma 2 stabilisce poi che, “trascorso il termine perentorio di cui al comma 1, l'Assessore regionale per l'energia e i servizi di pubblica utilità, previa diffida al comune ad adempiere entro il termine di 30 giorni, nomina un commissario ad acta per la presa in consegna degli impianti di cui al comma 1 nel termine dei successivi 30 giorni”.*

Siciliana n. 16 del 2017 si pone in contrasto con le previsioni dell'art. 147, commi 2, lett. b), e 2-bis, del "Codice ambientale", che rispettivamente sanciscono il principio di unicità della gestione del "SIP" nell'Ambito territoriale ottimale e indicano i casi in cui sono consentite le gestioni comunali autonome, così escludendo la possibilità che altre gestioni comunali permangano. Per la stessa ragione, la disciplina della cui costituzionalità il Tar rimettente dubita viola anche l'art. 149-bis, comma 1, del "Codice ambientale", che ribadisce il principio di unicità della gestione del "Servizio idrico integrato" nell'ambito territoriale ottimale.

IV.3 A conforto delle conclusioni in ordine alla violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e), della Costituzione, si richiama inoltre l'art. 172 del TUA, che, regolando le «Gestioni esistenti», prescrive l'avvio della procedura di affidamento del "SIP" al gestore unico d'ambito entro il 30 settembre 2015 e prevede poteri sostitutivi del Presidente della Regione e, se del caso, del Presidente del Consiglio dei Ministri. Le menzionate norme statali sono ascrivibili alla «tutela della concorrenza» in base a un indirizzo costante della Corte costituzionale secondo cui «devono essere ricondotte» «ai titoli di competenza di cui all'art. 117, comma 2, lett. e) e s), Costituzione, sia la disciplina della tariffa del 'Servizio idrico integrato' (Sentenze n. 67 del 2013, n. 142 e n. 29 del 2010, n. 246 del 2009), sia le forme di gestione e le modalità di affidamento al soggetto gestore (Sentenze n. 117 e n. 32 del 2015, n. 228 del 2013, n. 62 del 2012, n. 187 e n. 128 del 2011, n. 325 del 2010), con la precisazione, operata sempre con riguardo al Settore idrico, che le regioni possono dettare norme che tutelino più intensamente la concorrenza rispetto a quelle poste dallo Stato (Sentenza n. 307 del 2009)» (Sentenza n. 93 del 2017)» (Sentenza n. 65 del 2019), spettando allo Stato «la disciplina del regime dei servizi pubblici locali, vuoi per i profili che incidono in maniera diretta sul mercato, vuoi per quelli connessi alla gestione unitaria del servizio» (Sentenza n. 173 del 2017; nello stesso senso, Sentenze n. 65 del 2019 e n. 160 del 2016). In particolare, la Corte «ha chiarito che la disciplina diretta al superamento della frammentazione verticale della gestione delle risorse idriche, con l'assegnazione a un'unica Autorità preposta all'ambito delle funzioni di organizzazione, affidamento e controllo della gestione del 'Servizio idrico integrato', è ascrivibile alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, essendo essa diretta ad assicurare la concorrenzialità nel conferimento della gestione e nella disciplina dei requisiti soggettivi del gestore, allo scopo di assicurare l'efficienza, l'efficacia e l'economicità del servizio (Sentenze n. 325 del 2010 e n. 246 del 2009)» (Sentenza n. 93 del 2017).

b. La legislazione regionale della Calabria

I.1 La disciplina regionale ha individuato un unico Ambito Territoriale Ottimale per l'organizzazione del “*Servizio idrico integrato*” calabrese. L'Autorità Idrica della Calabria, Ente di governo dell'ATO regionale, si configura come ente pubblico non economico, con personalità giuridica di diritto pubblico, ed è dotata di autonomia organizzativa, amministrativa e contabile. Gli Organi dell'AIC sono l'Assemblea, il Direttore generale e il Revisore unico dei conti. Per lo svolgimento delle proprie funzioni ed il conseguimento degli obiettivi strategici posti dalla normativa regionale, l'AIC è dotata di una struttura tecnico-amministrativa centrale di livello regionale e di strutture operative di livello territoriale che operano con riferimento agli ambiti delle Conferenze Territoriali di zona.³

Con il Dpr. n. 29 del 19 aprile 2018 sono stati convalidati i risultati delle elezioni dei 40 componenti dell'Assemblea (Comuni) e ne è stata indetta la prima seduta. Il 6 novembre 2018 è stato approvato lo Statuto di AIC. A luglio 2019 è stato nominato il Presidente. Nelle more del raggiungimento della piena operatività dell'Autorità, la gestione ordinaria è affidata al Dirigente generale del Dipartimento regionale Infrastrutture e Lavori Pubblici, che opera in qualità di Commissario.

I.2 La normativa regionale:

- Legge regionale 18 maggio 2017, n. 18, Disposizioni per l'organizzazione del “*Servizio idrico integrato*”.
- Legge regionale 29 dicembre 2010, n. 34 – “*Provvedimento generale recante norme di tipo ordinamentale e procedurale (Collegato alla manovra di finanza regionale per l'anno 2011)*”. Art. 3, comma 4, della Legge regionale n. 8/2002.
- Legge regionale 3 ottobre 1997, n. 10 – “*Norme in materia di valorizzazione e razionale utilizzazione delle risorse idriche e di tutela delle acque e dall'inquinamento. Delimitazione degli Ambiti territoriali ottimali (A.T.O.) per la gestione del ‘Servizio idrico integrato’ Lavori Pubblici, che opera in qualità di Commissario*”.

I.3 Lo stato dell'arte nella Regione Calabria

Con il Decreto della Giunta regionale 12 giugno 2015, n. 183, è stato individuato l'Ente di governo dell'ATO regionale per l'organizzazione del “*Servizio idrico integrato*” nell'Autorità idrica della Calabria (A.I.C.). Si tratta di un ente pubblico non economico rappresentativo della Città metropolitana di Reggio Calabria e di tutti i Comuni calabresi, istituito e disciplinato nel suo funzionamento dalla Legge regionale n. 18/17. Il processo di costituzione di tutti gli Organi dell'AIC risulta in corso. Tuttavia, il provvedimento legislativo da ultimo richiamato prevede che, fino all'effettivo insediamento degli organi dell'AIC, “*la gestione ordinaria è affidata al Dirigente generale del Dipartimento regionale competente in materia di ‘Servizio idrico’, in qualità di commissario. Quest'ultimo opera mediante una struttura tecnico operativa, da individuarsi con proprio atto, avvalendosi di personale regionale dotato di specifica esperienza e competenza nel settore senza alcun onere a carico del bilancio regionale*”. Il 17 marzo 2018 sono state espletate le attività di voto per l'elezione dei quaranta membri dell'Assemblea dell'Ente di governo dell'Ambito in rappresentanza dei 404

³ Da Monitor–Idrico–Calabria 2020, ReOPEN in <https://reopenspl.invitalia.it/banche-dati/monitor-spl/monitor-idrico/monitor-idrico-Calabria>.

Comuni calabresi. L'Assemblea, insediatasi nel maggio 2018, ha approvato lo Statuto il 6 novembre dello stesso anno. Con riferimento al progressivo superamento delle criticità operative, si rileva che l'AIC, con Deliberazione n. 4 del 29 luglio 2019, ha approvato l'avviso pubblico per l'individuazione e la nomina del Direttore generale (Gazzetta Ufficiale 22 ottobre 2019, n. 84).

Sezione B

3. I modelli di gestione del “SIP”

I. Come già esposto, l'Autorità d'Ambito è il soggetto preposto all'indizione ed all'espletamento della gara ad evidenza pubblica per l'individuazione dell'operatore economico che svolge il “*Servizio idrico integrato*”. L'affidamento al soggetto gestore deve pertanto avvenire conformemente alle disposizioni legislative in tema di affidamento e gestione dei “*servizi pubblici locali a rilevanza economica*”.

In tale prospettiva, merita ricordare le disposizioni contenute nell'art. 23-*bis* del DL. n. 112/08, oggi abrogato, che annoverava tra le modalità di affidamento del servizio, in via prioritaria, o l'affidamento a privati tramite procedura competitiva o la c.d. “*gara a doppio oggetto*” mediante la quale, tramite procedura ad evidenza pubblica, il Servizio viene affidato ad un soggetto privato ovvero ad una società pubblico-privata. L'art. 23-*bis*, invece, relegava il modello “*in-house providing*”, ad un ruolo residuale, limitandone il ricorso qualora la circostanze non permettessero un efficace ricorso al mercato.

A tale normativa soppressa è susseguita l'introduzione dell'art. 4 del DL. n. 138/11, il quale nonostante fosse intitolato “*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea*”, dettava una disciplina dei “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*”, che non solo era contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata ma anche riproponeva in sostanza il medesimo contenuto del previgente art. 23-*bis* che fu così abrogato a seguito pronuncia d'incostituzionalità della disposizione da parte della Corte Costituzionale.

Pertanto, le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, in assenza una normativa nazionale vigente, sono ad oggi regolamentate attraverso i dettami stabiliti dall'ordinamento europeo che ammette tre differenti modalità di affidamento:

1. esternalizzazione con ricorso al mercato mediante procedura ad evidenza pubblica volta alla selezione del gestore del Servizio;
2. “*partenariato pubblico privato*” istituzionalizzato nella forma della società mista pubblico-privata, con ricorso a gara c.d. “*a doppio oggetto*” per la selezione congiunta del socio privato e operativo chiamato alla prestazione del Servizio;
3. affidamento *in-house providing* in favore di un soggetto munito dei requisiti della totale partecipazione pubblica, del c.d. “*controllo analogo*” e dell'attività prevalente in favore dell'Ente affidante.

Queste modalità sono oggi equiordinate, ancorché l'*in house providing* debba rispettare i requisiti, rigorosi, del Codice degli Appalti (artt. 5 e 192) e del Testo unico per le società partecipate (in particolare art. 16).

II.a Società “*in-house*”

La motivazione della scelta del modello di Società “*in-house*”: rispetto del vincolo di scopo e vincolo di attività

L'organizzazione e le modalità di gestione dei “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*” rappresentano un ambito governato dalle leggi dell'economia, ove i principi della concorrenza talora cedono il passo

all'attribuzione di diritti speciali ed esclusivi, alla ricerca di un punto di equilibrio che conduca all'ottimizzazione dei servizi resi ai cittadini.

La Consulta, con Sentenza n. 325/2010, ha precisato che *“la nozione comunitaria di ‘servizi pubblici di interesse economico generale’ (Sieg), ove limitata all’ambito locale, e quella interna di ‘servizio pubblico locale di rilevanza economica’ hanno contenuto omologo”*. L’art. 112 del Dlgs. n. 267/2000 (Tuel) definisce *“servizi pubblici locali”* quelli che hanno *“per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*.⁴

La Corte Costituzionale, con la citata Sentenza n. 144/2016, ha confermato che il criterio sub d), relativo all’obiettivo di aggregazione delle società di *“servizi pubblici locali di rilevanza economica”* *“nella sua portata ulteriore, è volto a conseguire anche un evidente risparmio di spesa, tramite l’indicazione di una misura (aggregazione) che, in assenza di specificazioni modali, consente di ascriverla al novero dei principi fondamentali della materia ‘coordinamento della finanza pubblica’”*.⁵

Per quanto attiene il *“Testo unico in materia di società partecipate da Pubbliche Amministrazioni”*, per quanto rileva in questa sede si dovrà considerare che le tipologie di società ammesse alla partecipazione delle Pubbliche Amministrazioni ai sensi dell’art. 3 del Tusp stesso e seguire la complessa procedura prevista dagli artt. 5 e seguenti, che prevedono tra le altre cose l’invio delle deliberazioni consiliari di costituzione all’Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato ed alla competente Sezione di Controllo della Corte dei Conti.

Nell’ambito della procedura di costituzione della società (*in house* o mista) la motivazione da indicare nel provvedimento autorizzatorio – espressamente individuato nelle competenze del Consiglio comunale – che deve prevedere:

- le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa.
- la compatibilità dell’intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli Enti Locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica.

