

Deliberazione n. 16 Adunanza del 07 Maggio 2008

Oggetto: Avvio di procedimento volto ad accertare l'eventuale inosservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato.

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;

Vista la Legge n. 241/1990;

Il Consiglio

Vista la relazione conclusiva della Direzione Vigilanza Lavori in data 22/04/2008, relativa all'indagine conoscitiva sul settore delle risorse idriche, deliberata dall'Autorità nell'anno 2007, indagine con la quale sono stati acquisiti dati preliminari presso le Istituzioni e gli Enti del settore, anche mediante alcune audizioni presso il Consiglio dell'Autorità di rappresentanti degli stessi, quindi più puntuali informazioni da parte delle Regioni e delle Autorità di Ambito, ovvero dei soggetti ai quali la Legge n. 36/94, c.d. Legge "Galli", ha rimesso i compiti di attuazione della riforma dei servizi idrici ed, infine, dati di carattere generale e riassuntivi sull'attuazione delle disposizioni della stessa legge presso il Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche (nel seguito COVIRI).

Considerato in diritto

La Corte Costituzionale, con sentenza 23 novembre 2007 n. 401, ha sancito che la potestà legislativa in materia di contratti pubblici va riconosciuta, in via generale, in capo allo Stato, ed è svolta nell'obiettivo principale della tutela della concorrenza.

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

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

Il contratto tra Autorità d'Ambito e soggetto gestore del servizio idrico integrato (nel seguito S.I.I.) è riconducibile ad una concessione di servizi. L'art. 30 del Codice dei contratti pubblici stabilisce

che le disposizioni dello stesso Codice non si applicano alle concessioni di servizi, tranne quanto disposto nello stesso articolo.

Detto articolo dispone che la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato CE e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Specifica, inoltre, che sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.

In tal senso, riferimento normativo specifico per l'individuazione del soggetto gestore è costituito dall'art. 113 del D.Lgs. 18/08/2000 n. 267, come sostituito dall'art. 35 della legge finanziaria n. 448/2001 (al quale rimanda l'art. 150 del D.Lgs. n. 152/2006).

La norma impone la gara ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici a rilevanza industriale, pur concedendo per il S.I.I. la possibilità di effettuare l'affidamento diretto per un tempo limitato e a condizione di scegliere mediante gara entro due anni un socio privato.

In particolare, l'attuale testo dell'art. 113, comma 5, del D.Lgs. n. 267/2000 (come sostituito dall'articolo 14, comma 1, lettera d), legge n. 326 del 2003), individua (con lett. a, b e c) tre possibili modalità di affidamento del servizio pubblico:

“L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

- a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica
- b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;
- c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o 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”.

Dall'esame delle modalità di affidamento del S.I.I. da parte delle Autorità d'Ambito, si può rilevare un predominante ricorso agli affidamenti a società pubbliche ed, in particolare, attraverso la modalità di affidamento *in house*.

L'affidamento *in house*, nell'ottica di perseguire le finalità della Legge Galli di una netta separazione di ruoli tra l'attività di indirizzo e controllo e quella gestionale, dovrebbe essere una procedura di carattere derogatorio, eccezionale e transitorio rispetto all'affidamento a soggetto esterno all'ATO con procedura di evidenza pubblica.

Ove, comunque, per motivate circostanze si proceda all'affidamento in house del servizio idrico integrato, la Circolare del Ministero dell'Ambiente del 06/12/2004, richiama condizioni essenziali e non eludibili per rispettare i principi di diritto comunitario.

La Circolare evidenzia come il rapporto tra l'amministrazione concedente e la società non sia riconducibile ad un rapporto contrattuale tra due soggetti autonomi e distinti, bensì ad un'ipotesi di delegazione interorgani.

