



A.V.C.P.

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

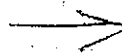
A.T.O. 5 "Marche sud Ascoli Piceno"
15 DIC. 2008
Prot. N° 1923

Roma, 10 dicembre 2008

Direzione Generale della Vigilanza Lavori

IL DIRETTORE GENERALE

Prot. 70118/08/VI/1/UL2



All'ATO Marche Sud Ascoli Piceno
Viale Indipendenza 42
63100 ASCOLI PICENO

Società CIIP S.p.A.
Viale della Repubblica 24
63100 ASCOLI PICENO

RACCOMANDATA A/R

Oggetto: Procedimento volto ad accertare l'eventuale inosservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato. Comunicazione delle risultanze istruttorie.

Con la presente si comunica che il Consiglio dell'Autorità si è espresso, in esito al procedimento indicato in oggetto, con deliberazione n. 52 del 26 novembre 2008, che si allega in copia alla presente corredata della/e scheda/e di sintesi della valutazione effettuata relativamente al/i caso/i di competenza.

L'Autorità si riserva, relativamente ai casi di soggetti gestori del servizio idrico costituiti da società miste pubblico-private, di procedere a specifici accertamenti circa la procedura di individuazione del socio gestore seguita.

Distinti saluti.

15/12/08

ATTI

COPIA

BROCCIA

PROSECUZIONE

DIREZIONE

(ing. Maurizio Ivagnes)



1108

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

DELIBERAZIONE N. 52

Adunanza del 26 novembre 2008

Oggetto: Procedimento volto ad accertare l'eventuale inosservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato. Comunicazione delle risultanze istruttorie.

Il Consiglio

- Visto il D.lgs. n. 163/2006;
- Vista la Legge n. 36/1994;
- Visto il D.lgs. n. 152/2006;
- Visto il D.lgs. n. 267/2000;
- Visto il D.L. 112/2008, convertito nella L. n. 133/2008;
- Vista la Legge n. 241/1990;
- Vista la delibera dell'Autorità n. 16 del 7.5.2008 di avvio del procedimento;
- Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori datata 30.10.2008.

Considerato in fatto

Il Consiglio dell'Autorità, a seguito di un'indagine conoscitiva sul settore delle risorse idriche, con deliberazione n. 16 del 7 maggio 2008 ha disposto l'avvio di un procedimento volto ad accertare l'eventuale inosservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato (nel seguito SII) in 64 casi in cui le Autorità d'Ambito hanno disposto lo stesso in favore di società completamente pubbliche.

Dell'avvio del procedimento è stata data comunicazione ai soggetti interessati, contestualmente all'invio di copia della stessa deliberazione. Con nota successiva, la Direzione Vigilanza Lavori, ha chiesto, al fine di svolgere la necessaria attività istruttoria, specifiche informazioni alle Autorità d'Ambito interessate circa l'affidamento del servizio idrico integrato a società interamente pubbliche.

Alcuni soggetti interessati al procedimento sono intervenuti producendo memorie o chiedendo di esser ascoltati in audizione. In particolare:

- AIMAG S.p.A., con nota del 4.6.2008, ha segnalato di non essere più società a capitale interamente pubblico, ma di aver acquisito un socio privato con procedura ad evidenza pubblica;

M

- Acqua Novara VCO S.p.A., con nota del 30.6.2008, ha fornito controdeduzioni alla deliberazione dell'Autorità ed ha chiesto di essere convocata per essere ascoltata;
- S.A.S.I. S.p.A., con nota del 2.7.2008, ha inviato documentazione e chiesto di partecipare al procedimento.

Sono, inoltre, pervenuti sull'argomento oggetto di esame chiarimenti, segnalazioni ed esposti; si richiamano, in particolare i seguenti, pervenuti da enti e associazioni:

- con nota del 30.5.2008 la Regione Lombardia ha trasmesso un parere della Commissione Europea (13.5.2008), ove si indica che la società in house deve essere partecipata da tutti e solo i Comuni dell'ATO, nonché una propria nota sull'argomento inviata all'ATO Mantova;
- con nota del 3.7.2008, l'Associazione "Acqua Pubblica" ha chiesto di acquisire la documentazione istruttoria e di intervenire nel procedimento;
- con nota del 16.6.2008, il Sindaco del Comune di Rotonda (PZ) ha chiesto di essere convocato per una formale audizione.

