



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 976 del 27 settembre 2017

Fascicolo UVCS n. 172/2017

Oggetto: Affidamento *in house* ad Abbanoa S.p.A. del servizio idrico integrato nella Regione Autonoma della Sardegna - EGAS Sardegna.

Il Consiglio

nell'adunanza del 27 settembre 2017;

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza centrali di committenza e concessioni di servizi,

Considerato in fatto

Con nota a firma congiunta di alcuni consiglieri della Regione Autonoma della Sardegna, acquisita al prot. n. 95502 del 16 giugno 2016, sono stati sottoposti all'Autorità alcuni quesiti in merito alla gestione del Servizio Idrico Integrato regionale (per brevità, S.I.I.), affidato dall'A.T.O. regionale in via diretta ad Abbanoa S.p.A. (gestore), società *in house* avente capitale sociale interamente pubblico, partecipata per il 65,41% (quota poi rettificata da Egas in 68,11%, giusta prot. n. 30941 del 28.2.2017) dalla Regione Sardegna e per le rimanenti quote da n. 342 Comuni consorziati.

Per meglio comprendere il contesto ordinamentale che caratterizza il servizio idrico integrato nella Regione Sardegna va evidenziato preliminarmente che con l. reg. n. 29 del 17 ottobre 1997 (c.d. Legge Galli) era stato istituito il Servizio Idrico Integrato (S.I.I.), costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione, distribuzione e depurazione di acqua ad uso esclusivamente civile, di fognatura e di depurazione delle acque reflue, delimitando il territorio regionale in un unico Ambito Territoriale Ottimale (A.T.O. Sardegna), in cui rientravano tutti gli enti locali territoriali (377 comuni e 4 province, poi diventate 8).

In data 3 settembre 2003 era stata, quindi, formalmente istituita l'Autorità d'Ambito A.T.O. Sardegna con funzioni di *programmazione, organizzazione e controllo* sull'attività di gestione del S.I.I. ma con esclusione di ogni attività di *gestione* del servizio medesimo.

Negli anni 2004 e 2005 tutte le società di gestione del servizio idrico esistenti in Sardegna sono state incorporate per fusione in un'unica società: la Abbanoa S.p.A.

Alla fine del 2005 l'A.T.O. Sardegna, anziché affidare la gestione del S.I.I. mediante gara di evidenza pubblica, ha disposto l'affidamento *in house* in favore di Abbanoa S.p.A.

Con l. reg. n. 3 dell'8 marzo 2013 è stata soppressa l'A.T.O. Sardegna e le sue competenze sono state attribuite dapprima ad un Commissario straordinario e, successivamente, con l. reg. n. 4 del 4 febbraio 2015, ad EGAS, Ente di Governo dell'Ambito della Sardegna, quale consorzio obbligatorio dei Comuni sardi.

Ciò posto, gli esponenti deducono l'illegittimità dell'affidamento *in house* in esame, in quanto la partecipazione azionaria della Regione Sardegna nella Soc. Abbanoa è pari al 65,41% (rettificato in 68,11%, v. sopra), mentre il capitale sociale residuo è di proprietà dei Comuni e/o enti locali consorziati in EGAS.

La conformazione societaria di Abbanoa S.p.A. implicherebbe, quindi, l'impossibilità per EGAS, quale ente titolare del S.I.I., di esercitare il controllo analogo nei confronti del gestore, essendo quest'ultimo (EGAS) peraltro sprovvisto di poteri di nomina degli organi direzionali della suddetta società (C.D.A., direttore generale, collegio dei revisori dei conti) e di poteri idonei ad influire sui provvedimenti decisionali ed organizzativi adottati da Abbanoa S.p.A.

Secondo tale assunto, pertanto, nel caso di specie difetterebbero i requisiti fondamentali e indispensabili per la configurabilità del controllo analogo.

L'Autorità, esaminato l'esposto e rilevata la sussistenza di margini per l'avvio di un'apposita istruttoria, ha comunicato l'avvio del procedimento con prot. n. 22771 del 13.2.2017, nei confronti di EGAS - Ente di Governo dell'Ambito della Sardegna, nonché della Regione Sardegna e di Abbanoa S.p.A. al fine di acquisire ulteriori elementi di valutazione in ordine alla possibile carenza dei presupposti fondamentali che legittimano il ricorso all'affidamento *in house*, e segnatamente del requisito del controllo analogo.

A seguito dell'avvio del procedimento, hanno dato riscontro:

- ▣ EGAS Sardegna con nota di controdeduzioni prot. n. 30941 del 28.2.2017 ed istanza di audizione (prott. nn. 60730 e 60782 del 2.5.2017), nonché con nota di integrazione documentale acquisita al prot. n. 75180 del 10.6.2017;
- ▣ Abbanoa S.p.A. con controdeduzioni prot. n. 40086 del 16.3.2017;
- ▣ Regione Sardegna con controdeduzioni prot. n. 39407 del 15.3.2017, nonché con istanza di accesso agli atti con prot. n. 39407 del 15.3.2017, accolta con prot. n. 64609 del 9.5.2017 ed istanza di audizione, poi espletata in data 16.5.2017, giusta verbale prot. n. 68517 in pari data.

Più in dettaglio, con prot. n. 30941 del 28.2.2017 l'Ente di Governo dell'Ambito della Sardegna, nel richiamare la disciplina in tema di affidamenti *in house* applicabile nel caso di specie (artt. 113 e 113 bis del d.lgs. n. 267 del 2000, come modificati e integrati dall'art. 14 del d.lgs. n. 269 del 2003, convertito in l. n. 326 del 2003), ha contestato i rilievi evidenziati nella comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 22771 del 13.2.2017.

Al riguardo l'ente ha palesato perplessità sul profilo di anomalia consistente nell'affievolimento dei suoi poteri di controllo in ragione della dedotta esigua partecipazione azionaria della Regione Sardegna che, comunque, rettificando le risultanze riportate nella suddetta comunicazione di avvio del procedimento, sarebbe pari al 68,11% (e non al 65,41%).