Il modello societario *in house* "deve configurarsi come un'opportunità residuale per gli enti locali: malgrado la configurazione societaria che tale modello possiede, infatti, esso non rappresenta una reale esternalizzazione della gestione rispetto alla originaria competenza degli enti locali, bensì costituisce un modello organizzativo per migliorare l'efficienza e l'economicità dell'attività di gestione che gli stessi enti locali sono chiamati a svolgere".

Il Ministero dell'Ambiente rappresenta, quindi, la necessità che "la durata della società *in house*, precisata nell'atto di affidamento, dovrà essere motivata e obbligatoriamente limitata al tempo necessario per il superamento degli impedimenti all'effettiva messa in concorrenza dei servizi".

Acclarato, il carattere di eccezionalità che dovrebbe avere il ricorso all'affidamento diretto a società possedute dagli stessi enti che costituiscono l'ATO, è dubbia in molti casi, con attenzione ai criteri fissati dall'art. 113, comma 5 del D.Lgs. n. 267/2000 e dalle pronunce della Corte di giustizia CE, la legittimità del ricorso alla procedura di cui trattasi come soluzione permanente.

Oggetto del presente procedimento di accertamento

I dati riassuntivi forniti dal COVIRI evidenziano come le AATO abbiano affidato il S.I.I. a società interamente pubbliche in 64 casi, rispetto ad un totale di 106 affidamenti già effettuati; per alcuni di questi affidamenti sono state acquisite dalle stesse Autorità d'Ambito più dettagliate informazioni nell'ambito dell'indagine conoscitiva.

In particolare, L'ATO 2 Marche Centro - Ancona, nel trasmettere le informazioni all'Autorità ha specificato che, nell'affidamento del S.I.I. in house alla Multiservizi S.p.A. :

1. ha verificato che la composizione del capitale societario del gestore fosse interamente pubblica;
2. con riferimento al controllo analogo ha verificato:
 - a) l'effettiva presenza in qualità di soci nel soggetto gestore di tutti i Comuni gestiti facenti parte dell'ATO 2;
 - b) l'inserimento nello statuto della Società di apposite disposizioni configuranti, in capo ai Comuni soci, gli strumenti per effettuare il controllo sull'attività richiesto dalla norma;
 - c) l'inserimento nello stesso statuto di disposizioni volte a disciplinare e limitare la circolazione delle quote societarie.
3. ha verificato la prevalenza dell'attività societaria in favore degli enti locali proprietari del capitale societario.

Tuttavia, da un semplice accesso al sito web della Multiservizi S.p.A. si rileva che questa, oltre all'attività di gestore del servizio idrico integrato, in alcune aree delle Marche svolge anche il servizio di distribuzione del gas metano (comuni di Ancona, Senigallia e limitrofi a questi).

La stessa, inoltre, è proprietaria o partecipa alla proprietà di altre Società:

- possiede interamente la Synactica s.r.l., società che fornisce servizi informatici alle aziende pubbliche
- possiede al 98% Casa OK s.r.l, società che svolge attività di pronto intervento e sicurezza all'interno delle unità abitative e degli ambienti di lavoro;
- detiene la partecipazione al 55,23% di Prometeo S.p.A., società per la vendita del gas metano;
- partecipa, nella misura del 51%, a S.P.S. s.r.l., che effettua studi, ricerche, progetti nei settori delle acque, energetico e ambientale;
- nella misura del 38,7% a S.I.G. S.p.A., nella gestione della distribuzione del gas metano;
- nella misura del 12,2% a Rete Marche S.p.A., realizzazione di infrastrutture di information technology;
- nella misura del 10% a Tirana Acque S.p.A., che fornisce assistenza tecnica al management dell'azienda Acquedotto di Tirana.

Da quanto sopra, con valutazione sia pure solo di carattere qualitativo, si evidenzia come la Società effettui, tramite società controllate o partecipate, numerose attività che esulano dalla gestione del servizio idrico integrato per l'ATO 2 Marche Centro - Ancona, svolte anche al di fuori dell'ATO stesso.