Stante le richieste pervenute, in data 10.10.2008, presso la Direzione Generale Vigilanza Lavori sono stati auditi i rappresentanti delle seguenti società ed enti:

- S.A.S.I. S.p.A.;
- Comune di Rotonda;
- Acqua Novara VCO.

Dall'indagine è emerso che la pressoché totalità degli affidamenti a società pubbliche, in ben 38 ATO dei 40 esaminati, è avvenuta direttamente con riferimento alla modalità cosiddetta *in house providing*, di cui al comma 5 lett. c) dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 (come modificato dalla legge n.326/2003).

Fanno eccezione i casi:

- dell'ATO Puglia, ove l'affidamento del SII è avvenuto ex D.Lgs. n.141/1999;
- dell'ATO Provincia di Milano, ove attualmente operano due società a capitale misto pubblico-privato; l'Autorità d'Ambito è, infatti, ricorsa alle disposizioni dell'art. 113, comma 5, lett. b) del D.Lgs. n.267/2000, individuando un socio privato gestore.

Ritenuto in diritto

L'espressione *in house providing*, usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998, identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione, che si verifica quando quest'ultima acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa, senza ricorrere a terzi tramite gara.

La prima definizione giurisprudenziale della figura è stata fornita in occasione della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 18 novembre 1999, causa C-107/98 - Teckal. In quella sede si è affermato che non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell'ipotesi in cui concorrano i seguenti elementi:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi;

b) il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

Nel corso degli anni la giurisprudenza comunitaria è stata concorde nel ribadire il carattere di eccezionalità dell'*in house* e nel fissare requisiti restrittivi e rigorosi per la definizione delle due espressioni citate.

Dal momento che la procedura costituisce una deroga alle regole di evidenza pubblica, il giudice europeo ha ritenuto necessari, in particolare, strumenti che consentano all'ente pubblico un controllo stringente, maggiore di quello ottenibile con gli ordinari strumenti previsti dal diritto civile. Essi sono:

- il Consiglio di Amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;
- l'impresa non deve avere una vocazione commerciale, che risulterebbe implicita in caso di ampliamento dell'oggetto sociale, apertura obbligatoria della società ad altri capitali, espansione territoriale;
- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante;
- il controllo analogo è da ritenersi escluso nel caso in cui nello statuto sia prevista la possibilità di cedere quote a soggetti privati;
- il controllo analogo non è escluso dalla circostanza che il pacchetto azionario della società sia posseduto da una pluralità di enti pubblici, anche in misura esigua per ciascuno di essi. In tal caso, la verifica sul "controllo analogo" si sposta necessariamente nel rinvenimento di clausole o prerogative che conferiscono agli enti locali partecipanti con quote societarie esigue, effettive possibilità di controllo nell'ambito in cui si esplica l'attività decisionale dell'organismo societario attraverso i propri organi (assembleari o di amministrazione), non soltanto in chiave propulsiva o propositiva di argomenti da portare all'ordine del giorno del consesso assembleare, ma anche di poteri inibitivi di iniziative o decisioni che si pongano in contrasto con gli interessi dell'ente locale nel cui ambito territoriale si esplica il servizio (TAR Lazio, sentenza 16 ottobre 2007, n. 9988).

Nello svolgimento dell'indagine è stato tenuto in particolare conto delle valutazioni della Commissione europea riferite al caso dell'affidamento, da parte dell'ATO Basilicata, del SII ad Acquedotto Lucano S.p.A.

La Commissione ha ritenuto che il controllo analogo possa esercitarsi ove siano rimesse all'ATO le decisioni finali circa gli aspetti rilevanti dell'attività del gestore, quale l'approvazione dei programmi annuali e triennali di investimento nonché dei singoli investimenti eccedenti una determinata cifra (nel caso specifico un milione di euro), esistendo, in tal caso, un rapporto organico o di delegazione interorganica tra ATO e gestore, con conseguente rapporto di strumentalità dell'ente affidatario rispetto all'amministrazione aggiudicatrice.

Per quanto attiene al requisito dell'attività prevalentemente svolta a favore dell'ente affidante, la giurisprudenza prevalente ritiene che tale condizione sia soddisfatta quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e

Aut

M

qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori della competenza territoriale dell'ente controllante.