Nell’ambito della procedura di costituzione di una società *in house* per l’affidamento della gestione di servizi di interesse economico generale si sommano appunto le due procedure di invio preventivo all’Antitrust e alla Corte dei conti.

⁴ La Consulta, con sentenza n. 325/2010, ha precisato che *“la nozione comunitaria di servizi pubblici di interesse economico generale (SIEG), ove limitata all’ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica hanno contenuto omologo”*. L’art. 112, d.lgs. n. 267/2000 definisce *“servizi pubblici locali”* (spl) quelli che hanno *“per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*.

⁵ La Corte Costituzionale, Sentenza n. 144/2016, ha confermato che il criterio sub d), relativo all’obiettivo di aggregazione delle Società di *“servizi pubblici locali di rilevanza economica”* *“nella sua portata ulteriore, è volto a conseguire anche un evidente risparmio di spesa, tramite l’indicazione di una misura (aggregazione) che, in assenza di specificazioni modali, consente di ascriverla al novero dei principi fondamentali della materia ‘coordinamento della finanza pubblica’”*.

La *governance* societaria è di norma l'Amministratore unico e solo attraverso un Decreto ministeriale saranno individuate classi dimensionali di società che potranno avere un Organo collegiale di minimo 3 fino a massimo 5 componenti, scelta ovviamente consigliata nel caso di specie.

Per le *società in house* si riscontrano le seguenti caratteristiche, che in tema di *governance* interna si applicano anche alle società che gestiscono “*servizi di interesse economico generale*”:

- nella compagine sociale non vi deve essere la partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prevista da norme di legge e deve avvenire in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata. Si noti, però, che ANAC ha un atteggiamento molto restrittivo in materia di ammissibilità di soci privati, la qual cosa ne rende inopportuna la presenza.
- il *requisito del controllo analogo* sussiste nei seguenti casi:
 - a) nelle società a partecipazione pubblica unipersonale, se l'Amministrazione pubblica socia esercita un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata;
 - b) nelle società a partecipazione pubblica pluripersonale, se tutte le Amministrazioni pubbliche partecipanti sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata. Si applicano in tal caso le disposizioni dell'art. 12, paragrafo 3, della Direttiva 2014/24/UE e quanto previsto dall'art. 5 del “*Codice degli Appalti*”.

In particolare, la direttiva 2014/24/UE prevede che si attuino forme di controllo analogo quando⁶:

- ai sensi dell'art. 12 paragrafo primo, un'Amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'Amministrazione aggiudicatrice;
- ai sensi dell'art. 12 paragrafo terzo, un'Amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del punto precedente paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'Amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre Amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi 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.

⁶ Cfr. anche art. 5 del “*Codice dei Contratti Pubblici*” di recepimento dell'art. 12 paragrafo 3, citato.

Ai fini della realizzazione del controllo analogo:

- lo Statuto può prevedere, nelle società per azioni, deroghe all'art. 2380-*bis* del Codice civile, nel senso che può essere previsto che le decisioni strategiche e quelle più importanti siano assunte dall'assemblea dei soci e non dal Consiglio di amministrazione;
- può prevedersi che le condizioni per l'esercizio del controllo analogo possano essere raggiunte attraverso la sottoscrizione di patti parasociali fra i soci Enti pubblici e la loro durata può essere i 5 anni in deroga all'art. 2341-*bis* del Codice civile.

Fondamentale è poi l'art. 5 del “*Codice degli Appalti*”, che, per quanto riguarda il controllo congiunto, al comma 5 statuisce che:

5. Le Amministrazioni aggiudicatrici o gli Enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) 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 enti aggiudicatori partecipanti;

b) 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;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle Amministrazioni aggiudicatrici o degli Enti aggiudicatori controllanti.

In proposito, sono molto utili le Linee-guida n. 7 dell'Anac, visto che è competenza Anac l'iscrizione delle società nell'apposito elenco che è stato istituito ai sensi dell'art. 192 del codice degli appalti, e che puntualizza le “richieste” di Anac quali requisiti dell'*in house providing*, alle quali è necessario attenersi.

Infine, tutte le disposizioni confermano la necessità del rispetto del requisito della prevalenza dell'attività svolta viene disciplinato attraverso la previsione statutaria in base alla quale almeno l'80% del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'Ente pubblico o dagli Enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Le società “*in house*” sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina in materia di contratti pubblici.

III. Le Società miste

Per le società a partecipazione mista pubblico–privata si rileva che:

- la quota di partecipazione del socio privato non può essere inferiore al 30% dell'intero capitale sociale;
- la selezione deve una gara a doppio oggetto nel senso che la procedura di selezione pubblica ha ad oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio

privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista;

- il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
- all'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante;
- il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura;
- la partecipazione del socio privato deve essere a termine nel senso che:
 - la durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione per l'affidamento e l'esecuzione dei quali essa è costituita.
 - lo Statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio.
 - lo Statuto dovrà inoltre prevedere la possibilità di scioglimento del rapporto societario in caso di trasformazione, fusione o di mutamento della titolarità del controllo sul soggetto privato partecipante alla società mista, o di cessione o affitto da parte di questo dell'azienda o del ramo d'azienda impegnato nell'esecuzione dell'appalto o della concessione;
- lo statuto della società può:
 - contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380-*bis* al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa;
 - prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato;
 - prevedere al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, l'emissione di azioni correlate ai sensi dell'art. 2350, comma 2, del Codice civile o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un'altra società;
 - i patti parasociali possono avere durata superiore a 5 anni, in deroga all'art. 2341-*bis*, comma 1, del Codice civile purché entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita.

Anche in questo caso, comunque, è necessaria la preventiva costituzione della società oggetto di gara, secondo i tempi e gli iter a ciò necessari, prima evidenziati per l'*in house providing*. Resta fermo, inoltre,

che la società richiede la necessaria capitalizzazione a cui deve contribuire, in misura importante, la parte pubblica, ovvero i comuni soci.

IV. La concessione a privato

La gara ad evidenza pubblica esperita per la selezione del soggetto affidatario del servizio, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità e trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Si presenta come una modalità caratterizzata dall'apertura al mercato, dalla parità di condizioni, dalla selezione mediante criteri di efficienza ed economicità e dalla non discriminazione. In tali casi, il ruolo dell'Amministrazione si concentra specificamente nella fase di selezione, poiché, essendo rimessa all'autonomia organizzativa e gestionale dell'aggiudicatario la successiva fase di gestione del servizio (fatti naturalmente salvi i poteri di indirizzo, controllo e monitoraggio dell'ente), è precisamente nel momento della definizione dei criteri di scelta del gestore – e quindi anche nell'ambito della pianificazione delle attività che esso è chiamato a svolgere per il periodo della gestione – che l'Amministrazione è principalmente chiamata ad esercitare i propri poteri di determinazione dei contenuti della gestione e quindi la propria funzione di soggetto regolatore e pianificatore del servizio.

Tale sistema si caratterizza quindi da un rapporto contrattuale fra Ente gestore di Ambito e gestore del servizio, di modo che tutte le condizioni della gestione del “*Servizio idrico integrato*”, i rapporti con gli utenti e quelli con l'Egato sia contenuti in tale atto (e sue articolazioni interne quali i capitolati tecnico prestazionali) posto a base di gara.

4. Ruolo e funzioni dell'Autorità di regolazione a livello regionale

La natura delle ATO, che con l'emanazione dell'art. 3-*bis* del Dl. n. 138/2011 sono stati denominati Enti Gestori di Ambito, viene esaminata in base agli arresti del Giudice costituzionale amministrativo e contabile al fine di delineare ruolo, compiti e funzioni nell'ambito del “*Servizio idrico integrato*”, svincolati da quelli degli enti locali ai quali rimane il dovere - potere di partecipare alle decisioni dell'Assemblea di Ambito locale.

Nel vigente quadro normativo emergente dall'art. 147 del Dlgs. n. 15/2006, novellato ad opera del Dl. n. 133/2014 (“*Sblocca Italia*”) e alla luce degli interventi della Corte Costituzionale, gli Enti di governo di Ambito (Ega) del “*Servizio idrico integrato*” si configurano come enti associativi a partecipazione obbligatoria a cui sono state trasferite *ex lege* le funzioni di programmazione e gestione del Servizio per cui gli Enti Locali partecipanti non sono più titolari (Corte dei conti - Sezione controllo per il Piemonte, 19 luglio 2016, n. 99- SCPIE/PAR, con ampio *excursus* giurisprudenziale).

L'ATO non sarebbe semplicemente un modulo organizzativo, ma l'Ente esponenziale al quale i singoli Comuni hanno trasferito le competenze e la tutela dei propri interessi (Consiglio di Stato, Sezione V, Sentenza n. 3236/2015 e Sentenze ivi richiamate - Consiglio di Stato, V, Sentenza n. 5243/2009; VI, Sentenza n. 2948/2007): in altri termini, l'ATO sarebbe «*struttura organizzativa dotata di una distinta soggettività giuridica*»⁷.

Il trasferimento delle funzioni in capo all'EGA ha spossessato i Comuni anche della capacità processuale in materia di ciclo idrico integrato (Consiglio di Stato, V, Sentenza n. 3236/2015, dove si dichiara il «*difetto di legittimazione attiva del Comune appellante, le cui funzioni in materia di gestione del servizio idrico sono devolute all'Ata*»).

La Consulta rammenta che la disposizione contenuta nell'art. 3-bis del Dl. n. 138/2011, qualificata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 160/2016 come principio di coordinamento della finanza pubblica, è stata concepita per:

- *promuovere processi di aggregazione e per rafforzare la gestione dei servizi pubblici locali* con misure che riservano agli Enti di governo /EGA), tra l'altro,
- *il compito di predisporre la relazione sull'affidamento del servizio* (art. 34, Dl. n. 179/2012) e che prevede la validità delle deliberazioni assunte dagli EGA senza necessità di ulteriori deliberazioni da parte degli Enti locali aderenti.

La decisione sull'affidamento del «SIP» assunta dall'ATO si caratterizza dunque per i seguenti aspetti:

- non necessità di precedente o successiva deliberazione degli Enti Locali aderenti;
- il Tar Piemonte, Sezione I, 5 ottobre 2016, n. 1229, che, a fronte delle legittime e vincolanti scelte gestorie effettuate dall'ATO, ha ravvisato un obbligo conformativo per il Comune, consistente nel porre in essere gli atti necessari all'adesione alla gestione d'ambito;
- il Consiglio di Stato, Sezione V, con la Sentenza n. 4478, che ha ritenuto illegittimo il ricorso del Comune avverso la determinazione di nomina del Commissario *ad acta* per l'esercizio dei poteri sostitutivi;
- il Tar Piemonte, Sezione I, con la Sentenza 22 maggio 2019, pubblicata il 29 luglio 2019, n. 857/2019, ha accolto il ricorso dell'ATO torinese e ha annullato la Delibera consiliare con cui un Comune dell'ambito aveva espresso la volontà di non voler affidare la gestione del «*Servizio idrico integrato*» a una società di capitali, per ragioni di principio. Il Giudice amministrativo ha affermato che la scelta dell'Autorità in materia ha carattere insindacabile nei confronti degli interessati.

Dall'esame degli orientamenti del Giudice amministrativo torinese di prime cure, ripetutesi nel tempo e citato in precedenza, si devono ricavare le seguenti indicazioni:

- a) tanto la legge statale quanto quella regionale individuano nel modulo organizzatori dell'Autorità d'ambito l'unica possibile forma di gestione del «*Servizio idrico integrato*»;

⁷ Sull'argomento cfr. anche G. Napolitano, La logica del diritto amministrativo, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 93, dove si parla di «*inversione nell'individuazione dell'organizzazione amministrativa di riferimento. È sulla base dell'Ambito territoriale ottimale così perimetrato, infatti, che si individua la struttura di governo, attraverso meccanismi di associazione tra gli Enti locali interessati*».