È stato, altresì, precisato che, in linea con quanto confermato anche nel parere AGCM rif. S2571 (anch'esso allegato al riscontro EGAS), la Regione non è ente affidante e non esercita una dominante influenza su EGAS che invece, per successione della soppressa Autorità d'Ambito (A.T.O. Sardegna), è stato costituito con legge regionale n. 4 del 2015 proprio per continuare l'esercizio del controllo analogo.

In forza di tale prima linea difensiva, a differenza di quanto ipotizzato nella citata comunicazione prot. n. 22771/2017, l'EGAS non assurgerebbe al ruolo di "controllore mediato", essendo piuttosto il titolare del potere sulla società a cui ha concesso l'affidamento del servizio, anche per espressa disposizione della citata l. reg. n. 4 che lo ha istituito (art. 2).

Inoltre EGAS sarebbe sottratto a poteri dominanti della Regione, che quindi non esercita un controllo indiretto sul gestore, ma si limita ad una partecipazione del presidente al Comitato istituzionale, alla pari con gli altri componenti, e ad approvare *"le linee guida di programmazione, pianificazione e indirizzo del servizio idrico integrato"* (art. 5 L. reg. n. 4 cit.).

Per quanto riguarda la titolarità del potere di controllo analogo, l'ente rammenta che evidenti esigenze di semplificazione non consentono di affidare le delicate funzioni di controllo a ciascun Comune, secondo il modello descritto dall'art. 1, lett. c), del T.U. sulle società partecipate (d.lgs. 19.8.2016 n. 175).

Peraltro è lo stesso EGAS ad evidenziare l'esigenza di modificare la convenzione per colmare la mancata regolazione di specifici poteri di controllo così da assegnare all'ente poteri di nomina degli organi societari del gestore, e ciò anche in contrasto con lo statuto di Abbanoa, che invece affida alla propria assemblea tali poteri (art. 13).

Infine, nell'integrazione acquisita al prot. n. 75180 del 10.6.2017, EGAS ha fornito ulteriori documenti e, segnatamente, i seguenti:

- Invito del Presidente EGAS ai componenti del Comitato Istituzionale d'Ambito a considerare e condividere la necessità di un riesame complessivo dello statuto della Società Abbanoa S.p.A.;
- Richiesta alla Regione Sardegna per sollecito iscrizione nel libro soci di Abbanoa S.p.A. dei Comuni che hanno trasferito le infrastrutture al gestore del S.I.I.;
- Trasmissione al gestore della bozza di convenzione aggiornata ai sensi della deliberazione AEEGSI n. 656/2015.

Passando ora alle controdeduzioni di Abbanoa S.p.A., acquisite al prot. n. 40086 del 16.3.2017 in risposta alla comunicazione di avvio del procedimento del 13.2.2017, viene innanzitutto richiamato un pronunciamento della Commissione Europea, espresso nella decisione prot. C (2013) 4986 del 31.7.2013 in sede di autorizzazione di aiuti di Stato a favore di Abbanoa, nel quale si afferma che *"[...] Abbanoa è un gestore in house che soddisfa tutti i criteri previsti (partecipazione pubblica, controllo analogo e maggioranza (80%) delle attività detenute dall'autorità pubblica di controllo). Conformemente alla legislazione nazionale, ad Abbanoa è stato affidato il SIEG per mezzo di una concessione"*.

La difesa Abbanoa del 16.3.2017 poi si incentra sulle diverse declinazioni che il controllo analogo può assumere, e segnatamente sui concetti di controllo analogo cd. "indiretto" e controllo analogo "congiunto".

Per quanto riguarda la prima tipologia di controllo analogo (indiretto) Abbanoa evidenzia come a livello comunitario sia ammesso un controllo mediato dell'affidatario da parte delle amministrazioni, comunemente denominato anche *in house* indiretto, e cioè un controllo non

direttamente eseguito dall'amministrazione bensì da un ente giuridico intermedio, come previsto dalla direttiva 2014/23/UE, a norma del quale “[...] il controllo può essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice”.

Relativamente, invece, al controllo analogo congiunto, si tratta della diversa ipotesi in cui (art. 17, comma 3, dir. 2014/23/UE) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi, analogo a quello esercitato sui propri servizi (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27.4.2015, n. 2154).

A livello di legislazione nazionale, poi, l'art. 5 del d.lgs. 18.4.2016 n. 50 individua i presupposti essenziali dell'istituto dell'*in house*, mentre gli istituti europei del controllo “indiretto” e di quello “congiunto” sono stati recepiti, secondo Abbanoa, nell'art. 2 del d.lgs. 19.8.2016 n. 175 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica). Ne deriverebbe che a livello nazionale sarebbero state legittimate, dunque, ipotesi di controllo indiretto ovvero congiunto, essendo ammesso che uno o più soggetti pubblici affidino in via diretta un servizio ad una società controllata in forma analoga da un altro ente che, a sua volta, sia controllato dai soggetti affidanti in forma analoga.

Il gestore Abbanoa, nella memoria prot. n. 40086 del 16.3.2017, ripercorre la normativa in materia di S.I.I. (d.lgs. n. 152 del 2006, c.d. Codice dell'Ambiente), deducendone la natura giuridica di EGAS e il potere di controllo analogo.

Secondo tale impostazione, ai sensi dell'art. 150 del citato d.lgs. n. 152/2006, per quanto qui di interesse, l'Autorità d'ambito (in Sardegna EGAS ex L. reg. 4.2.2015 n. 4) delibera la forma di gestione potendo optare per un'aggiudicazione mediante gara ad evidenza pubblica ovvero per un affidamento diretto a società partecipate esclusivamente e direttamente da comuni o da altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale.

In questa prima linea difensiva del 16.3.2017, quindi, Abbanoa sottolinea come dal quadro normativo vigente emerga chiaramente la natura giuridica di EGAS, configurato dalla legge regionale come ente esponenziale tanto degli enti locali, che obbligatoriamente vi partecipano, quanto della Regione.