Più che l'individuazione di una soglia percentuale necessita un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo. In altri termini, la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato. Sotto questo profilo la giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato mostrano di ritenere a priori che l'espansione territoriale, anche a vantaggio di altri enti pubblici analoghi, violi la prevalenza.

Nell'esame dei casi oggetto del procedimento si è ritenuto che l'attività che deve assumere il carattere prevalente sia la sola attività oggetto della convenzione con l'ATO, ovvero la gestione del SII ed eventuali attività connesse alla stessa.

In altri termini lo svolgimento di ulteriori attività, sia pure svolte a favore di Comuni interni all'ATO, sarebbe di per sé indice di una "vocazione commerciale" della società, che verrebbe pertanto ad assumere una natura imprenditoriale, pur continuando ad operare in condizioni di privilegio, evidenziando così una incoerenza dell'affidamento in relazione alle caratteristiche della società.

I risultati della istruttoria, svolta in base ai criteri sopra enunciati, sono riassunti, caso per caso, nelle schede allegate alla presente.

Si riportano nel seguito dati complessivi, precisando che :

- sono stati inizialmente presi in esame 64 affidamenti a società interamente pubbliche;

- dall'acquisizione di informazioni, è emersa la presenza di una ulteriore società pubblica, incaricata del SII nell'ATO Provincia di Mantova;

- anche relativamente all'ATO 3 Marche Centro Macerata, è stata segnalata una ulteriore Società da qualificare interamente pubblica, in quanto è stata avviata la procedura di acquisizione ai Comuni delle quote societarie precedentemente detenute da soggetti privati;

- nell'ATO Cuneese, due Società interamente pubbliche si sono fuse;

- una società, identificata quale pubblica nell'ATO Provincia di Mantova, è attualmente mista pubblico-privata, avendo acquisito un socio privato gestore.

Pertanto, alla luce delle integrazioni sopra riportate, l'indagine ha avuto ad oggetto 65 casi di affidamento del SII, classificabili, allo stato, secondo le seguenti modalità di affidamento :

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

I 3 casi di affidamento del SII ad altrettante società miste pubblico-private sono stralciati dalla presente relazione (ma non dal procedimento) e saranno oggetto di specifiche indagini volte a verificare la procedura di evidenza pubblica esperita per l'individuazione del socio privato.

Parimenti stralciato è il caso dell'affidamento *ex lege* che sarà oggetto di specifico approfondimento.

Nella tabella seguente si classificano ulteriormente i 61 casi di affidamento *in house*, secondo la natura dei problemi emersi dall'istruttoria:

- affidamenti avvenuti in presenza delle condizioni (nazionali e comunitarie) per il ricorso all'*in house providing*;
- affidamenti non classificabili in quanto sono in corso ulteriori verifiche documentali;
- affidamenti che non sono stati ritenuti conformi alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia.

Quest'ultimi sono stati suddivisi in casi per i quali, dai dati acquisiti, si è rilevata una concreta incoerenza con l'affidamento *in house*, in quanto le società manifestano, per le attività svolte, una vocazione commerciale ed in casi per i quali sono state ravvisate incongruenze nelle clausole di convenzione e statutarie con la disciplina nazionale e comunitaria.

Casi in house esaminati	Ritenuti conformi alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia	Da sottoporre a successiva verifica	Ritenuti non conformi alle disposizioni di legge e alla giurisprudenza prevalente in materia	
			40	
			Clausole statutarie o di convenzione non adeguate	Incoerenza dell'affidamento in relazione alle caratteristiche della Società
61	6	15	21	19

Sono da richiamare - per la loro frequenza quasi sistematica -, alcune criticità emerse durante l'istruttoria. La prima riguarda uno dei requisiti fissati dalla giurisprudenza in materia di controllo analogo che, come si è detto, non è a priori pregiudicato nel caso in cui il pacchetto azionario della società sia posseduto da una pluralità di enti pubblici.

In particolare sono state evidenziate come frequenti le fattispecie nelle quali il singolo ente locale ha difficoltà a dimostrare di poter contrastare una azione del soggetto gestore che produca effetti negativi sui suoi interessi specifici.

Il secondo aspetto di frequente criticità è individuabile nella circostanza che molti gestori esercitano ulteriori e non marginali attività.

Spesso si è argomentato da parte dei soggetti gestori separando l'attività del servizio idrico integrato dalle altre da esso stesso svolte. Tale misura non è convincente, ravvisandosi come il gestore continui ad essere collegato o ad essere controllante o controllato da un gruppo societario che opera in vari campi, anche fuori dell'ATO, connotato da chiara vocazione commerciale.