- b) detta autorità costituisce diretta espressione degli Enti locali, che nella convenzione istitutiva devono definire le relative quote in base alla popolazione e al territorio di ciascuno, nella necessità di garantire le esigenze del territorio, l'equilibrio di rappresentanza fra i Comuni partecipanti e funzionalità dell'Organismo;
- c) l'Autorità d'ambito sceglie il modello organizzativo e individua *“le concrete forme di gestione del ‘Servizio idrico integrato’”*;
- d) siffatta individuazione deve, per volontà espressa del Legislatore, seguire il solco già tracciato dall'art. 22 della Legge n. 142 del 1990, poi trasfuso e rivisto nell'art. 113 del Dlgs. n. 267 del 2000 (Tuel), variamente modificato dalle leggi di settore. Di talché le figure gestorie ipotizzabili sono costituite: dalla procedura ad evidenza pubblica; dal partenariato pubblico-privato con gara a doppio oggetto (riguardante la qualità di socio e l'attribuzione ad esso dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio); dall'affidamento del servizio a società *“in house”* a capitale interamente pubblico (cfr., nello stesso senso, quanto adesso dispone l'art. 149-bis del d.lgs. n. 152 del 2006);
- e) ai sensi del novellato art. 153 del TUA, gli Enti Locali devono provvedere ad affidare le infrastrutture idriche di loro proprietà al gestore del servizio idrico integrato, in concessione d'uso gratuita e per tutta la durata della gestione. A sua volta, il gestore ne assume i relativi oneri nei termini previsti dalla convenzione e dal relativo disciplinare;
- f) *“la conseguente soggezione dei Comuni ricompresi nell'ambito ottimale alle scelte dell'Autorità d'Ambito è stata affermata, sulla scorta delle norme allora vigenti, anche in più risalenti decisioni di questo Tar e del Consiglio di Stato (cfr., in particolare, Tar Piemonte, questa Sezione I, Sentenze nn. 1019 e 1441 del 2009; Consiglio di Stato, Sezione V, Decisione n. 4478 del 2005), nelle quali è stato riconosciuto il sostanziale obbligo di adesione all'Autorità d'ambito da parte dei vari Comuni interessati, obbligo ritenuto correttamente realizzabile anche tramite la nomina di commissario ad acta»* (Tar Piemonte Sezione I, Sentenza 22 maggio 2019, pubblicata il 29 luglio 2019, n. 857/2019);
- g) Nella citata sentenza il Giudice d'appello (Consiglio di Stato, Sezione V – Decisione n. 4478 del 2005) ha infatti chiarito: *“sono di competenza dell'Autorità d'ambito l'approvazione del programma di attuazione delle infrastrutture e di acquisizione delle altre necessarie per l'erogazione del Servizio, il Piano finanziario, la definizione del modello organizzativo e l'individuazione delle forme di gestione del ‘Servizio idrico integrato’, compresa la salvaguardia degli organismi esistenti; gli atti di affidamento della gestione del Servizio, la determinazione delle tariffe del ‘Servizio idrico’ e della destinazione dei proventi tariffari, il controllo operativo, tecnico e gestionale sull'erogazione del Servizio”*; e ha ulteriormente precisato: *“la decisione impugnata ha correttamente delimitato la possibilità di salvaguardia delle gestioni esistenti – ammessa dalla legge statale e legge regionale – nella concreta ricognizione infrastrutturale e nella concreta programmazione del servizio. Il mantenimento di gestioni esistenti è quindi un fatto eventuale e derogatorio al criterio generale di unicità gestionale per tutto l'Ambito, verificabile solo in concreto e laddove una gestione già operante risponda a parametri di efficacia sul piano della qualità e dell'economicità dei servizi. [...] il ‘Servizio idrico integrato’ deve essere di norma gestito mediante un unico soggetto e può essere affidato ad una pluralità di soggetti gestori, a solo fine di salvaguardare le forme e le capacità gestionali di organismi esistenti che rispondano a particolari criteri di efficienza ed economicità”*.

5. Procedure per assentire il pubblico servizio ed il relativo modello di affidamento: l'art. 3-bis del Dl. n. 138/2011

I.1 L'art. 3-bis del Dl. n. 138/2011.

Art. 3-bis. (Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali)

1. Comma 1 – *A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli Enti di governo degli stessi, entro il termine del 30 giugno 2012. (.....).*

2. Comma 1-bis, parte prima - *Le funzioni di organizzazione dei 'servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica', compresi quelli appartenenti al Settore dei 'Rifiuti urbani', di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli Enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo cui gli Enti Locali partecipano obbligatoriamente, fermo restando quanto previsto dall'art. 1, comma 90, della Legge 7 aprile 2014, n. 56. Qualora gli Enti Locali non aderiscano ai predetti enti di governo entro il 1° marzo 2015 oppure entro 60 giorni dall'istituzione o designazione dell'Ente di governo dell'ambito territoriale ottimale ai sensi del comma 2 dell'art. 13 del Decreto-legge 30 dicembre 2013, n. 150, convertito con modificazioni dalla Legge 27 febbraio 2014, n. 15, il Presidente della Regione esercita, previa diffida all'Ente Locale ad adempiere entro il termine di 30 giorni, i poteri sostitutivi*

3. Comma 1-bis, parte seconda - *Gli Enti di governo di cui al comma 1 devono effettuare la relazione prescritta dall'art. 34, comma 20, del Decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221, e le loro Deliberazioni sono validamente assunte nei competenti Organi degli stessi senza necessità di ulteriori Deliberazioni, preventive o successive, da parte degli Organi degli Enti Locali. Nella menzionata relazione, gli Enti di governo danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio. Al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento in house, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio. Il Piano economico-finanziario deve essere asseverato da un Istituto di credito o da società di servizi costituite dall'Istituto di credito stesso e iscritte nell'Albo degli Intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 106 del Testo unico di cui al Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'art. 1 della Legge 23 novembre 1939, n. 1966. Nel caso di affidamento "in house", gli Enti Locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario "in house".*

La Corte Costituzionale (Sentenza 7 luglio 2016, n. 160), in merito all'art. 3-bis, nel pronunciarsi sulla legittimità costituzionale, ha precisato quanto segue:

- in merito alla competenza legislativa statale è stata correttamente esercitata in quanto la materia attiene alla «tutela della concorrenza» (art. 117, comma 2, lett. e, Costituzione), nella misura in cui i servizi pubblici siano esercitati tramite il ricorso al mercato. Infatti, come questa Corte ha già ripetutamente affermato, deve essere riconosciuta allo Stato la competenza a disciplinare il regime dei servizi pubblici locali, per gli aspetti che hanno una diretta incidenza sul mercato e sono strettamente funzionali alla gestione unitaria (Sentenza n. 46 del 2013), ivi compresa la disciplina degli ambiti territoriali ottimali e delle relative Autorità di governo (Sentenze n. 134 del 2013 e n. 128 del 2011), soprattutto quando essa sia finalizzata a superare situazioni di frammentazione e a garantire la competitività e l'efficienza dei relativi mercati (Sentenza n. 325 del 2010). La ricerca della dimensione ottimale dell'ambito territoriale entro il quale erogare il servizio consente di individuare l'estensione geografica che meglio permette di contenere i costi della gestione e favorire, così, l'apertura del mercato a nuovi soggetti, incentivando una più ampia partecipazione delle imprese alle gare per l'affidamento del servizio stesso”;

- sul tema delle funzioni rimesse all'Autorità di ambito in luogo degli Enti Locali: “con specifico riguardo a norme che prevedono la partecipazione degli Enti Locali ad Autorità d'ambito alle quali sia trasferito l'esercizio di competenze in materia di servizi pubblici, la Corte ha ritenuto che norme siffatte non ledano l'autonomia amministrativa degli Enti Locali, in quanto si limitano a razionalizzarne le modalità di esercizio, al fine di superare la frammentazione nella gestione (Sentenza n. 246 del 2009)”.

II. L'accantonamento nel bilancio dell'Ente socio per la copertura degli investimenti infrastrutturali della Società “in house”.

L'art. 3-bis, comma 1-bis, Dl. 13 agosto 2011, n. 138, come convertito con modificazioni dalla Legge 14 settembre 2011, n. 148, come modificato dall'art. 1, comma 609, lett. a) della “Legge di Stabilità 2015” (Legge 23 dicembre 2014, n. 190), nel disciplinare il Piano economico-finanziario da introdurre nella relazione sulla base della quale, ai sensi dell'art. 34, comma 20, Dl. 18 ottobre 2012, n. 179, è effettuato l'affidamento del servizio, prevede che nel caso di affidamento “in-house”, “gli Enti Locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario”.

A tal proposito, si osserva che tale previsione non si applica nel caso specifico al “Servizio idrico integrato”, che di fatto è un servizio pubblico a tariffa come risulta dall'art. 154 del TUA e dal sistema di regolazione tariffario previsto e deliberato da ARERA, predisposto anche in ossequio al principio europeo di copertura dei costi dei servizi e del principio “chi inquina paga”. In particolare, il Metodo Tariffario (ex Deliberazioni ARERA vigenti) predisposto secondo i principi ispiratori contenuti nel TUA (tra gli altri, vedi art. 151 e art. 154), prevedono espressamente il calcolo di una voce di ricavo da riconoscere tramite la tariffa al gestore denominata CAPEX, che contiene l'effetto degli ammortamenti dell'investimento e degli oneri finanziari e fiscali connessi all'intervento realizzato. È pertanto evidente che l'obbligo per gli Enti Locali soci di procedere all'accantonamento di somme sul proprio bilancio si riferisce alla sola ipotesi in cui il Piano economico-finanziario preveda investimenti che siano sostenuti anche dagli Enti Locali stessi (attraverso forme di finanziamento e/o operazioni successive di aumenti di capitale). Viceversa, si ritiene che la previsione normativa richiamata non trovi applicazione nelle ipotesi in cui il Pef preveda che gli investimenti programmati vengano sostenuti attraverso altre forme

di copertura finanziaria che non richiedano successivi esborsi da parte degli Enti Locali affidatari quali sono i proventi da tariffa e/o contributi pubblici.

Inoltre, si deve prendere atto della decisione del Consiglio di Stato, Sezione V, che con le Sentenze nn. 6459 e 6456 del 27 settembre 2018, ha stabilito che l'obbligo di accantonamento per l'Ente Locale non sussiste quando esso non sottoscrive il capitale della società che gestisce il "SIP".

Di conseguenza, l'obbligo di accantonamento non deve applicarsi al "Servizio idrico integrato" qualora tutti i costi, compresi anche quelli di investimento, siano integralmente coperti dalla tariffa ovvero dal corrispettivo del Servizio pagati direttamente dagli utenti del Servizio tramite l'articolazione tariffaria e/o da finanziamenti e contributi.

La Relazione ex art. 34 comma 20 e seguenti, del DL. n. 179/2012 e l'art. 12 comma 2 del "Codice dei contratti"

I.1 L'art. 34, comma 20, del DL. 18 ottobre 2012, n. 179 (intitolato "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese") dispone che: "20. Per i 'servizi pubblici locali di rilevanza economica', al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste".

Si tenga presente quanto dispone l'art. 3-bis del DL. n. 138/2011, già esposto alle pagine che precedono.

Dall'esame del combinato disposto delle 2 disposizioni testé citate si evince che la Relazione deve contenere, ovvero dare conto:

- 1) delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta;
- 2) definire i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale;
- 3) indicare le compensazioni economiche se previste, rispetto gli obblighi di servizio pubblico e universale.

Nel caso poi di affidamento a Società "in house", le motivazioni sono integrate dagli arresti della Magistratura amministrativa ed in particolare da Consiglio di Stato - Sezione VI, Sentenza 11 febbraio 2013, n. 726, che così dispone: "Venuto meno l'art. 23-bis del DL. n. 112/2008 per scelta referendaria, e dunque venuto meno il criterio prioritario dell'affidamento sul mercato dei 'servizi pubblici locali di rilevanza economica' e l'assoluta eccezionalità del modello 'in house', si deve ritenere che la scelta dell'Ente Locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare la opzione tra modello in house e ricorso al mercato, debba basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire:

- valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti;
- individuazione del modello più efficiente ed economico;
- adeguata istruttoria e motivazione.

Trattandosi di scelta discrezionale, la stessa è sindacabile se appaia priva di istruttoria e motivazione, viziata da travisamento dei fatti, palesemente illogica o irrazionale".