Specificatamente sul controllo analogo viene rilevato come l'Egas, ai sensi dell'art. 2, comma 2, L. reg. n. 4/2015, sia istituzionalmente deputato a regolamentare, sussistendone le condizioni, l'esercizio sul soggetto affidatario del servizio, del controllo analogo a quello effettuato sui propri servizi; l'art. 7, comma 7, lett. k), della medesima legge, poi individua tra le funzioni del Comitato istituzionale d'ambito “la regolamentazione dell'esercizio dl controllo analogo, quando ricorrono le condizioni di legge” (pag. 4, nota Abbanoa prot. n. 40086/2017).

Relativamente poi ai rilievi dell'Autorità formalizzati nella comunicazione di avvio del procedimento del 13.2.2017 (reiterati nella CRI del 25.7.2017), specificatamente riferiti al controllo analogo della Regione Sardegna, ritenuto carente, oltre che per la mediazione di EGAS nei rapporti con Abbanoa, per l'effettiva estrinsecazione dei poteri di nomina degli organi di vertice della società *in house* che, sebbene attribuiti dallo Statuto societario (art. 13, comma 2, lett. B) all'assemblea ordinaria dei soci, ivi compresa la Regione, sembrano svuotati di contenuto in ragione delle partecipazioni azionarie, la soc. Abbanoa ha dedotto quanto segue.

Innanzitutto viene richiamata la disposizione di cui all'art. 15 della l. reg. n. 4/2015, che prevede che “la Regione, al fine di assicurare il ruolo degli enti locali e la loro cooperazione in vista del raggiungimento di fini unitari nello spazio territoriale che il legislatore regionale reputa ottimale, con deliberazione della Giunta regionale garantisce, entro cinque anni dalla data di entrata in vigore

della presente legge, la cessione ai comuni delle proprie azioni di Abbanoa Spa, gestore del servizio idrico integrato alla data di entrata in vigore della presente legge, per un controvalore al prezzo simbolico di un euro ogni mille azioni, al fine di mantenere una quota di partecipazione della Regione nel limite massimo del 49 per cento del capitale sociale”.

Nella sua memoria del 16.3.2017 Abbanoa avverte che la Regione, nel suo ruolo di azionista, resta legittimamente titolare delle responsabilità e dei poteri societari da esercitarsi nella sede assembleare, evidenziando per tale via l'incongruità del rilievo Anac secondo cui la Regione, titolare della quota maggioritaria, dovrebbe esercitare “in tale veste” il controllo analogo.

Il gestore insiste, quindi, sul concetto di controllo cd. congiunto, evidenziando che “[...] l'esercizio legittimo del controllo analogo [...] non consiste nella duplicazione di controlli e prerogative esistenti e disciplinate dal diritto societario, poiché la società per azioni in house non costituisce un differente tipo societario e non subisce le modifiche alla normativa civilistica propria se non nella misura strettamente necessaria all'esercizio del controllo analogo congiunto”. In ciò sarebbe, dunque, evidente la distinzione tra i due piani, facendo sì che accanto alle prerogative sociali, e quindi ai poteri che l'ente locale esercita come socio secondo le regole civilistiche, si collochino, senza obliterarle, i poteri di espressione del controllo analogo.

In quest'ottica, nell'impostazione difensiva di Abbanoa (pag. 5, nota cit. prot. n. 40086/2017), la detenzione di una quota azionaria maggioritaria della società *in house* non conferisce automaticamente alla Regione il potere-dovere esclusivo di esercizio del controllo analogo, atteso che, in presenza di un “controllo congiunto”, al fine di un corretto esercizio del potere “*non occorre un potere di controllo esclusivo in capo ad ogni socio, ma basta un sistema di equilibrio, tale cioè che nessuno dei soci, anche di maggioranza, possa agire come padrone assoluto delle decisioni sociali. In altre parole, il controllo analogo deve sussistere a favore dei soci nel loro insieme*” (T.A.R. Brescia, Sez. II, 9.5.2016, n. 639).

In sintesi, pertanto, secondo quanto asserito nella memoria Abbanoa del 16.3.2017, la Regione detiene una partecipazione non esigua (68,11%), largamente maggioritaria e tale da consentirle di esercitare i poteri dell'azionista correttamente in sede assembleare e di esercitare il potere di controllo analogo non individualmente ma congiuntamente agli altri soci.

Passando ora alle argomentazioni fornite dalla Regione Sardegna nella memoria acquisita al prot. n. 39407 del 15.3.2017 di risposta alla comunicazione di avvio del procedimento, poi integrate in sede di audizione in data 16.5.2017, esse ripropongono in parte quelle prospettate dagli altri soggetti coinvolti nel presente procedimento (EGAS e Abbanoa) già nella prima fase del procedimento di vigilanza.

Nella citata memoria prot. n. 39407 del 15.3.2017 la Regione precisa che l'art. 113, comma 5, lett. c), del d.lgs. 18.8.2000 n. 267, nel cui ambito va inquadrato *ratione temporis* l'affidamento del S.I.I. ad Abbanoa, richiede il controllo non totalitario del capitale sociale da parte degli enti pubblici affidanti, analogo in ogni caso a quello che questi hanno nei confronti dei propri servizi, e che l'affidatario realizzi la maggior parte del fatturato operando a beneficio dei soggetti che lo controllano.

L'affidamento *in house* in esame sarebbe quindi legittimo in quanto:

- a) il capitale sociale è in mano pubblica al 100%, con capitale sociale detenuto dagli enti affidanti all'85%;

- b) gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitano su Abbanoa (già Sidris) un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- c) la totalità del fatturato di Abbanoa è realizzata in adempimento alla convenzione sottoscritta tra l'Autorità d'Ambito e la società medesima, impegnata nella fornitura del S.I.I. in tutto il territorio sardo.

A supportare tale conclusione la Regione, già nella sua linea difensiva del 15.3.2017, cita anche alcune conclusioni cui è pervenuta l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP) in ordine alla conformità dell'affidamento *in house* ad Abbanoa (deliberazione n. 16 del 7.5.2008; deliberazione n. 24 del 1.4.2009 e scheda n. 65 ad essa allegata; deliberazione n. 16 del 24.3.2010).

Con la citata delibera n. 24 del 2009, infatti, l'AVCP si è soffermata sul requisito del controllo analogo, richiamando anche decisioni della Corte di Giustizia (sentenza Coditel 13.11.2008 C-324/07).