Vi è infine un terzo aspetto problematico, anch'esso riscontrato con frequenza, connesso al quadro normativo vigente.

Come noto nel 1994 è stata emanata la legge Galli, volta ad avviare un processo di modernizzazione e riorganizzazione del settore idrico, reso scarsamente efficiente dall'estrema frammentazione degli operatori (oltre 13.000 nel 1994). Per fare fronte a questa situazione, la legge assegnava alle autorità regionali e locali la riorganizzazione dei servizi di acquedotto e smaltimento attraverso un'integrazione territoriale.

Per raggiungere questo obiettivo la legge definiva i seguenti principi di fondo:

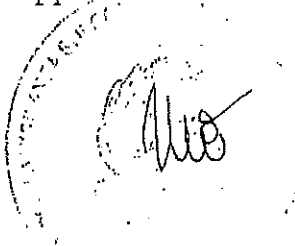
- integrazione territoriale e industriale, attraverso l'introduzione degli Ambiti Territoriali Ottimali (A.T.O.);
- separazione tra le seguenti funzioni:
 - programmazione, regolamentazione, organizzazione e controllo del servizio idrico, che devono essere svolte dalle autorità locali;
 - gestione del servizio, affidata ad un operatore unico indipendente;
 - proprietà delle infrastrutture;
- copertura completa dei costi operativi e di investimento;
- obblighi di efficienza e produttività.

Stante il fatto che - come emerge dai risultati della presente istruttoria - molti affidamenti delle Autorità d'Ambito sono avvenuti utilizzando la formulazione dell'*in house*, si pone il problema di stabilire la compatibilità di questo istituto con i principi ispiratori della legge Galli.

Una difficile convivenza tra i principi ispiratori dell'*in house* e della legge Galli emerge, del resto, dall'Atto di segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 28/12/2006 n. AS375: "Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. *in house* e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi", che, dopo aver sottolineato il carattere residuale di questo tipo di affidamenti, è esplicito nel rinvenire una situazione di conflitto di interesse tra ente pubblico affidante, società affidatarie ed ente regolatore proprio nel caso dei servizi idrici.

Inoltre, è il caso di rammentare che il Ministero dell'Ambiente con una Circolare del 6 dicembre 2004: "Affidamento *in house* del servizio idrico integrato" ha stabilito che questo tipo di affidamento, oltre che derogatorio, deve considerarsi anche transitorio, in quanto non rappresenta una vera e propria esternalizzazione e messa in concorrenza del servizio.

Sulla stessa linea si collocano le recenti disposizioni dell'art. 23-bis del D.L. n.112/2008, convertito nella Legge n.133/2008, il quale stabilisce al comma 2 che "*Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, ... mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica ...*" ed introduce al comma 3 la possibilità di affidamento in deroga alle modalità ordinarie solo in un numero limitato di casi e in esito ad una specifica procedura. Le disposizioni dell'art. 23 bis rimandano comunque all'emanazione da parte del Governo di uno o più regolamenti delegificanti affinché vengano abrogate in modo espresso le parti incompatibili dell'art 113 del TUEL e armonizzata la nuova disciplina con quella vigente di settore applicabile ai servizi pubblici locali, compresi quelli in materia di SII.

A circular stamp with some illegible text around the perimeter and a handwritten signature in the center.A simple handwritten mark or signature.

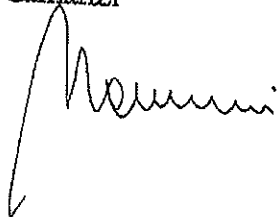
In base a quanto sopra considerato,

il Consiglio

- a) dispone l'invio ad opera della Direzione Generale Vigilanza Lavori della presente deliberazione ai soggetti interessati (Autorità d'Ambito e gestori), corredata per ciascun soggetto delle schede di competenza con le quali si riassume l'esito dell'esame istruttorio;
- b) invita le Autorità d'Ambito e i gestori, per i quali sono state rilevate criticità specifiche nell'affidamento a Società pubbliche a valutare le criticità segnalate, comunicando i provvedimenti che si intendono adottare al riguardo, entro il termine di 60 giorni dal ricevimento della presente deliberazione;
- c) invita le Autorità d'Ambito e i gestori per i quali si sono ravvisati necessari ulteriori approfondimenti circa gli affidamenti del SII a fornire chiarimenti e la documentazione richiesta dall'Autorità, entro il termine di 30 giorni dal ricevimento della presente deliberazione;
- d) dispone il proseguo delle attività istruttorie, da parte della Direzione Vigilanza Lavori, relativamente a quanto stabilito nei precedenti punti b) e c);
- e) assegna come termine di conclusione delle attività istruttorie di cui al precedente punto d) il 31 marzo 2009.