Sotto un profilo meramente documentale quindi l'istruttoria per l'affidamento "in house" dovrà prendere in considerazione:

- lo statuto e/o patti parasociali fra i soci;
- il contratto di servizio;
- il piano economico-finanziario, che deve essere asseverato da un Istituto di credito o da Società di servizi costituite dall'Istituto di credito stesso e iscritte nell'Albo degli Intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 106 del Testo unico di cui al Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una Società di revisione ai sensi dell'art. 1 della Legge 23 novembre 1939, n. 1966. E gli Enti Locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad

accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*, secondo l'interpretazione data nelle pagine precedenti.

I.2 L'art. 192 del “Codice dei contratti”: richiamo.⁸

Questo orientamento è alla base anche del “Codice dei Contratti pubblici”, in cui all'art. 192 si stabilisce che, per l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, deve essere effettuata preventivamente la valutazione della congruità dell'offerta economica dei soggetti *in house*, motivando le ragioni del mancato ricorso al mercato, dei benefici per la collettività anche in relazione agli obiettivi di universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e ottimale impiego di risorse pubbliche. In caso di scelta dell'*in house*, quindi, le Relazioni dovrebbero esplicitare le condizioni del servizio e del mercato di riferimento che non rendono percorribile o conveniente il ricorso alla gara.

I.3 Adempimenti conseguenti alla scelta della forma di gestione di un servizio pubblico; Relazione ex art. 34, comma 20, Dl. n. 179/2012.

Su questo punto si rammenta anche che, in base a quanto stabilito dall'art. 13, comma 25-*bis*, del Dl. n. 145/2013, gli Enti affidanti, sono tenuti a pubblicare le Relazioni sul proprio sito *internet* e a trasmetterle all'Osservatorio per i servizi pubblici locali, istituito presso il Ministero dello Sviluppo economico, che provvede a pubblicarle nel proprio portale telematico. Ciò al fine non solo di favorire la trasparenza delle decisioni e delle motivazioni delle scelte degli Enti locali e la possibilità di eventuali ricorsi sul piano giurisdizionale, in particolare da parte dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, ma anche di agevolare confronti di benchmarking e quindi forme comparative di concorrenza.

I.4 La natura della Relazione ex art. 34 c. 20 secondo la giurisprudenza.

Sulla natura e sulla essenzialità della (predisposizione ed approvazione) della Relazione, si rimanda alla Sentenza n. 2275 dell'8 aprile 2019 del Consiglio di Stato, illustrata *infra* alla Sezione D, Paragrafo 3, che segue.

I.5 Il Mise - Osservatorio dei servizi pubblici locali emana un Vademecum per la redazione della Relazione ex art. 34 Dl. n. 179/2012 (si riporta presentazione)

I.5.1 La scelta della modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica deve perseguire, nel rispetto della normativa vigente, i seguenti obiettivi:

- conformità ai requisiti previsti dalla disciplina europea;
- efficacia rispetto alle finalità di interesse generale degli Enti territoriali;

⁸ 2. Ai fini dell'affidamento “*in house*” di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

- efficienza ed economicità nell'erogazione dei servizi, nell'interesse degli utenti e nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica;
- qualità del servizio.

In riferimento a tali obiettivi e in sede di affidamento del servizio, gli Enti sono tenuti a predisporre e a pubblicare una relazione per motivare le proprie decisioni e per garantirne la coerenza rispetto alla disciplina europea (art. 34, comma 20, del Decreto-legge n. 179/2012).

Ulteriori elementi di valutazione possono riguardare i vincoli comparativi a cui sono sottoposte le diverse forme di gestione, in particolare quelli derivanti dalla normativa sugli aiuti di Stato e quelli relativi alla salvaguardia del valore dell'impresa di proprietà dell'ente territoriale.

Al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali, la Relazione deve comprendere un piano economico-finanziario contenente la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti. Il Piano deve essere asseverato da un Istituto di credito o da una Società di servizi iscritta nell'Albo degli Intermediari finanziari e deve essere aggiornato ogni 3 anni.

In caso di affidamento *"in house"*, devono inoltre essere inserite indicazioni specifiche in merito all'assetto economico-patrimoniale della Società, al capitale proprio investito e all'ammontare dell'indebitamento.

La Relazione deve essere redatta anche per gli affidamenti in essere non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea, dimostrando il loro adeguamento alla stessa (art. 34 comma 21, del Dl. n. 179/2012). In caso di piena conformità delle gestioni in essere a tali requisiti non è necessaria la predisposizione della Relazione.

Sono tenuti alla predisposizione della Relazione tutti gli enti affidanti *"servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica"*. Sono pertanto esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 34 del Dl. n. 179/2012:

- i servizi privi di rilevanza economica;
- i servizi strumentali.

Sono inoltre esplicitamente esclusi i *"Servizi di distribuzione del gas naturale"* e di *"Distribuzione dell'energia elettrica"*, nonché la gestione delle *"Farmacie comunali"* (Dl. n. 179/2012, art. 34 comma 25).

Per facilitare gli enti affidanti i servizi di gestione dei *"Rifiuti urbani"*, *"Servizio idrico integrato"* e *"Trasporto pubblico locale"*, il Ministero dello Sviluppo economico e Invitalia hanno predisposto uno schema-tipo di relazione e una guida alla compilazione.

La documentazione è stata ideata tenendo conto del contesto normativo europeo e nazionale, trasversale e settoriale e delle condizioni per l'affidamento

I.5.2 Lo schema-tipo prevede l'articolazione della Relazione ex art. 34 in 4 Sezioni:

- A. Normativa specifica di riferimento
- B. Caratteristiche del servizio e obblighi di servizio pubblico e universale
- C. Modalità di affidamento prescelta

D. Analisi di efficienza ed economicità della scelta.

La guida alla compilazione fornisce, per ciascuna sezione, indicazioni sui principali contenuti da sviluppare.

Le Relazioni devono essere inviate esclusivamente per posta elettronica certificata all'indirizzo: osservatorio.spl@pec.sviluppoeconomico.gov.it.

Dall'analisi del combinato disposto dell'art. 34, comma 20, del Dl. n. 179/2012 e art. 192 del "Codice dei Contratti" emergono i principi cui si deve uniformare la scelta del modello di gestione "in house".

Art. 34 comma 20 d.l. 179/2012	Art. 192 comma 2 Codice dei contratti pubblici
efficacia rispetto alle finalità di interesse generale degli enti territoriali	valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo:
efficienza ed economicità nell'erogazione dei servizi, nell'interesse degli utenti e nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica	a) all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato
qualità del servizio	b) nonché' dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché' di ottimale impiego delle risorse pubbliche

Entrambe le 2 disposizioni di legge prevedono analisi di tipo quantitativo e di tipo qualitativo.

In ultimo, sulle correlazioni e connessione oltrechè sui diversi ruoli ed effetti della Relazione in oggetto rispetto alla Relazione art. 34, comma 20, del Dl. n. 179/2012, si rimanda alla primissime pagine di questo Documento.

Sezione C

6. Focus sull'affidamento “in house”

a. Il controllo analogo e l’Autorità di regolazione

La rilevata dicotomia fra controllo societario e controllo sul servizio.

I.1 la posizione della Dottrina

Risulta innegabile prendere atto che nella legislazione nazionale esistono 2 nozioni di “controllo analogo” non perfettamente sovrapponibili:

- l’art. 5 comma 1 del Ccp: “Una concessione o un appalto pubblico, nei Settori ordinari o speciali, aggiudicati da un’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell’ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”;

- l’art. 2 del Tusp (Dlgs. n. 175/2016), “controllo analogo”: “la situazione in cui l’amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall’amministrazione partecipante”.

Appare evidenza la diversa prospettiva delle 2 disposizioni richiamate: la prima è rivolta al controllo del servizio in quanto tale, la seconda è rivolta invece al controllo della Società.

Autorevole dottrina ebbe modo di affermare che “questo potere di ingerenza dovrebbe essere quello di garantire il controllo non tanto della società (che è quello che risulterebbe dal dato normativo) ma del servizio pubblico gestito dalla stessa società, in modo da assicurare determinati standard qualitativi e più in generale le condizioni a cui lo stesso dovrebbe essere erogato”. Le esigenze di controllo del servizio “... non trovando tutela in un’ingerenza gestoria (...), sono tutelate dal contratto di servizio (art. 113, comma 11, Tuel) attraverso il quale si regolano i rapporti tra ente locale e società che gestirà il servizio (...) nel quale saranno contenuti i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti”.⁹

Dall’analisi della dottrina richiamata emerge dunque una distinzione sulla efficacia degli strumenti di controllo: per il controllo del servizio sarebbe più adeguato il contratto di servizio mentre per la “ingerenza nella gestione sociale” i poteri attribuiti al socio nelle sedi competenti.

In altri termini si potrebbe giungere alla seguente conclusione:

- attraverso il contratto di servizio di attua il controllo e la vigilanza per l’esecuzione del servizio e i relativi strumenti di intervento in caso di inadempienza attengono più a profili sanzionatori;

⁹ I. De Muro “La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali” in Giurisprudenza commerciale 2006 – n. 33.5 - parte seconda pagg. 777/II e ss.

- attraverso il controllo analogo previsto dall'art. 3 del Tusp (*“Testo unico sulle Società a partecipazione pubblica”*, approvato con Dlgs. n. 175/2016) si attua un controllo sulla gestione e quindi indirettamente sul servizio erogato dalla società che prevede azioni che in ogni caso devono conformare la gestione alle direttive (dei soci o del contratto di servizio) non con finalità sanzionatorie ma di garanzia dell'esito gestionale.

Tale orientamento non è stato però seguito dalla giurisprudenza e prassi amministrativa, come di seguito illustrato.

I.2 La posizione della Prassi amministrativa.

In merito all'efficacia del *“controllo analogo”* sulle modalità di attuazione in presenza di un'Autorità di ambito affidataria *“in house”*, si rilevano le seguenti posizioni:

Anac Linee-guida n. 7: *“Linee-guida per l'iscrizione nell'Elenco delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli Enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie Società ‘in house’ previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016”*. Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 235 del 15 febbraio 2017” ove si prevede che, *“con riferimento ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, gli enti di governo degli ambiti ottimali istituiti o designati ai sensi dell'art. 3-bis, comma 1, del Dl. 13 agosto 2011, n.138, convertito con modificazioni dalla Legge 14 settembre 2011, n. 148, devono richiedere l'iscrizione nell'Elenco, indicando nella domanda di iscrizione gli enti locali partecipanti ai sensi del comma 1-bis del citato art. 3-bis”*, dal che si deduce il riconoscimento che è ammesso l'*in house* affidato da una Autorità di ambito. Non esistono però precedenti di esiti della verifica dell'Anac ai fini dell'iscrizione;

Pareri Antitrust e Anac relative all'affidamento *“in house”* da parte di Egas (Ato sardo) alla Società Abbanoa e la Sentenza della Corte Costituzionale

I 2 Pareri (*Antitrust AS – Regione Sardegna – modalità di affidamento in house del ‘Servizio idrico integrato’ ad Abbanoa Spa del 23 febbraio 2017; Anac, Delibera n. 976 del 27 settembre 2017 avente ad oggetto: affidamento in house ad Abbanoa spa del ‘Servizio idrico integrato’ nella Regione autonoma della Sardegna – EGAS*) convergono nel merito e lamentano l'inesistenza di alcune condizioni necessarie per l'affidamento *“in house”* da parte di EGAS. In particolare, l'aspetto decisivo della critica consiste nel fatto che EGAS non ha alcun potere di nomina degli Amministratori della Società considerato uno degli strumenti di controllo effettivo nei confronti della società di gestione, la cui carenza è sintomo di dubbia sussistenza del requisito del controllo analogo.

Tale esigenza manifestata dalla prassi va valutata alla luce del principio in base al quale nelle società di capitali spetta esclusivamente ai soci la nomina dell'Organo di amministrazione; principio consolidatosi dopo l'abrogazione dell'art. 2450 del Codice civile che prevedeva invece che per gli enti pubblici, quando previsto nello statuto, fosse consentito la nomina diretta.