D'altra parte, detti settori di attività, ulteriori rispetto al servizio idrico integrato, sono espressamente richiamati dall'art. 5 dello statuto della Società.

Nello stesso articolo è specificato che la società "può promuovere la costituzione o assumere, direttamente o indirettamente, partecipazioni ed interessenze in società, imprese, consorzi, associazioni... aventi oggetto e/o finalità analogo, affine e connesso al proprio, salvo il disposto dell'art. 2361 C.C."

Inoltre, l'art. 8 dello statuto, espressamente citato dall'ATO 2 Marche Centro - Ancona quale modificato al fine di limitare la circolazione di quote societarie, non sembra circoscrivere adeguatamente la proprietà della società ai soli enti locali facenti parte dell'ATO, ove prevede che "il trasferimento delle azioni...opera solo tra gli enti locali soci, o a favore di altri enti locali che affidano alla società la gestione dei servizi pubblici di cui sono titolari".

Dall'indagine conoscitiva è emerso che anche l'ATO Città di Milano, per l'individuazione del gestore del Metropolitana Milanese S.p.A, partecipata al 100% dal Comune di Milano ha scelto la procedura di cui al D. Lgs. 267/2000 art. 113, comma 5 lett. c), che prevede l'affidamento in via diretta ad una società interamente pubblica, in possesso dei requisiti configuranti il c.d. *in house*

Il gestore Metropolitana Milanese S.p.A. svolge una serie di attività diverse dai servizi di gestione dell'acqua, non rientranti nel campo di competenze dell'ATO.

Infatti dalla statuto si rileva che scopo della società è anche la pianificazione, lo studio, la progettazione, direzione lavori, la costruzione e la gestione di linee metropolitane, tranviarie e ferroviarie di qualsiasi natura.

Le disposizioni dello statuto della Metropolitana Milanese S.p.A. appaiono, pertanto, tali da far dubitare che effettivamente sussista il totale controllo - c.d. controllo analogo - della stessa da parte dell'ATO, né si evince la modalità con cui verrebbe esercitato detto controllo analogo.

L'equiparabilità del rapporto sottostante a quello di una delega interorganica, necessaria per ricondurre l'affidamento di cui trattasi a quello *in house*, appare, infine, in contrasto con la presenza nella convenzione per la gestione del S.I.I. di clausole integranti un sistema di condizioni disciplinanti le procedure di risoluzione ai sensi dell'art. 1454 del c.c. in caso di inadempimento, con conseguente incameramento, a titolo di penale, della cauzione (v. art. 33 convenzione), nonché la definizione e compensi delle eventuali ulteriori attività affidate al gestore.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

delibera:

- di approvare la relazione della Direzione Vigilanza Lavori in data 22/04/2008, conclusiva dell'indagine conoscitiva;
- di aprire un procedimento istruttorio volto ad accertare l'eventuale inosservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato nei 64 casi, la cui lista è allegata alla presente delibera, in cui le Autorità d'Ambito hanno disposto lo stesso in favore di società completamente pubbliche;
- nell'ambito di tale procedimento istruttorio di avviare un puntuale ed immediato accertamento circa l'eventuale inosservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato da parte dell'ATO 2 Marche Centro - Ancona alla Multiservizi S.p.A. e da parte dell'ATO Città di Milano alla Metropolitana Milanese S.p.A.;
- l'intero procedimento dovrà essere completato entro il 30 ottobre 2008;
- di dare comunicazione dell'apertura dell'istruttoria alle parti e sul sito dell'Autorità mediante pubblicazione del presente provvedimento;
- di incaricare la Direzione Generale Vigilanza Lavori per la notifica ai soggetti interessati del presente procedimento istruttorio;
- di nominare responsabile del procedimento l'ing. Carlo Cresta, dirigente presso la Direzione Generale Vigilanza;

I Consiglieri Relatori: Andrea Camanzi; Alfonso Rossi Brigante

Il Presidente: Luigi Giampaolino