Quest'ultima ha affrontato la questione del controllo analogo esercitato da associazioni intercomunali, cioè da più comuni associati per perseguire determinate finalità di interesse comune, pervenendo all'ammissibilità del controllo analogo congiunto.

Altre argomentazioni a sostegno dell'affidamento in esame sono tratte dagli aiuti di Stato in favore di Abbanoa autorizzati dalla Commissione europea, nonché dalla normativa contenuta nella L. reg. 4.2.2015 n. 4 (art. 2 co. 2 e 2; art. 6 co. 5; art. 7) istitutiva dell'ente EGAS, al quale partecipano obbligatoriamente i Comuni sardi.

In sede di audizione del 16.5.2017, successiva all'accesso agli atti del fascicolo concesso con prot. n. 64609 del 9.5.2017, la Regione Sardegna ha fornito ulteriori ed esaurienti chiarimenti, in merito alla legittimità dell'affidamento *in house* che occupa.

È stato precisato che la Regione, infatti, è azionista solo in base ad un'operazione di ricapitalizzazione autorizzata dalla Commissione Europea e che la partecipazione superiore al 49% è comunque temporanea, perché la stessa Regione, con Legge regionale n. 4/2015, ha previsto la cessione ai Comuni delle proprie azioni di Abbanoa S.p.a. entro il 2020, proprio al fine di mantenere la quota di partecipazione della Regione nel limite massimo del 49% del capitale sociale.

La Commissione Europea è il soggetto che ha autorizzato la Regione Sardegna ad incrementare la partecipazione azionaria regionale in Abbanoa per fronteggiare la crisi economica e le criticità del servizio idrico integrato. La Commissione, quindi, nell'avallare tale operazione non può non aver considerato i profili di tutela della concorrenza.

La partecipazione azionaria della Regione è stata quindi autorizzata conformemente a legge; il controllo analogo lo esercita EGAS in un settore regolamentato, soggetto a tariffe fissate dall'Autorità dell'Energia Elettrica e Gas sulla base di proposta dell'Ente di gestore dell'Ambito.

Su tali basi la Regione esclude che nel caso di specie siano ravvisabili violazioni ai principi che governano l'*in house*.

Non ci sarebbe, secondo tale impostazione, alcuna violazione censurabile perché, pur essendo controllata da EGAS e non direttamente dalla Regione, Abbanoa è comunque soggetta al controllo postulato dalla vigente disciplina sull'*in house providing* con specifico riferimento al servizio idrico, tenuto conto che gli enti concedenti sono i Comuni riuniti in consorzio.

Esaminate le memorie di parte e tenuto conto delle argomentazioni fornite in audizione dalla Regione Sardegna, l'Autorità ha formulato primi rilievi con comunicazione di risultanze

istruttorie notificate il 25.7.2017, stigmatizzando un sistema di gestione del S.I.I. in Sardegna non in linea con la disciplina in materia di *in house providing*, non potendosi postulare il necessario controllo analogo, neppure in forma congiunta, difettando in capo alle amministrazioni comunali significativi poteri in grado di influenzare in modo determinante gli obiettivi strategici e le decisioni rilevanti della società in house.

In riscontro alla CRI sono, quindi, pervenute controdeduzioni da parte della Regione Sardegna (prot. n. 99540 del 10.8.2017), nonché di Abbanoa S.p.A. (prot. n. 102230 del 24.8.2017), mentre EGAS (prot. n. 98873 del 8.8.2017) ha depositato in atti:

- a) il ricorso al T.A.R. Sardegna presentato da Abbanoa S.p.A. per l'annullamento della deliberazione del Comitato Istituzionale d'Ambito dell'EGAS n. 20 del 24.5.2017 avente ad oggetto "*Deliberazione AEEGSI 23 dicembre 2015 656/2015/R/idr. Convenzione tipo per la regolazione dei rapporti tra Enti affidanti e Gestori del Servizio Idrico Integrato – atto di indirizzo*", nonché dell'Allegato A avente ad oggetto "*SCHEMA DI CONVENZIONE tra l'Ente di Governo dell'Ambito della Sardegna ed il Gestore Abbanoa Spa per la gestione del Servizio Idrico Integrato*";
- b) deliberazione del Comitato Istituzionale d'Ambito dell'EGAS n. 20 del 24.5.2017.

Le controdeduzioni della Regione Sardegna (prot. n. 99540 del 10.8.2017) si incentrano, in parte, su dedotti vizi di rito attinenti al regolamento di vigilanza applicato nel caso di specie e, per altra parte, su profili di merito, che ribadiscono le posizioni già esternate in atti dalla Regione.

Per quanto riguarda le questioni di rito, la Regione ribadisce quanto già precisato in sede di audizione il 16.5.u.s., *giusta* verbale prot. n. 68517, insistendo nel ritenere errata l'individuazione del regolamento di vigilanza applicato nella specie dall'Autorità i cui estremi sono citati nella CRI del 25.7.2017.

Ad avviso della Regione, infatti, contrariamente alle disposizioni procedurali seguite dall'Ufficio, il regolamento applicabile al presente procedimento sarebbe quello del 9.12.2014 e non l'ultimo del 15.2.2017, entrato in vigore il 1.3.2017.

Il regolamento da ultimo approvato, pubblicato in G.U.R.I. n. 49 del 28.2.2017, per espressa statuizione degli artt. 26 e 27 ivi contenuti, è applicabile anche alle segnalazioni già pervenute all'Autorità per le quali non sia stato avviato il procedimento alla data di entrata in vigore (1.3.2017).

Ne deriva, pertanto, secondo l'assunto di parte, che siccome la comunicazione di avvio del procedimento è stata trasmessa il 13.2.2017, il regolamento di riferimento andrebbe individuato nel previgente del 2014, con la conseguente applicabilità nel caso che occupa dell'art. 6, che prevede l'archiviazione tacita ove il procedimento di vigilanza non sia attivato entro 30 giorni dalla data di ricevimento dell'esposto, che qui risale al 27.10.2016 (prot. n. 159391).