Al fine di sopperire alle suddette criticità rilevate dall'Autorità anticorruzione, il Legislatore sardo è intervenuto sulla disciplina dell'Egas con la Legge regionale 11 dicembre 2017, n. 25, recante *«Modifiche alla Legge regionale 4 febbraio 2015, n. 4 (‘Istituzione dell'Ente di governo dell'ambito della Sardegna e modifiche ed integrazioni alla Legge regionale n. 19 del 2006’) e alla Legge regionale 25 luglio 2008, n. 10 (‘Riordino delle funzioni in materia di aree industriali’)»*.

In primo luogo, la Legge regionale del 2017 ha ristretto il campo delle opzioni di scelta tra le modalità di affidamento del Servizio alle sole Società interamente pubbliche, in forza dell'asserito principio per

cui l'acqua, quale “*servizio pubblico locale di interesse economico generale*” (“*Sieg*”), sarebbe da ritenersi soddisfatto dal solo affidamento a Società interamente pubbliche (art. 1, rubricato “*Modifiche all’art. 2 della Legge regionale n. 4 del 2015 (Attribuzione delle funzioni in materia di ‘Servizio idrico integrato’)*”).

In secondo luogo ha modificato, da una parte, le concrete modalità di esercizio del controllo analogo introducendo una Commissione *ad hoc* per lo svolgimento dello stesso (art. 4, rubricato “*Integrazioni alla legge regionale n. 4 del 2015 (Esercizio del controllo analogo)*”) e, dall'altra, ha ridisciplinato la distribuzione delle quote azionarie di Regione ed Enti locali in Abbanoa Spa (art. 8, rubricato “*Modifiche all’art. 15 della legge regionale n. 4 del 2015 (Principi di sussidiarietà, di differenziazione e di adeguatezza)*”).

Con riferimento al primo profilo, il Legislatore sardo ha aggiunto all’art. 2 della Lr. n. 4/2015 il comma 3-*bis*, che ha stabilito espressamente il «*principio di affidamento della gestione del ‘Servizio idrico’ a Società interamente pubbliche*», in forza del quale l'unica forma di gestione del “*S.I.I.*” ammessa a livello regionale sarebbe costituita dall'affidamento a società a capitale interamente pubblico, limitando così le opzioni di scelta che, ai sensi dell’art. 149-*bis* del Dlgs. n. 152/2006, spettano all’Egas.

Quanto al secondo aspetto, invece, allo scopo di promuovere una più incisiva forma di controllo analogo degli Enti Locali sull’operato di Abbanoa Spa, l’art. 4 della Lr. n. 25/2017 ha introdotto una vera e propria Commissione per il controllo analogo, composta di cinque membri, di cui quattro eletti dai Comuni partecipanti all’Egas e uno nominato dalla Regione Sardegna.

Sempre nell’ottica di assicurare il ruolo degli Enti locali e la loro cooperazione in vista del raggiungimento di fini unitari nell’ATO, l’art. 8 della legge in esame ha, dunque, previsto che la Regione garantisce la cessione ai Comuni delle proprie azioni di Abbanoa Spa al fine di mantenere una quota di partecipazione pari al 20% del capitale sociale.

Avverso la Legge regionale n. 25/2017, con particolare riferimento agli artt. 1, 4, 6, 8, commi 1 e 2, tuttavia, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale lo Stato, nella persona del Presidente del Consiglio dei Ministri, con ricorso datato 20 febbraio 2018, n. 14.

Con riferimento al primo motivo, avente ad oggetto l’art. 1 della Lr. n. 25/2017, l’Avvocatura dello Stato ha ritenuto che la previsione normativa ivi contenuta contrasti con l’art. 117, comma 2, lett. e) e s), della Costituzione, in riferimento agli artt. 149 e 149-*bis* del Dlgs. n. 152/2006.

Secondo lo Stato infatti, aggiungendo il comma 3 *bis* all’art. 2 della Lr. n. 4/2015, il Legislatore sardo avrebbe legiferato muovendo dall’errato e illegittimo presupposto “*per cui l’affidamento della gestione del ‘Servizio idrico’ a Società interamente pubbliche sarebbe un principio permanente nell’ordinamento regionale, come unica modalità in grado di garantire che l’acqua resti un servizio pubblico locale di interesse economico generale*”.

Per il ricorrente, a ben guardare, tale previsione normativa violerebbe le regole fondamentali della concorrenza come affermate dal diritto europeo, in virtù delle quali non dovrebbe essere consentito che un “*servizio di interesse economico generale*” per essere tale debba essere per principio gestito con la forma dell’*in house*, che costituisce una deroga alla regola del necessario affidamento al mercato.

In particolare, l’art. 1 della Lr. n. 25/2017, sarebbe da considerarsi costituzionalmente illegittimo per violazione dell’art. 117, comma 2, lett. e) e s), della Costituzione, in riferimento agli artt. 149 e 149-*bis* del Dlgs. n. 152/2006, in quanto con queste disposizioni il Legislatore statale ha stabilito, quali possibili forme di gestione del “*Servizio idrico integrato*”, senza esprimere alcuna preferenza tra le stesse,

l'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica, la società mista con gara a monte per la scelta del socio privato e l'affidamento “*in house*”.

Con riferimento al secondo motivo della questione di legittimità, avente ad oggetto gli artt. 4 e 8 della Lr. n. 25/2017 per asserito contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. e), della Costituzione, in riferimento all'art. 5 del Dlgs. n. 50/2016 e all'art. 16 del Dlgs. n. 175/2016 (Tusp), la difesa erariale ha ritenuto che la normativa impugnata non disciplinerebbe il controllo analogo in modo coerente con quanto previsto dalle richiamate regole nazionali ed europee⁴⁰. Facendo quindi proprie le osservazioni dell'Anac.

La Corte Costituzionale, con Sentenza 6 febbraio-29 marzo 2019 - Giudizio di legittimità costituzionale, in via principale ha esaminato le diverse questioni sollevate ed in questa sede preme rilevare che sulla seconda richiesta, avendo ad oggetto la struttura del controllo analogo, ha stabilito che le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4, 6 e 8, comma 1, della Legge Regione Sardegna n. 25 del 2017 non sono fondate. Il Supremo Giudice della legge ritiene che l'affidamento del controllo analogo a un'apposita Commissione istituita presso l'EGAS non infici l'effettività del controllo stesso. L'art. 7-bis della Legge Regione Sardegna n. 4 del 2015 (inserito dall'art. 4 impugnato) stabilisce infatti che “*l'esercizio del controllo analogo [...] è svolto dai soggetti partecipanti all'Ente di governo dell'ambito della Sardegna, purché soci del gestore unico del servizio idrico integrato [...] e dalla Regione, nei confronti del gestore unico del servizio idrico integrato tramite la Commissione per il controllo analogo, secondo le modalità previste dal presente articolo*” (comma 1). Ed ancora, lo stesso art. 7-bis prevede un “*controllo analogo congiunto*” degli Enti Locali titolari del servizio, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. d), del Dlgs. n. 175 del 2016 - Tusp, con le seguenti modalità: «*[...] i Comuni partecipanti all'Ente di governo dell'ambito e facenti parte, inoltre, dell'Assemblea dei soci del gestore unico eleggono, con quote di rappresentanza paritarie, 4 componenti della Commissione per il controllo analogo e la Regione nomina il quinto componente*” (comma 2). I componenti della Commissione sono quindi eletti secondo un criterio che assicura la netta prevalenza dei rappresentanti dei Comuni rispetto a quelli della Regione; di conseguenza, il “*controllo analogo*” è svolto da un organo nel quale prevalgono i rappresentanti degli enti locali partecipanti all'EGAS.

Secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, si deve concludere che il controllo analogo viene garantito anche quando gli Enti affidatari del servizio agiscono per il tramite di un Organismo sovraordinato (che richiama il modello del controllo analogo a cascata così come previsto dalle Linee-guida Anac n. 7) ed il governo delle decisioni strategiche e quelle più importanti è rimesso ad un Organismo ove gli stessi possono intervenire, anche per mezzo di loro rappresentanti in modo da influire (in modo determinante) sulle decisioni suddette.

In via definitiva, deve quindi concludersi che l'affidamento “*in house*” assentito da un'Autorità di regolazione locale (nel caso di specie, regionale) non è impeditivo di un corretto esercizio del “*controllo analogo*”.

b. La costruzione del modello “*in house*”: gli arresti giurisprudenziali.

I.1 La costruzione del modello di affidamento “*in house*” in realtà complesse in cui erano presenti più operatori, sempre “*in house*” ma con gestioni fra loro separate, ha dato luogo a diversi arresti del Giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi sulle procedure messe in atto per giungere alla unificazione del gestore in un'unica entità giuridica.

I. 2 Il percorso in fasi successive: la giurisprudenza amministrativa riconosce che la definizione del nuovo modello di gestione del servizio pubblico locale presuppone un procedimento scandito da

diverse fasi affermando che è legittimo individuare il modello “*in house*” e successivamente individuare il soggetto (la Società) e affidare il Servizio perfezionando il relativo contratto. In particolare, il Giudice amministrativo afferma che “...*la forma di gestione è atto logicamente prodromico rispetto all’individuazione del gestore, che appartiene alla procedura di costituzione della Società. A sua volta l’autonomia e la posteriorità dell’affidamento del Servizio rispetto alla costituzione della Società è stata ampiamente affermata dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sezione V, Sentenza 6 maggio 2003 n. 2380), secondo la quale la distinta soggettività giuridica della Società costituita ai sensi dell’art. 113, lett. e), Dlgs. n. 267/2000 (rispetto all’Ente Locale-socio) esige invero che l’affidamento del Servizio, ancorché esuli dallo schema giuridico della concessione, venga formalizzato in un provvedimento che manifesti e consacri la volontà dell’Ente di avvalersi, in concreto, di quel peculiare modulo di gestione e di assegnare, quindi, la titolarità del servizio pubblico alla Società e che precisi, al contempo, i termini e l’oggetto dell’affidamento (che resterebbero inammissibilmente indeterminati se si ritenesse che la gestione del Servizio consegua automaticamente alla costituzione della società e che non ci sia bisogno di un atto che ne costituisca il titolo).*” E prosegue: “*a ciò si aggiunge che secondo la giurisprudenza comunitaria l’in-house providing è una forma ordinaria di svolgimento di lavori servizi e forniture, per cui non richiede una motivazione particolare (Corte Giustizia delle Comunità europee, Sentenza Teckal, 18 novembre 1999, causa C-107/98)*” (Cfr. Tar Lombardia, Sezione III, Sentenza n. 98 del 18 novembre 2014, depositata il 12 gennaio 2015).

Anche il Consiglio di Stato (Sentenza n. 6456/2018 in ATO 2 Marche per il Servizio “Rifiuti”), ritiene corretto un percorso aggregativo caratterizzato anche da fasi successive (“*in progress*”).

Le conclusioni affermate sono poste a fondamento dell’indicazione dello “*schema-tipo*” del Ministero per lo Sviluppo economico circa la plausibilità della scelta “*dell’affidamento diretto finalizzato alla ricomposizione orizzontale (in ambiti territoriali) e verticale (ciclo integrale)*” per “*aggregare i servizi frammentati con la prospettiva di un unico affidamento a regime*”.

L’affidatario diretto, proprio entro questa prospettiva, è chiamato allora a compiere un aggiustamento progressivo (di c.d. “*fine tuning*”) delle condizioni e dei termini di servizio e di suo svolgimento, attraverso, in primo luogo, la raccolta di informazioni per il tramite dell’esperienza diretta operativa sul campo e quindi, in secondo luogo, l’impiego di tali informazioni sotto una direzione aziendale unitaria per tutto l’ambito territoriale.

I.3 Lo Statuto elemento qualificante ed indice della qualifica di Società “*in house*”: considerazioni sullo schema proposto.

Lo Statuto è il documento cardine della Società “*in house*” e declina tutti i requisiti richiesti dall’art. 5 del “*Codice dei contratti*” (capitale interamente pubblico, prevalenza dell’attività svolta per eseguire i compiti assegnati dal socio pubblico committente “*in house*” e “*controllo analogo*”).