Il Consigliere Relatore

Andrea Camanzi



Il Presidente

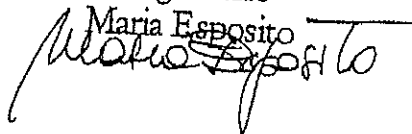
Luigi Ciampaolino



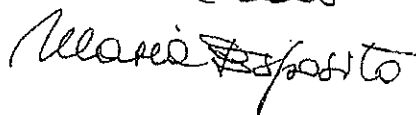
Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 dicembre 2008

Il Segretario

Maria Esposito



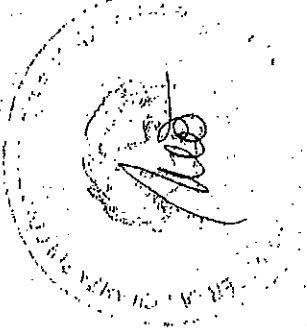
3 dicembre 2008





A.V.C.P.

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



Oggetto: Procedimento volto ad accertare l'eventuale inosservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato. Scheda allegata alla deliberazione del Consiglio dell'Autorità n. 7 dell'adunanza del 26 novembre 2008

SCHEDA N. 52		
Regione	ATO	Gestore SII
Marche	ATO 5 Marche Sud Ascoli Piceno	CIIP S.p.A.
Risultato della verifica		
Con deliberazione n. 17 del 28.11.2007, l'AATO ha verificato il sussistere dei requisiti del controllo analogo; in particolare, dopo una ricognizione della giurisprudenza italiana e comunitaria in materia, l'AATO ha ritenuto sussistere tali requisiti, in quanto: a) il capitale è interamente pubblico (soci dell'AATO); b) sussiste il vincolo dello svolgimento della parte più importante dell'attività con gli enti locali soci nel rispetto del "perimetro dell'affidamento", secondo cui l'attività della società con gli enti locali soci sia circoscritta ed esclusiva rispetto al servizio affidato, con l'esclusione della possibilità di un ampliamento nella misura e nella qualità dell'oggetto sociale; c) sussiste il requisito del controllo analogo. Rispetto al punto b) la delibera richiama il limite dell'80% del fatturato. Rispetto al punto c) la delibera precisa che è stato redatto ed approvato un Regolamento per disciplinare i rapporti tra gli enti locali e la Società, che, tra l'altro, prescrive la necessaria approvazione degli atti		
Valutazione complessiva		Conforme.

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture
Via di Ripetta, 246 - 00186 Roma

no

fondamentali dell'Assemblea della Società da parte dei singoli Comuni soci; richiama, inoltre, l'approvazione, con deliberazione n.2/2007 del 27.2.2007, di un apposito regolamento di Assemblea che disciplina la costituzione all'interno dell'Assemblea di un Comitato Ristretto dei Soci, finalizzato a garantire equa rappresentatività alle diverse esigenze del territorio; allo stesso Comitato compete audire il Presidente e il Direttore della Società in merito alle attività di gestione.

Con deliberazione n.18 del 28.11.2007 l'AATO ha proceduto all'affidamento in house, fino al 31.12.2032.

Le prescrizioni statutarie appaiono orientate ad assicurare il controllo analogo degli enti locali. Lo statuto della Società individua quale oggetto sociale la gestione del S.I.I. (art.4); precisa, inoltre, che potrà esercitare attività ausiliarie, strumentali, accessorie e complementari alla gestione del S.I.I. L'attività di gestione del S.I.I. deve comportare un fatturato almeno pari all'80% di quello complessivo.

Le azioni sono trasferibili solo a enti locali soci o ad altri enti che affidano alla società la gestione di servizi pubblici di cui sono titolari.

2

3 dicembre 2008

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture
Via di Ripetta, 246 - 00186 Roma

Lucrezia Disposito

[Handwritten signature]

[Handwritten mark]