In via subordinata, ove si ritenesse applicabile il regolamento del 2017, la Regione assume violato l'art. 19, comma 1, poiché la CRI del 25.7.2017 non contiene menzione di alcuna "raccomandazione vincolante", con ulteriore (asserita) violazione da parte dell'Autorità del comma 3 della medesima disposizione regolamentare, che impone di trasmettere la CRI anche al "dirigente responsabile" ove essa sia preordinata all'adozione di un atto di raccomandazione vincolante.

Nel merito la Regione deduce la correttezza del proprio operato e la legittimità dell'affidamento *in house* in argomento, evidenziando l'omessa contestazione in CRI di illegittimità riferite

all'affidamento originario del 2004 alla Soc. Sidris e alla presenza della Regione nel capitale sociale.

Inoltre, l'Autorità avrebbe omesso di valorizzare "adeguatamente" in CRI la centralità che riveste nella presente vicenda l'aumento di capitale in Abbanoa, sottoscritto dalla sola Regione, in conformità alle decisioni assunte dalla Commissione europea in materia di aiuti di Stato tra il 2012 e il 2013, nonché il ruolo della Regione Sardegna a tutela dell'utenza e della cittadinanza in generale.

Nel precisare poi che gli enti locali soci di Abbanoa, consorziati in EGAS, si sono astenuti dal procedere alla sottoscrizione di azioni, la Regione segnala che le condizioni finanziarie di Abbanoa sono state riequilibrate anche grazie al flusso finanziario derivante dalla capitalizzazione di prima dotazione che la Regione medesima, come unico azionista disponibile alla sottoscrizione, ha realizzato dal 2012 in poi.

Sui rilievi dell'Autorità relative alla carenza del requisito nella specie del controllo analogo, la Regione assume come "dominante" il ruolo dei Comuni rispetto alla gestione del S.I.I., giudicando invece irrilevante il "temporaneo" possesso della partecipazione sociale di maggioranza da parte della Regione, agganciando per il resto la difesa alle precedenti statuizioni della Commissione europea sulla legittimità dell'attuale assetto societario di Abbanoa, nonché sulla durata della concessione del S.I.I. fino al 31.12.2025 e sull'assenza di restrizioni alla concorrenza nel mercato dei servizi idrici in Sardegna, anche a seguito agli aiuti di Stato da essa assentiti (aiuti di Stato concretizzatisi con l'aumento di capitale in Abbanoa sottoscritto dalla sola Regione).

In conclusione la Regione chiede l'archiviazione del presente procedimento perché improcedibile e, in subordine, ritenendo legittimo l'affidamento *in house* ad Abbanoa, peraltro in linea con precedenti pronunciamenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) che, con delibere nn. 16/2008, 24/2009 e 16/2010 ha già vagliato positivamente la struttura di *governance* conforme ai principi dell'*in house providing*, da parte di Abbanoa, in un periodo in cui la Regione deteneva comunque il 15% delle azioni del gestore.

Per quanto riguarda le controdeduzioni di Abbanoa S.p.A. (prot. n. 102230 del 24.8.2017), si rinviene anche qui l'eccezione di rito già sollevata dalla Regione attinente al mancato rispetto del regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in relazione alla asserita violazione dell'art. 19 del regolamento del 15.2.2017 per non aver esplicitato nella comunicazione di risultanze istruttorie l'atto di raccomandazione vincolante che l'Autorità intende adottare.

Nel merito, Abbanoa contesta le risultanze istruttorie dell'Autorità nella parte in cui assumono la carenza del controllo analogo in forza della rilevata parcellizzazione dell'azionariato comunale, di per sé sufficiente a vulnerarne la consistenza, ritenendo invece essenziale a tal fine la circostanza che la partecipazione totalitaria del capitale è in mano pubblica.

Ad avviso di Abbanoa, pertanto, la partecipazione regionale maggioritaria al capitale della società *in house*, determinata dalla inerzia dei Comuni soci nella fase di sottoscrizione del medesimo capitale, risulta essere irrilevante in considerazione dell'assetto proprietario totalmente pubblico.

Altre controdeduzioni della società *in house* attengono poi alla intensità dei poteri esercitati da EGAS che, ancorché privo dei poteri di nomina e di revoca dei vertici aziendali, può estrinsecare il "controllo analogo" attraverso l'esercizio di altri poteri che pur gli competono, ed *in primis* i poteri di approvazione preventiva per i fondamentali documenti di programmazione, di

documenti contabili, il piano di sviluppo industriale, l'organigramma, nonché, in linea generale, gli atti di amministrazione straordinaria.

Sotto tale profilo, ad avviso di Abbanoa, in via preventiva il potere di controllo di EGAS appare pieno, permettendo all'ente di intervenire in tutte le decisioni più significative della società.

Altri strumenti di controllo spettanti ad EGAS riguardano, poi, il potere di verificare l'attuazione degli obiettivi strategici ed operativi assegnati, il raggiungimento degli standard temporali e qualitativi in processo e l'andamento dei costi e dei ricavi.

Relativamente alla replica di EGAS, acquisita al prot. n. 98873 dell'8.8.2017, si tratta non di controdeduzioni alla CRI del 25.7.2017 bensì di un deposito documentale, nella specie l'atto di ricorso giurisdizionale presentato da Abbanoa S.p.A. dinanzi al T.A.R. Sardegna, notificato il 21.7.2017, per l'annullamento del nuovo schema di convenzione per la gestione del S.I.I..

Ritenuto in diritto

Dall'esame degli atti contenuti nel fascicolo e alla luce delle controdeduzioni da ultimo pervenute in replica alla comunicazione di risultanze istruttorie si ritiene che permangano significative criticità nella configurazione delle modalità di gestione del servizio idrico integrato in Sardegna.

Preliminarmente, devono essere disattese le eccezioni di rito sollevate in merito alla presunta erronea adozione del regolamento di vigilanza e/o alla violazione dell'art. 19 del nuovo regolamento del 2017 nella parte in cui le parti pretendono di ravvisare in esse vizi idonei ad inficiare la validità del presente procedimento di vigilanza.