Secondo orientamento della Corte di Cassazione, in tema di riparto di giurisdizione fra Giudice ordinario o Giudice contabile, rileva la qualifica di Società “*in house*” desunta dagli indici qualificanti, di cui sopra, se risultanti dallo Statuto della Società.

Nella situazione inerente il “*Servizio idrico integrato*” della Regione Calabria, lo Statuto societario, nel caso di eventuale scelta per il modello gestionale della Società “*in house*”, potrebbe inoltre considerare la necessità della partecipazione della Regione unitamente agli Enti Locali - come spiegato meglio nelle ultime pagine della presente Relazione, anche per sostenere inizialmente e finanziariamente il “*veicolo*” gestorio in via parzialmente sostitutiva dei Comuni calabresi, moltissimi dei quali alle prese con criticità (alcune di natura temporanea, altre strutturali) nell’individuazione delle risorse finanziarie (sia in termini

giuridico-contabili che finanziari) - pertanto, pur rilevando ruoli diversi nell'ambito del "controllo analogo" fra i 2 Enti, si potrà raggiungere un equilibrio nella *governance* attraverso la previsione di categorie di azioni con diritti diversificati spettanti alla Regione ed agli Enti Locali.

Lo schema di Statuto dovrebbe in ogni caso recepire la struttura del "controllo analogo", prevedendo (come detto, se del caso, ma comunque ipotesi di valutare seriamente per le ragioni di cui appena sopra e di cui anche nelle ultime pagine del presente Documento) anche la partecipazione della Regione alla compagine sociale, con ruolo e diritti differenziati attraverso categoria di azioni con diritti diversi rispetto quelli degli Enti Locali.

Inoltre, lo Statuto dovrebbe, rispettivamente: avocare alla competenza dell'Assemblea dei soci le decisioni sulle operazioni più importanti della Società, limitando quindi la competenza del Consiglio di amministrazione; prevedere l'attività di programmazione e controllo dell'attività sociale attraverso: (i) Obiettivi ed indirizzi impartiti dai soci e recepiti dalla società; (ii) il sistema di controllo di gestione; (iii) il sistema del controllo analogo congiunto, anche attraverso un Comitato dei soci, esterno alla società; (iv) un organismo di vigilanza *ex* Dlgs. n. 231/2001 aderendo all'invito dell'Anac espresso nelle Linee-guida n. 1134 per gli adempimenti di trasparenza degli Enti di diritto privato in controllo pubblico (Dlgs. n. 33/2012).

Infine, si deve rilevare che, nel caso della gestione integrata del "SIP", come per il solo segmento della gestione della captazione e adduzione, si registrano nel Settore diversi Statuti di Società "in house" che prevedono anche limiti alla distribuzione degli utili e/o delle riserve e ciò al fine di accantonare risorse per investimenti diretti sulle infrastrutture del Servizio: caratteristica questa che può valere solo per il modello "in house"¹⁰ (come meglio illustrato nella successiva Sezione D conclusiva).

II. Istituti del diritto commerciale per raggruppare le gestioni ed i gestori: l'assenza di procedure ad evidenza pubblica.

Nella articolazione del percorso aggregativo il Giudice ammette l'annessione delle *legal entity* anche per il tramite di istituti del diritto commerciale.

Il gestore candidato "in house" può non disporre immediatamente di tutti i mezzi di produzione per svolgere il servizio e, per quanto interessa in questa sede, può disporne anche a mezzo di contratto di affitto di azienda o ramo d'azienda (Consiglio di Stato, Sentenza n. 6456/2018).

La giurisprudenza amministrativa in merito alla fusione di società affidatarie di servizi pubblici locali ha seguito il principio sostenuto dalla giurisprudenza e dottrina formatasi sulla natura di dette operazioni. Il Giudice amministrativo ha infatti affermato che "l'affidamento dei servizi implicato dalla fusione assume carattere neutro rispetto al mercato" (Tar Lombardia – Brescia, Sentenza 25 febbraio 2005, n. 273) e quindi non si determina una mutazione del soggetto gestore tale da implicare, ad esempio, una procedura ad evidenza pubblica per la scelta delle Società da coinvolgere nella fusione. E da altro punto di vista, per il Consiglio di Stato non appariva violato l'art. 113, comma 6, del Tuel, in merito alla partecipazione di Società miste affidatarie dei servizi a gare al di fuori del territorio "perché, con la fusione si realizza un modulo organizzativo che integra strutture societarie e non un ricorso al mercato per la scelta di un gestore di servizi pubblici locali" (Consiglio di Stato, Ordinanza n. 1610 del 1° aprile 2005).

¹⁰ Cfr. Sezione D, Paragrafo 3.

Sezione D

Il modello “*in house*”: le motivazioni emergenti dal contesto della gestione in Regione Calabria

Deve preliminarmente rilevarsi le caratteristiche dell'attuale sistema di gestione del “*SIP*” nella Regione Calabria:

- la gestione diretta da parte della stragrande dei Comuni di tutta o parte dei segmenti del SII: i Comuni presenti nella Regione Calabria sono 409;
- la gestione del servizio da parte della Società SOAKRO Spa, per i servizi Comuni della Provincia di Crotone, è fallita nel 2015 a causa di gravi difficoltà finanziarie;
- la gestione del Servizio da parte della Società Cosenza Acque Spa, per i Comuni della Provincia, non è mai stata avviata pur in presenza di un Piano industriale;
- il Servizio di vendita all'ingrosso è esercitato da Sorical Spa in 363 Comuni: trattasi di una presenza estesa all'intera regione, quale gestore “*grossista*” per l'approvvigionamento e l'adduzione di acqua ad uso idropotabile: la Società (mista pubblico-privato), costituita nel 2003 fra Regione Calabria e Acque Calabria S.p.A., al termine di procedura di gara, ha in gestione gli *asset* della ex Cassa per il Mezzogiorno, trasferiti alla Regione Calabria.

Sono noti alcuni specifici fattori di criticità della gestione del “*SIP*”, come risultanti anche da atti e relazioni presenti in AIC (Delibera di G.R. Calabria n. 71/2011).

Tali criticità, riferite in particolar modo alla mancata organizzazione del Servizio in modo unitario ed integrato fra i vari segmenti del “*SIP*”, si è ripercossa negli anni e si ripercuote negativamente:

- *sulla Società regionale fornitrice di acqua all'ingrosso*, anche per effetto del mancato introito da parte degli utenti (i Comuni);
- *sui bilanci dei Comuni*. Le tariffe dagli stessi applicate all'utenza sono *bloccate* dal 2011, con conseguente impossibilità di recuperare i costi sostenuti per la gestione del servizio. In alcuni casi, addirittura, gli importi fatturati ai cittadini sono risultati inferiori a quelli dovuti a SoRiCal S.p.A., per la fornitura del Servizio di erogazione all'ingrosso;
- *sugli investimenti necessari da effettuarsi sui vari segmenti del Ciclo dell'acqua e sulle correlate risorse*. Già da tempo l'effettiva utilizzazione/attivazione delle risorse, necessarie per fronteggiare le gravi lacune che ancora si registrano in termini di dotazioni infrastrutturali, è strettamente connessa agli avanzamenti istituzionali nei processi attuativi della legge di riforma. Al riguardo, rilevi la mancata messa a disposizione, per la Calabria, delle risorse destinate ai soli gestori dal “*Piano Acquedotti*”, di cui alla “*Legge di bilancio 2018*” nazionale.

Dalla analisi della situazione di fatto esistente e nelle more del completamento della procedura di scelta del modello della gestione e relativo affidamento, emergono le seguenti considerazioni che depongono a favore dell'affidamento “*in house*”:

1) rispetto degli obblighi di servizio pubblico per l'assenza nel Gestore di contrapposti interessi economici di privati

Il “*servizio pubblico*” può essere definito come un'attività che le Pubbliche Autorità ritengono di interesse generale, assunta dal soggetto pubblico (titolare del servizio medesimo), che la gestisce direttamente

ovvero indirettamente tramite un soggetto pubblico o privato; mentre il “servizio universale” può essere definito in considerazione degli effetti perseguiti, volti a garantire un determinato servizio a condizioni *standard* di qualità per tutti gli utenti, indipendentemente dalla loro ubicazione, ad un prezzo accessibile. L’Autorità d’ambito, atteso l’interesse pubblico alla salute ed alla tutela dell’ambiente riconosciuti a livello costituzionale, imporrà o specifici obblighi di servizio pubblico nel campo della gestione del “SIP”.

2) rispetto degli obblighi di servizio pubblico attraverso un più efficace ed efficiente sistema di applicazione degli obiettivi ed indirizzi pubblici garantiti dal “controllo analogo”

La gestione del “SIP” attraverso il modello della Società “*in-house*” consentirebbe agli Enti Locali rappresentati in AIC di svolgere, sia le funzioni d’indirizzo, programmazione e controllo del servizio, sia di partecipare concretamente alla “*gestione*” dello stesso, secondo le effettive esigenze manifestate dalle comunità locali di riferimento.

Si è quindi in presenza di un modello che si pone in alternativa a modelli gestionali in cui, al di là degli indirizzi espressi dagli Enti Locali, le scelte gestionali sono demandate ad un soggetto imprenditoriale privato, che ha ricevuto l’affidamento del Servizio con gara o che rappresenta il *partner* industriale di una società mista pubblico-privata.

3) l’*in house* mantiene le risorse risultanti dalla gestione sempre in mano pubblica

Il modello “*in house*” è l’unico in grado di coniugare insieme:

- il perseguimento degli interessi delle comunità locali venga anteposto alla logica del profitto;
- un approccio imprenditoriale necessario per garantire un livello qualitativo elevato e dal perseguimento di obiettivi di economicità, efficacia ed efficienza, tipici di una gestione imprenditoriale, che portano ad un impiego ottimale delle risorse introitate dagli utenti attraverso la tariffa.

Va rilevato, sotto l’aspetto squisitamente economico-finanziario, come sia *a fortiori* più conveniente e vantaggioso per gli Enti Locali il modello “*in house*” rispetto a quelli che presuppongono l’intervento dei privati, in quanto nella cosiddetta “*delegazione interorganica*” e nel così definito “*autoaffidamento*” (come spiegato meglio nelle pagine precedenti), l’obiettivo di fondo della gestione del Servizio (anche e/o soprattutto “*a rete*”, come nel caso in specie) è l’equilibrio economico della gestione e non certo la marginalità di profitto (così come la remunerazione del capitale finanziario investito). Ora, qualora si determinino degli utili in base alla gestione del “SIP”, il gestore privato avrà diritto di distribuire ai soci il dividendo (al pari di quanto avviene anche nella Società mista pubblico privata) che rimane quindi a beneficio di terze economie.

Diversamente, una gestione efficiente del modello “*in house providing*” potrà distribuire ai soci pubblici dividendi che rimangono sempre in ambito pubblico ovvero decidere di non procedere a tale distribuzione e ciò quantomeno delle riserve accantonate, come si registra in alcune esperienze analoghe.¹¹ Tale situazione consente di raggiungere 2 obiettivi: (i) il reinvestimento nella gestione del

¹¹ Cfr: Statuto APM Macerata, Società “*in house*” che gestisce il “SIP” nell’Ambito denominato “A.A.T.O. 3 Marche Centro Macerata”. “Art. 31. Utili. Gli utili netti risultano dal bilancio approvato, sono destinati: - il 5% alla riserva legale fino al limite di legge; - il 15% a riserva statutaria, fino al raggiungimento di un limite all’ammontare pari al 5% del capitale sociale. La riserva statutaria è utilizzabile per la copertura delle perdite o per l’aumento del capitale sociale; - il residuo a disposizione dell’Assemblea per dividendo agli azionisti o per quelle destinazioni che determinerà. In fase di prima applicazione l’importo della riserva statutaria eccedente rispetto al limite individuato è disponibile e distribuibile previa approvazione dell’Assemblea.”

“SIP” e quindi maggior efficienza del sistema, (ii) un (sebbene limitato dalla regolazione tariffaria di Settore) possibile temperamento dei livelli tariffari. Risultati, questi, invece non percorribili, sia nel caso di affidamento con gara al Concessionario privato e pure nel caso di Società mista pubblico-privata ove anche in questo caso è presente un soggetto privato.