Invero, sebbene la comunicazione di avvio del procedimento sia stata notificata il 13.2.2017, quindi prima dell'entrata in vigore del nuovo regolamento approvato dall'Autorità, pubblicato in GURI n. 49 del 28.2.2017, con la conseguente applicabilità nella specie del previgente regolamento in forza del citato art. 26, è pur vero il termine previsto dall'art. 6 del previgente regolamento, di 30 giorni dal ricevimento dell'esposto, ha carattere ordinatorio e non preclude all'Autorità di espletare accertamenti successivamente al suo spirare.

Non essendo configurabile la perentorietà del termine in argomento, pertanto, devono essere disattese le argomentazioni di parte che invocano l'improcedibilità del presente procedimento per intervenuta archiviazione tacita.

Per quanto riguarda poi l'eccezione di rito che attiene alla mancata indicazione in CRI dell'atto di raccomandazione vincolante, in asserita violazione dell'art. 19 del nuovo regolamento, ci si limita a rilevare che, a tacere della circostanza dell'intervenuta abrogazione, in pendenza del presente procedimento, della norma che prevedeva tale tipo raccomandazione, non si comprende quale effetto caducante sul procedimento di vigilanza possa trarsi dalla omessa indicazione in argomento, stante il carattere di mera eventualità che la caratterizza in presenza delle fattispecie tipizzate.

Anche nel merito le eccezioni di parte non appaiono condivisibili.

Il modulo gestorio del S.I.I. in Sardegna è incentrato su uno schema trilatero dell'*in house providing* (Regione Sardegna - EGAS Sardegna - Abbanoa S.p.A.), che si regge su una specifica legislazione regionale (L. reg. n. 4 del 2015), istitutiva di EGAS in sostituzione del precedente A.T.O. Sardegna.

Le principali anomalie rilevate in esito al procedimento di vigilanza in epigrafe investono il controllo analogo "congiunto" su Abbanoa S.p.A., non in linea con i principi e con le disposizioni vigenti in materia di *in house*, per le seguenti criticità:

- 1) partecipazione azionaria maggioritaria della Regione in Abbanoa S.p.A. (68,11%), a fronte dell'eccessiva parcellizzazione delle residue quote azionarie in capo agli enti comunali, che comporta un significativo affievolimento, se non azzeramento, dei poteri di controllo dei Comuni sardi rispetto alle attività della società *in house* da essi compartecipata;
- 2) assenza nell'ente regionale titolare del S.I.I. (EGAS), nella sua veste quindi di ente affidante, di poteri di nomina e di revoca dei vertici societari di Abbanoa S.p.A., ancorché formalmente investito delle attività di programmazione, organizzazione e controllo nei confronti di quest'ultima.

Preliminarmente va delineato il quadro storico e normativo entro cui ricondurre la gestione del S.I.I. in Sardegna da parte di Abbanoa S.p.A., con breve cenno all'attuale situazione economica di Abbanoa.

Quest'ultima è nata il 22 dicembre 2005 dalla trasformazione di Sidris S.c. a r.l. a seguito della fusione delle società consorziate, ed è interamente partecipata da enti pubblici.

All'atto di sottoscrizione della fusione, Sidris ha assunto la denominazione di Abbanoa S.p.A.

In precedenza il sistema contava oltre 130 gestori, tra società di capitali e gestioni comunali, con abnormi disparità di trattamento tra i territori. Attualmente Abbanoa è costituita da 342 Comuni soci e dal socio Regione Sardegna (partecipazione 69,87366179%; azioni 189.550.066).

Per quanto riguarda il bilancio, dai dati consultabili nel sito internet della Società risulta che l'esercizio chiuso al 31.12.2015 riporta un risultato positivo pari a 9,788 milioni di euro e, stando a quanto riferito dalla Regione Sardegna in sede di audizione tenutasi il 16.5.2017, sia gli aspetti economici che gli aspetti qualitativi del S.I.I. sono in progressivo miglioramento.

L'affidamento diretto del S.I.I. ad un'unica società per azioni interamente a capitale pubblico è stato effettuato ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c), del Testo Unico degli Enti Locali con decorrenza 1 gennaio 2005, in attuazione delle Deliberazioni della Giunta Regionale n. 14/18, n. 33/18 e n. 50/13 del 2004, con le quali la Regione ha richiamato l'Autorità all'obbligo di procedere all'individuazione del gestore d'Ambito e all'affidamento del servizio, entro il 31 dicembre 2004, nel rispetto delle direttive europee relative al cofinanziamento degli interventi previsti nel Piano Operativo Triennale (POT). Abbanoa gestisce il S.I.I. in base ad una convenzione con una durata di 26 anni, sulla base del Piano d'Ambito approvato nel 2002.

Dall'esame della documentazione prodotta unitamente all'esposto e, in particolare, dallo Statuto di Abbanoa (art. 3, comma 1), per quanto qui di interesse, risulta che la Società ha per oggetto *“la gestione, ai sensi dell'art. 113, comma 5, lettera C) del D.Lgs. 18.08.2000 n. 267, del servizio idrico integrato esclusivamente nell'ambito ottimale (A.T.O.) unico della Sardegna e sulla base di convenzioni aventi contenuti stabiliti preventivamente dall'Autorità d'Ambito”*.

Inoltre l'art. 6, comma 2, del medesimo Statuto precisa che *“...la quota del capitale pubblico non potrà, in ogni caso, essere inferiore al 100% per tutta la durata della società”*.

È poi espressamente previsto nello Statuto il vincolo di partecipazione pubblica totalitaria non solo in sede di costituzione ma anche in corso di esercizio laddove si debba procedere ad aumenti di capitale (cfr. anche art. 6 commi 7 e ss.) o a trasferimenti di azioni (cfr. art. 9).

Con specifico riferimento al controllo analogo, poi, lo Statuto prevede all'art. 11, commi 2 e 3, che *“2. L'attività della società dovrà essere svolta in conformità agli indirizzi e alle prescrizioni stabiliti ed esercitabili sulla base della convenzione di affidamento del servizio [...] per le finalità dell'esercizio del controllo analogo da parte dell'A.T.O. [...] 3. Sempre per la finalità dell'esercizio del*

controllo analogo, l'A.T.O. avrà accesso agli atti della società e dovrà ottenere le informazioni previste nella convenzione di affidamento che siano funzionali all'esercizio del controllo suddetto".