4) la *mission* della Società “*in house*” garanzia del fine pubblico nel contesto dell’efficienza e dell’efficacia

La missione della Società a partecipazione pubblica, le cui azioni saranno detenuta dagli Enti Locali¹² dell’area operativa della stessa, non è realizzare profitti, utili per costituire dividendi da destinare ai soci, garantendo così una remunerazione al capitale investito dai propri soci. Il fine della Società “*in house*” – come risulta anche dallo schema di Statuto proposto - è quello di gestire il “SIP” con *standard* qualitativi elevati nell’interesse delle comunità locali di riferimento.

La Società “*in house*”, pur garantendo i requisiti di imprenditorialità, persegue l’obiettivo del raggiungimento e del mantenimento nel tempo dell’equilibrio economico e finanziario della gestione. Tale approccio consente di creare un sistema efficiente, in cui le risorse derivanti dall’introito dei corrispettivi pagati dagli utenti, attraverso l’applicazione e corresponsione della tariffa, sono indirizzate all’erogazione di un servizio efficace e di livello qualitativo elevato.

5) Superamento *in progress* della frammentazione fra gestione all’ingrosso e quella al dettaglio

Il principio della “unicità della gestione”, come previsto dalle disposizioni di legge sopra richiamate, conduce a prevedere l’integrazione fra gestione all’ingrosso e quella al dettaglio, per superare le criticità riscontrate nella gestione presente nella Regione Calabria.

Il modello di affidamento “*in house*” è l’unico che può accelerare tale processo attraverso la individuazione della Società “*in house*”, cui affidare, senza soluzione di continuità, i servizi (di gestione) al dettaglio in capo ai Comuni; ciò in un contesto di superamento di ogni conflittualità perché si è in assenza di interesse contrapposti e comunque in assenza di interessi lucrativi del privato. Al pari la Società “*in house*” – quale delegazione interorganica sottoposta a subordinazione gerarchica dei soci pubblici – può divenire affidataria della gestione delle reti, impianti e dotazioni patrimoniali per la gestione del “SIP” di proprietà della Regione Calabria, cosicché si possa perfezionare una integrazione verticale del Servizio dalle fonti di attingimento fino all’utenza, come è richiesto dalle disposizioni di legge che prevedono la “unicità” del servizio. La concentrazione delle reti ed impianti dovrà essere assistita da un processo di investimenti e della relativa gestione a forte caratterizzazione industriale che

Cfr: Statuto Società dell’Acquedotto del Nera, che gestisce gli impianti di captazione ed adduzione nell’Ambito “A.A.T.O. 3 Marche Centro Macerata”. “Art. 30 (Risultato d’esercizio e distribuzione degli utili). 1) L’utile netto dell’esercizio risultante dal bilancio sociale è attribuito come segue: a) il cinque per cento (5%) alla riserva legale, sino a che questa non abbia raggiunto il quinto del capitale sociale ai sensi dell’art. 2430 Codice civile; b) alla copertura di eventuali perdite pregresse; c) il residuo, escluso il dividendo minimo garantito alle eventuali azioni privilegiate, nel rispetto delle vigenti disposizioni contenute nello Statuto, secondo le Deliberazioni dell’Assemblea a remunerazione del capitale, a favore di riserve, a fondi di accantonamento speciale, ad erogazioni straordinarie, o mandandoli in tutto o in parte agli esercizi successivi o a diversa destinazione. 2) Il pagamento dei dividendi è effettuato presso le casse designate dall’Organo di amministrazione a decorrere dal giorno fissato annualmente dall’assemblea. 3) I dividendi non riscossi entro il quinquennio dal giorno in cui sono divenuti esigibili sono prescritti a favore della società. 4) In caso di perdita d’esercizio si applicano le previsioni di legge”.

¹² Cfr. paragrafi precedenti ove si propende per una composizione della compagine sociale con la presenza anche della Regione, cui assegnare azioni con diritti diversificati dal quelle che spetteranno ai Comuni, a garanzia di un più efficiente sistema del “controllo analogo”.

il nuovo assetto proposto potrà meglio garantire. Infine, il modello “*in house*” favorirebbe il subentro *in progress* nelle gestioni salvaguardate esistenti, quando cesseranno il Servizio.

6) Ulteriori elementi a favore del modello “*in house*” calati alla gestione del “SIP” in Regione Calabria

Si ravvisano ancora i seguenti elementi a favore del modello “*in house*”:

- *concreta possibilità di intercettare* cospicui e assolutamente necessari *finanziamenti pubblici* a valere sul “*Servizio idrico integrato*” (come dopo richiamato, solo per fare degli esempi: il coinvolgimento di Cassa depositi e Prestiti Spa; le linee di finanziamento previste dalla legislazione nazionale 2019 e 2020 a supporto del *debite* infrastrutturale presente in Italia in numerosi “*servizi a rete*” (tra cui soprattutto il “SIP”; le disponibilità del cosiddetto “*Recovery Fund*” inerte nel “*Piano nazionale di Ripresa e Resilienza*” e nel “*Ddl. Bilancio 2021.2023*”);
- *riduzione*, se non *azzeramento*, del *rischio* rappresentato dai tentativi di *infiltrazione malavitosa*, rilevati soprattutto nella gestione del Comparto industriale del Servizio; una Società pubblica infatti è sottoposta ai vincoli normativi in tema di assunzioni, appalti per servizi, lavori e forniture e a stringenti vincoli di monitoraggio della spesa. Non solo, grazie infatti all’applicazione delle procedure ad evidenza pubblica, in una logica di economia di scala, sarebbero possibili rilevanti forme di risparmio. Ancora le società pubbliche sono soggette alle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza;
- *garanzia di una gestione flessibile dei servizi*. Tale gestione non viene fissata e bloccata in un Capitolato valido per l’intera durata del contratto, potendo invece essere adeguato in base alle esigenze del Comune (nella triplice veste di regolatore, proprietario e committente) e, in particolare, a livello di partecipazione delle utenze ai fini della valorizzazione della risorsa idrica ed ambientale in genere, permettendo, *medio tempore*, di sperimentarne la giusta modalità atta a massimizzarne i risultati;
- assicurare il mantenimento di un *maggior rapporto collaborativo* per un fattivo coinvolgimento con le Associazioni dei consumatori e degli utenti, e degli altri *stakeholders*, nel processo di fissazione degli *standard* di servizio e relativo controllo;
- possibilità, in termini giuridici di legittimità e di fattibilità tecnica ed economico-finanziaria, dell’inserimento nella partita della Regione Calabria, con un intervento societario (garantendo le condizioni del modello “*in house providing*” totalmente pubblico, preservando altresì la *governance* congiunta comunale) e soprattutto di carattere finanziario, a parziale sostituzione di quello (oggi ritenuto da molti degli Enti Locali calabresi come poco proponibile) dei Comuni.

E proprio su questo ultimo punto si ritiene sia utile effettuare uno specifico approfondimento di analisi. Come più dettagliatamente spiegato di seguito, è evidente che, atteso il fatto che gli investimenti richiesti dal “*Piano di Ambito*” (ovviamente la versione finale ed aggiornata che approverà AIC rispetto al documento del 2017), in caso di “*in house*”, come dispone la normativa di Settore, dovrebbero essere finanziati con capitale fornito dai soci pubblici (i Comuni calabresi), per evitare di impegnare finanziariamente (e quasi certamente anche eccessivamente, rispetto alle attuali condizioni medie di disponibilità finanziaria della finanza locale territoriale calabrese e nazionale) le casse dei Comuni di AIC, necessiterebbe attivare l’intervento di soggetti specializzati nel finanziarie le infrastrutture pubbliche dei servizi pubblici a rete (quale quello idrico), tra i quali si sono verificate già alcune esperienze italiane caratterizzate dalla compartecipazione di Fondi di investimento specializzati e/o direttamente anche di Cassa Depositi e Prestiti Spa.

In realtà, una soluzione più in linea con le specificità del contesto regionale calabrese in materia di “acqua” potrebbe essere appunto quella di prevedere un diretto coinvolgimento della stessa Regione Calabria nell’operazione “in house”, intervenendo con capitale (finanziario) proprio nella Società “in house providing” insieme alla partecipazione (che si ritiene dovrebbe comunque essere maggioritaria in termini di quote azionarie complessive) dei Comuni di AIC. La Regione garantirebbe così il ruolo strategico della “appartenenza pubblica” (e di stringente controllo pubblico “analogo” attraverso i Comuni) e di “gestione unitaria” (se non immediatamente, almeno “per fasi”, come sopra spiegato) del “SIP” – giusta la scelta precedente dell’unica Autorità regionale – e quello di finanziatore dei capitali necessari ad effettuare gli investimenti infrastrutturali, senza con ciò adombrare il ruolo dei Comuni dei territori di AIC. Tutto ciò potrebbe essere raggiunto inclinando le formula di *governance* del futuro Statuto della Società “in house” in modo da rispettare entrambe i ruoli pubblici sopra declinati, quello cioè di Regione Calabria e quello dei Comuni calabresi.

Per quanto attiene invece la posizione dei Comuni soci di AIC (e quindi anche della Società “in house providing” se la scelta finale confluirà su questo modello), l’eventuale intervento della Regione nel capitale della Società pubblica di gestione del “SIP” regionale calabrese, oltre come già detto (in tema si proposta di Statuto societario dell’in house, vedi Sezione C.11) a rafforzare la scelta del “soluzione pubblica” alla gestione dell’acqua senza determinare il venir meno delle prerogative di *governance* e di “eterodirezione” che la legge impone/riconosce ai Comuni del territorio di Ambito, permetterebbe di attuare più facilmente rispetto agli altri modelli gestionali l’obiettivo/vincolo di legge della “integrazione verticale” tra gestione del dettaglio e gestione all’ingrosso del “Servizio idrico integrato” nell’unico soggetto gestore societario seguendo un processo ed un percorso auspicabilmente amichevole, in quanto coinvolgente gli Organi di indirizzo politico-amministrativo e gli Uffici funzionali di ciascuno dei Comuni con gestione del Servizio al dettaglio con gli Uffici della Società pubblica “eterodiretta” dagli Organi dello stesso Ente Locale.

E sempre in tale contesto, il liberarsi dei (pochi) onori e dei (tanti) oneri (anche bilancistici, gestionali ed economico-finanziari e patrimoniali) della gestione al dettaglio porterebbe, *ceteris paribus*, un miglioramento della situazione gestionale ed economico-finanziaria del bilancio comunale, in quanto, oltre all’acquisizione eventuale da dividendi derivanti da distribuzione di utili societari prodotti dal margine generato dal Gestore unico pubblico conseguente ad una gestione efficiente di un Servizio di oggettiva natura “industriale” regolato da parametri economici stabiliti *erga omnes* (per gestori privati come per quelli pubblici, nel rispetto dei principi della concorrenza e del mercato di estrazione unionale), o in alternativa al riconoscimento di contribuzioni e/o interventi di investimento sul territorio, anche dal lato della spesa il probabile alleggerimento *tempo per tempo* del livello di accantonamento nella parte corrente del bilancio comunale del cosiddetto “Fondo crediti di dubbia esigibilità” – “Fcdé” (legato come è risaputo alla effettiva capacità di riscossione delle entrate da parte di ciascun singolo Ente) dovrebbe far beneficiare l’Ente Locale di maggiori spazi liberi di spesa, che in questi ultimi 5 anni si sono ridotti anche per l’introduzione del nuovo ordinamento contabile (la cosiddetta “armonizzazione dei sistemi contabili”, che ha portato, tra gli altri, anche il così appellato “Fcdé”). Per inciso, corre l’obbligo segnalare che lungi in questo Documento l’intenzione di alimentare l’idea di elusività che in questo caso si potrebbe adombrare rispetto alle citate criticità derivanti dal rapporto diretto con l’utenza finale, bensì il contrario: va tenuto di conto che la gestione di queste criticità sarebbe traslata ad un Gestore unico pubblico che si dovrebbe (per obbligo di legge) dotare di

strumenti e presidi specializzati in grado di rimuovere efficacemente e professionalmente le citate problematiche, mantenendo scevro (o comunque con impatto limitato e giudicato “*nella norma*”) il proprio bilancio dagli effetti negativi e penalizzanti di cui in trattazione.