Ciò posto, esaminate le controdeduzioni di parte da ultimo depositate, permane la principale criticità già contestata in CRI attinente alla carenza dei requisiti essenziali del controllo analogo, atteso che la partecipazione azionaria regionale, peraltro in misura straordinariamente maggioritaria, rende l'azionariato dei Comuni sardi del tutto irrilevante in sede assembleare per ciò che concerne il concreto esercizio del controllo analogo da parte degli stessi.

Non è quindi configurabile alcun controllo degli enti comunali su Abbanoa e, anche ove fosse teoricamente ipotizzabile, esso assume connotati di assoluta ininfluenza sulla gestione della società *in house*.

L'azionariato dei Comuni, a stretto rigore, per rientrare nei canoni tradizionali dell'*in house*, dovrebbe essere totalitario e tale da consentire a tali enti, anche mediante la loro presenza in EGAS, di esercitare il controllo analogo quantomeno in forma congiunta.

Se è vero che la partecipazione azionaria della Regione in Abbanoa è destinata a diminuire, per espressa disposizione di legge (art. 15 L. reg. n. 4/2015), entro cinque anni dall'entrata in vigore della stessa, quindi entro il mese di aprile del 2020, per assicurare il ruolo degli enti locali e la loro cooperazione in vista del raggiungimento dei fini prefissati dal legislatore regionale, è pur vero che anche a regime, ossia dal 2020, la criticità che mina il controllo analogo non sarà affatto superata.

Ai sensi dell'art. 15 della L. reg. n. 4/2015, rubricato "*Principi di sussidiarietà, di differenziazione e di adeguatezza*", infatti, "*La Regione, al fine di assicurare il ruolo degli enti locali e la loro cooperazione in vista del raggiungimento di fini unitari nello spazio territoriale che il legislatore regionale reputa ottimale, con deliberazione della Giunta regionale garantisce, entro cinque anni dalla entrata in vigore della presente legge, la cessione ai comuni delle proprie azioni di Abbanoa Spa, gestore del servizio idrico integrato alla data di entrata in vigore della presente legge, per un controvalore al prezzo simbolico di un euro ogni mille azioni, al fine di mantenere una quota di partecipazione della Regione nel limite massimo del 49 per cento del capitale sociale*".

La seconda criticità, che in questa sede si ritiene di ribadire a valle dell'esame delle controdeduzioni alla CRI, risiede nell'assenza di poteri di nomina e revoca degli organi di vertice di Abbanoa in capo ad EGAS, stante la previsione dell'art. 13 dello statuto societario ai sensi del quale spetta all'assemblea ordinaria degli azionisti (quindi alla Regione e ai Comuni) deliberare in ordine alla nomina e revoca degli amministratori, nonché alla nomina e revoca dei sindaci e del Presidente del Collegio Sindacale, ferma l'applicazione dell'art. 2400, 2° comma cod. civ. e del soggetto al quale è demandato il controllo contabile.

Ne deriva che EGAS, e quindi i Comuni in esso "consorzati", solo formalmente esercitano il controllo su Abbanoa, atteso che non vi è dubbio che per espressa previsione statutaria il cardine attraverso cui si estrinseca il controllo analogo si sostanzia nei suddetti poteri di nomina e revoca incentrati sulla Regione Sardegna per effetto della sua partecipazione maggioritaria.

Pertanto, a seguito dell'esame delle memorie e dei documenti prodotti dalle parti in risposta alla comunicazione di risultanze istruttorie, devono confermarsi in questa sede le anomalie ivi prospettate per palese carenza *nell'in house* in argomento del prescritto requisito del controllo analogo, sia che si inquadrì l'affidamento *de quo* nel contesto della disciplina previgente al nuovo codice dei contratti pubblici, *ratione temporis* applicabile al caso di specie, sia che si voglia contestualizzare tale problematica nell'ambito della nuova disciplina (art. 5 d.lgs. n. 50 del 2016;

art. 16 d.lgs. n. 175 del 2016; Linee Guida ANAC, *giusta* documento approvato dal Consiglio nell'Adunanza del 28 dicembre 2016).

Ed infatti, argomentando dal contesto normativo e giurisprudenziale sviluppatosi sulla figura comunitaria dell'*in house providing* nel periodo antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 (19.4.2016), il controllo analogo, unitamente ad altri requisiti (la destinazione funzionale dell'attività, la totale composizione pubblica del capitale sociale, ed altri), sin dalla nota sentenza Teckal del 1999 (Corte Giust. 18.11.1999), è stato inteso come controllo che l'ente proprietario della società *in house* deve esercitare su quest'ultima con caratteri di incisività e dominanza "analoghi" a quelli che si rinvengono nel controllo che lo stesso ente esercita sui propri servizi.

Emerge *per tabulas*, invece, che i Comuni sardi non esercitano il controllo analogo su Abbanoa e che esso è strutturato in modo anomalo e non in linea con i requisiti che dovrebbero caratterizzarlo, in quanto in prevalenza incentrato sulla Regione, che lo esercita di fatto mediante i poteri di nomina e di revoca che le competono per statuto, e in modo residuale e apparente su EGAS per effetto dell'art. 2, comma 2, della L. reg. 4.2.2015 n. 4, ai sensi del quale "*L'Ente di governo dell'ambito della Sardegna regola, sussistendone le condizioni, l'esercizio, sul soggetto affidatario del servizio, del controllo analogo a quello effettuato sui propri servizi*".

In assenza di concreti poteri di intervento su Abbanoa, quali appunto quelli di nomina e di revoca degli amministratori, appare altresì svuotata di contenuto la previsione contenuta nel comma 3 del citato art. 2, secondo cui "*La convenzione di gestione contiene, per il soggetto gestore, l'obbligo di assicurare, comunque, da parte dell'Ente di governo dell'ambito della Sardegna, il più completo esercizio dell'attività di controllo*".