Esperienze a confronto sui modelli di riferimento “*in house*” attuati per fasi successive

Tra i modelli gestionali scelti da altre Regioni italiane, si riscontra attualmente una nutrita serie di iniziative fondate sul modello “*in house providing*” attuati per fasi successive, nel senso che al momento dell’affidamento del Servizio il Gestore unico non era rappresentato da un’unica entità giuridica: solo successivamente è divenuto tale.

Di seguito alcuni casi interessanti.

- Lombardia: Ambito di Como (Delibera n. 13/2015/R/Idr), dove si prende atto di un modello gestionale (in qualche modo accettandolo, approvandone la tariffa) realizzato attraverso l’affidamento ad un soggetto unico gestore “*in house*” che avvia da subito la gestione unica dell’Ambito attraverso un sistema di Convenzioni con i singoli gestori esistenti per giungere progressivamente (nel giro massimo di 1-2 anni) alla gestione complessiva dell’intero Ambito attuando le operazioni societarie ritenute più congrue (quali, acquisto di rami azienda, fusioni, incorporazioni, ecc.);
- Piemonte: Acquedotto Valtigione Spa, Acquedotto della Piana Spa, Azienda Multiservizi Acqua Gas Spa, Azienda Multiservizi Casalese Spa, Consorzio dei Comuni per l’Acquedotto del Monferrato, Cordar Spa, Biella Servizi, Società metropolitana Acque Torino Spa, Società intercomunale Servizi Idrici Srl, Azienda cuneese dell’Acqua Spa, Azienda Multiservizi Valenzana Spa e Acqua Novara.Vco. Spa, hanno sottoscritto un contratto di Rete di Imprese con soggettività giuridica ai sensi e per gli effetti degli artt. 3, commi 4-ter e seguenti, del Dl. 10 febbraio 2009 n. 5, convertito in Legge 9 aprile 2009, n. 33 - La Rete è denominata “*Water Alliance – Acque del Piemonte*”. Alla Rete possono aderire soltanto Società “*in-house providing*” ed operanti nella gestione del “*Servizio idrico integrato*”. Le Parti che partecipano al Contratto di rete forniscono il “*Servizio idrico*” a circa 3,5 milioni di abitanti, pari a circa l’80% della popolazione residente in Piemonte;
- Piemonte: ATO n. 4 Cuneo: la procedura di affidamento al Gestore unico è in corso. In particolare, a valle della Delibera della Conferenza d’Ambito 7 maggio 2018, n. 12, che ha approvato la scelta della forma di gestione per l’affidamento del “*Servizio idrico integrato*” al Gestore unico “*optando per una società a tipologia consortile con capitale interamente posseduto (...) dagli Enti Locali dell’ATO/4 Cuneese*”, si è avviata la fase di stesura dello Statuto della citata Società consortile.

Sulla Relazione ex art. 34, comma 20

Richiamando sin d’ora a quanto preliminarmente riportato nelle primissime pagine di questo Documento, in questa sede si possono (ri)evidenziare solo alcune considerazioni del tutto preliminari rispetto alla prima più volte citata Relazione ex art. 34 comma 20, del Dl. n. 138/2011, che dovrà essere redatta in maniera giuridicamente ed economicamente appropriata a seguito di proposta formulata da (almeno) un candidato “*in house*”.

Come già in precedenza riportato, l’art. 34, comma 20, Dl. n. 179/2012, dispone che, “*per i ‘servizi pubblici locali di rilevanza economica’, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l’economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l’affidamento del servizio è*

effettuato sulla base di apposita Relazione, pubblicata sul sito internet dell'Ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste". Tale disposizione però deve essere coordinata con il testo dell'art. 3-bis del Decreto- legge 13 agosto 2011, n. 138, che al comma 1-bis, così recita: *"le funzioni di organizzazione dei 'servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica', (...), di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli Enti di governo degli Ambiti o Bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo cui gli Enti Locali partecipano obbligatoriamente, fermo restando quanto previsto dall'art. 1, comma 90, della Legge 7 aprile 2014, n. 56. (...). Gli Enti di governo di cui al comma 1 devono effettuare la Relazione prescritta dall'art. 34, comma 20¹³, del Decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221, e le loro Deliberazioni sono validamente assunte nei competenti Organi degli stessi senza necessità di ulteriori Deliberazioni, preventive o successive, da parte degli Organi degli Enti Locali"*.

Sulla essenzialità della predisposizione ed approvazione della Relazione, si cita, tra le altre, la Sentenza n. 2275 dell'8 aprile 2019 del Consiglio di Stato, nella quale la questione controversa riguarda la valenza sostanziale della Relazione illustrativa ex art. 34, comma 20, del Dl. n. 179/1912, con cui l'Amministrazione deve illustrare le ragioni della scelta di un particolare modello di gestione del servizio pubblico. I Giudici rilevano che, nel contesto di sostanziale equiordinazione tra i vari modelli di gestione disponibili per la gestione dei *"servizi pubblici locali"* (mediante il ricorso al mercato, attraverso il c.d. *"partenariato pubblico-privato"*, tramite Società mista, ovvero attraverso l'affidamento diretto in *house*), l'Amministrazione è chiamata ad effettuare una scelta per l'individuazione della migliore modalità di gestione del servizio rispetto al contesto territoriale di riferimento e sulla base dei principi indicati dalla legge. In sostanza, l'Amministrazione è chiamata all'esercizio di poteri discrezionali al fine di tutelare l'interesse generale al perseguimento degli *"obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e qualità del servizio"*. Le ragioni di tale scelta sul modello di gestione del servizio devono essere compiutamente illustrate nella Relazione illustrativa ex art. 34, essendo peraltro richiesto un onere motivazionale rafforzato e più incisivo solo nel caso in cui si opti per l'affidamento diretto mediante *"in house"*. In ogni caso, quale che sia la scelta di gestione del *"servizio pubblico locale a rilevanza economica"* adottata dall'Ente, si tratta di valutazioni che, riguardando l'organizzazione del servizio e la praticabilità di scelte alternative da parte del Comune, devono essere svolte in concreto, con un'analisi effettuata caso per caso e nel complesso. Infine, i Giudici sottolineano che la relazione ex art. 34, comma 20, del Dl. n. 179/2012, non può essere declassata a mero orpello procedimentale allorché la scelta dell'evidenza pubblica si configuri come opzione necessitata, in quanto anche in tal caso si tratta di valutazioni rimesse esclusivamente all'Amministrazione, la quale dovrà in maniera congrua e adeguata motivare sull'assenza di alternative praticabili, non potendo ciò essere supplito da una valutazione con prognosi postuma effettuata dal giudice.

¹³ Art. 34, comma 20, Dl. n. 179/2012: *"Per i 'servizi pubblici locali di rilevanza economica', al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'Ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste"*.

Nel contesto attuale, la Relazione illustrativa in oggetto ha l'obiettivo di rendere edotta AIC su quale sia il modello di gestione migliore e più conveniente, sotto l'aspetto politico-istituzionale ed economico gestionale, per la gestione unitaria del "Servizio idrico integrato", mentre la Relazione *ex art. 34*, comma 20, del Dl. n. 179/2020, elaborata secondo i modelli ministeriali consigliati (leggasi Mise) e completa di tutti gli aspetti industriali ed economico-finanziari (compresi quelli infrastrutturali e degli investimenti) sarà obbligatoriamente predisposta nel momento di affidamento del "SIP" ad un soggetto "in house providing" in grado di presentare una proposta adeguata e conveniente per AIC ed i suoi Comuni, sulla base dei dati aggiornati del "Piano di ambito".

- Criticità della gestione affidata con gara all'Impresa privata:

La gara per l'affidamento del servizio a terzi deve scontare le seguenti criticità.

L'AIC è in grado di affidare il segmento del "SIP" rappresentato dal Servizio c.d. di "dettaglio" e deve prendere atto che le gestioni esistenti sono salvaguardate fino a scadenza naturale.

Si manterrebbe, pertanto, nel corso di un lungo periodo di transizione (quanto meno fino alla conclusione dell'affidamento a Sorical) una gestione frammentata e si determina un elevato tasso di conflittualità nel momento del subentro nelle gestioni esistenti salvaguardate alla scadenza naturale.

La predisposizione degli atti di gara, dovendo definire un capitolato tecnico di durata ultrannuale e dovendo prevedere, per prevenire la conflittualità con il Concessionario-controparte, appare lunga e molto complessa e foriera delle criticità di cui *infra*.

Inoltre, vanno considerate le seguenti criticità di tale modello:

- *rigidità delle modalità di conduzione del Servizio*. La necessità di una definizione puntuale delle modalità di conduzione del Servizio potrebbe limitare fortemente, ed alla base, la possibilità di attuare correttivi rapidi e tempestivi, anche di tipo sperimentale o strutturale, rispetto alla conduzione del Servizio; questi potrebbero infatti scaturire dal monitoraggio e della valutazione, *in itinere*, dello stesso Servizio, con particolare riguardo al ruolo ed alla funzione regolatrice e di vigilanza. In altre parole, la documentazione di base per esperire una gara di respiro europeo potrebbe nascondere insidie che potenzialmente si manifesterebbero anche in tempi notevolmente successivi all'affidamento;
- *elevato rischio di contenzioso giudiziario*, per come preventivabile, sia nella fase di aggiudicazione che in quella gestionale, con effetti diretti rispetto alla tempistica di avvio del servizio e, nondimeno, alla conduzione dello stesso;
- *possibili comportamenti anomali del soggetto affidatario*, quali, ad esempio, conflittualità permanente nell'interpretazione ed applicazione delle clausole contrattuali, propensione a rinegoziare gli impegni in corso d'opera, disinteresse alla qualità degli investimenti e delle manutenzioni, soprattutto nel periodo finale dell'affidamento.

- Criticità della gestione affidata alla Società mista pubblico-privata

La gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato operativo ed al contempo la contendibilità del Servizio, comporta livelli complessi nella gestione degli atti gara e del contratto di servizio, i quali devono prevedere clausole rigide che possono prevedere ora per allora (vale a dire, prevenire e gestire) la conflittualità che il socio privato è naturalmente portatore in quanto persegue il fine di lucro diversamente dalla compagine sociale pubblica.

Anche per la Società mista si ravvisano le criticità già esposte per la gara all'Impresa privata, in parte ancor più rese complesse dalla necessità di dovere convivere nella compagine sociale la componente pubblica e quella privata all'interno di una Società. Si dovranno quindi gestire i probabili contrasti – dovuti come detto agli interessi contrapposti – fra il *privato* e il *pubblico* quali soci della Società e i conflitti fra il *privato*, quale gestore del Servizio, e il *pubblico* quale Autorità di regolazione del Servizio.

Infine, deve ravvisarsi che il livello di complessità e quindi l'oggettivo allungamento dei tempi per la predisposizione degli atti di una gara a doppio oggetto per la Società mista sono anche maggiori rispetto a quelli della gara per la concessione all'impresa privata richiedendo:

- la capitalizzazione, da parte pubblica, della *NewCo*;
- l'iter di costituzione della *NewCo* e, solo successivamente, l'avvio della procedura di gara ai sensi dell'art. 17 del Tusp.

In altre parole, e facendo rimando anche a quanto affermato nella altre pagine di questa Sezione D conclusiva del Documento di oggetto, da un'analisi esperienziale operata dagli estensori di questa Relazione sui “*servizi pubblici locali 'a rete' a rilevanza economica*”, i tempi per l'incardinamento, l'avvio e soprattutto la conclusione del percorso di scelta del modello di gestione e poi del gestore unico, con conseguente avvio della funzionalità del “*Servizi idrico integrato*” unico regionale, sono mediamente i seguenti:

	Modello “ <i>in house providing</i> ”	Concessione a terzi (con gara)	Società mista pubblico-privata (con gara a doppio oggetto)
Tempi medi per incardinamento, avvio e conclusione procedura di scelta di modello di gestione e di gestore	6/8 mesi	1,5/2 anni	2/3 anni