Il controllo analogo, dunque, risulta carente sia in relazione ai compiti demandati ad EGAS, perché i poteri di direzione e controllo previsti dallo Statuto (art. 11) sono insufficienti a soddisfare i caratteri di incisività propri del "controllo analogo", non potendosi desumere da essi il potere di influenzare in modo significativo l'attività della società *in house*, sia in relazione ai poteri di nomina degli organi di vertice della società *in house*.

Al fine di meglio comprendere le logiche che sovrintendono ai poteri decisionali di EGAS è opportuno delineare la disciplina relativa agli organi dell'ente.

Il dato normativo di riferimento va individuato nella l. reg. 4.2.2015 n. 4, e segnatamente nell'art. 6 (Organi dell'Ente di governo dell'ambito della Sardegna), il quale conferisce all'ente personalità giuridica e autonomia organizzativa e patrimoniale, per l'unico ambito territoriale ottimale della Sardegna, prevedendo che ad esso debbano partecipare obbligatoriamente i comuni, nonché la Regione Sardegna con le modalità stabilite dalla legge medesima.

L'ordinamento dell'Ente è disciplinato dallo statuto. L'art. 6 comma 3 della L. reg. 4/2015 prevede poi che "*le quote di rappresentatività dei comuni, al fine della contribuzione al fondo di dotazione e dell'esercizio delle prerogative previste dalla presente legge, sono stabilite dallo statuto e sono determinate: a) per il 70 per cento in rapporto alla popolazione residente nel comune; b) per il 30 per cento in rapporto al territorio comunale*".

L'art. 6 comma 5 della medesima legge individua poi gli organi di governo dell'Egas nel Comitato istituzionale d'ambito e nelle conferenze territoriali.

Del Comitato istituzionale d'ambito fanno parte: a) il Presidente della Regione o un suo delegato; b) due componenti scelti tra i sindaci dei comuni capoluogo di provincia; c) due componenti scelti tra i sindaci dei comuni con popolazione uguale o superiore a 10.000 abitanti; d) due componenti scelti tra i sindaci dei comuni con popolazione uguale o superiore a 3.000 abitanti e

inferiore a 10.000 abitanti; e) quattro componenti scelti tra i sindaci dei comuni con popolazione inferiore a 3.000 abitanti.

Per quanto riguarda gli organi di amministrazione e gestione l'art. 6 comma 6 della cit. L. reg. prevede testualmente che *“All'attività di direzione della gestione tecnica, amministrativa e finanziaria dell'Ente e all'adozione degli atti che lo impegnano verso l'esterno è preposto un dirigente, con funzione di direttore, scelto tra soggetti estranei all'ente, in possesso di idonea laurea, di alta professionalità e comprovata esperienza manageriale esercitata per almeno cinque anni nel settore dei servizi pubblici locali ovvero con certificata esperienza amministrativa, tecnica o gestionale con funzioni dirigenziali in organismi ed enti pubblici o privati o aziende pubbliche o private dei servizi pubblici locali e, in ogni caso in possesso di comprovata esperienza almeno quinquennale nel settore dei servizi idrici in organismi ed enti pubblici o privati o aziende pubbliche o private. L'incarico è conferito secondo le modalità previste dallo statuto. Il rapporto di lavoro del direttore è disciplinato con contratto di diritto privato della durata di cinque anni, rinnovabile per una sola volta, ed ha il carattere dell'esclusività”*.

I sindaci componenti del Comitato istituzionale d'ambito sono scelti dal Consiglio delle autonomie locali, in ciascuna categoria e fascia di appartenenza e nel rispetto dei criteri dallo stesso individuati (art. 7, comma 2). Il Comitato istituzionale d'ambito approva con deliberazione tutti gli atti fondamentali concernenti l'attività dell'Ente di governo (art. 7, comma 7). Il Comitato istituzionale d'ambito delibera validamente quando sia presente la maggioranza assoluta dei componenti. In caso di parità, prevale il voto del presidente (art. 7, comma 8).

La disciplina sulle Conferenze territoriali di Egas, invece, è contenuta nell'art. 8 della L. reg. n. 4/2015, che al comma 2 prevede che *“Ciascuna conferenza territoriale è composta dai sindaci dei comuni ricadenti nell'ambito territoriale di riferimento”*.

In conclusione, dall'esame delle controdeduzioni da ultimo acquisite, l'Autorità ritiene che non emergano significativi elementi a discarico rispetto ai rilievi formulati in CRI, nei limiti di cui in motivazione

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

■ di confermare i rilievi e le criticità contestate con comunicazione di risultanze istruttorie prot. n. 94771 del 25.7.2017 nei limiti di cui in motivazione, atteso che dall'analisi dei documenti e delle controdeduzioni prodotte in atti si evince un sistema di gestione del S.I.I. in Sardegna non in linea con la disciplina in materia di *in house providing*, non potendosi postulare nel caso di specie il necessario requisito del controllo analogo, neppure in forma congiunta, difettando in capo alle amministrazioni comunali significativi poteri in grado di influenzare in modo determinante gli obiettivi strategici e le decisioni rilevanti della società *in house* Abbanoa S.p.A.;

■ di invitare la Regione Sardegna e l'Ente di Governo dell'Ambito della Sardegna, ciascuno nei limiti delle rispettive competenze istituzionali, a comunicare all'Autorità le iniziative e/o gli atti che intendono adottare per rimuovere le criticità rilevate nella presente delibera, mediante sintetica informativa da trasmettere entro il termine di 45 giorni dalla ricezione della stessa;

■ di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera all'EGAS - Ente di Governo dell'Ambito della Sardegna in persona del legale rappresentante p.t., nonché alla Regione Autonoma della Sardegna Direzione Generale dell'Area legale, ad Abbanoa S.p.A. in

persona del legale rappresentante p.t., ed infine agli esponenti con le stesse modalità adottate per la trasmissione della comunicazione di risultanze istruttorie;

▣ di trasmettere la presente delibera, a cura del competente Ufficio, anche all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

▣ di disporre infine che la presente delibera sia pubblicata, oltre che nel sito istituzionale dell'Autorità, anche in quelli della Regione Sardegna e dell'EGAS, ai sensi dell'art. 23 del vigente Regolamento di vigilanza, per un periodo non inferiore ad un anno.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 ottobre 2017
Il Segretario Maria Esposito