

CAMB/2014/14 del 26 marzo 2014

CONSIGLIO D'AMBITO

Oggetto: **AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO A
EMILIAMBIENTE S.P.A. - ESITO DELL'ISTRUTTORIA IN MERITO
ALLA SUSSISTENZA DEI REQUISITI PREVISTI DALLA NORMATIVA
EUROPEA AI SENSI DELL'ART. 34, COMMA 21, DEL D.L. N. 179/2012**

IL PRESIDENTE
f.to Virginio Merola

parere di regolarità tecnica
Il Direttore
f.to Ing. Vito Belladonna

CAMB/2014/14

CONSIGLIO D'AMBITO

L'anno 2014 il giorno 26 del mese di marzo presso la sala riunioni della sede di ATERSIR, V.le Aldo Moro 64 - Bologna, si è riunito il Consiglio d'Ambito, convocato con lettera AT/2014/1226 del 24 marzo 2014.

Sono presenti i Sigg. ri:

N.		ENTE			P/A
1	Alberto Bellini	Comune di Forlì	FC	Assessore	P
2	Roberto Bianchi	Comune di Medesano	PR	Sindaco	A
3	Pier Paolo Borsari	Comune di Nonantola	MO	Sindaco	P
4	Claudio Casadio	Provincia di Ravenna	RA	Presidente	P
5	Paolo Dosi	Comune di Piacenza	PC	Sindaco	P
6	Stefano Giannini	Comune di Misano A.	RN	Sindaco	P
7	Mirko Tutino	Provincia di Reggio Emilia	RE	Assessore	P
8	Virginio Merola	Comune di Bologna	BO	Sindaco	P
9	Marcella Zappaterra	Provincia di Ferrara	FE	Presidente	A

Il Presidente dichiara aperta la seduta ed invita il Consiglio a deliberare sul seguente ordine del giorno:

OGGETTO: AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO A EMILIAMBIENTE S.P.A. - ESITO DELL'ISTRUTTORIA IN MERITO ALLA SUSSISTENZA DEI REQUISITI PREVISTI DALLA NORMATIVA EUROPEA AI SENSI DELL'ART. 34, COMMA 21, DEL D.L. N. 179/2012

Visti:

- il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 recante "Norme in materia ambientale";
- il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221 recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", art. 34, commi 20 e 21, ai sensi del quale:

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;

21. Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013;

- il d.l. 30 dicembre 2013, n. 150, convertito in l. 27 febbraio 2014, n. 15 recante "Proroga dei termini previsti da disposizioni legislative", art. 13, ai sensi del quale:

1. In deroga a quanto previsto dall'art. 34, comma 21 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 [...] al fine di garantire la continuità del servizio, laddove l'ente responsabile dell'affidamento ovvero, ove previsto, l'ente di governo dell'ambito o bacino territoriale ottimale e omogeneo abbia già avviato le procedure di affidamento pubblicando la relazione di cui al comma 20 del medesimo articolo, il servizio è espletato dal gestore o dai gestori già operanti fino al subentro del nuovo gestore e comunque non oltre il 31 dicembre 2014;

2. La mancata istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale [...], ovvero la mancata deliberazione dell'affidamento entro il termine del 30 giugno 2014, comportano l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Prefetto competente per territorio, le cui spese sono a carico dell'ente inadempiente, che provvede agli adempimenti necessari al completamento della procedura di affidamento entro il 31 dicembre 2014;

3. Il mancato rispetto dei termini di cui ai commi 1 e 2 comporta la cessazione degli affidamenti non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea alla data del 31 dicembre 2014;

- la l.r. 6 settembre 1999, n. 25 recante "Delimitazione degli ambiti territoriali ottimali e disciplina delle forme di cooperazione tra gli Enti Locali per l'organizzazione del Servizio idrico integrato e del Servizio di gestione dei rifiuti urbani";
- la l.r. 23 dicembre 2011, n. 23 recante "Norme di organizzazione territoriale delle funzioni relative ai servizi pubblici locali dell'ambiente";

Premesso che:

- la l.r. n. 23/2011 ha istituito l'Agenzia territoriale dell'Emilia-Romagna per i servizi idrici e rifiuti, di seguito anche "Agenzia", cui partecipano obbligatoriamente tutti gli Enti Locali della Regione per l'esercizio associato delle funzioni relative al servizio idrico integrato e al servizio di gestione dei rifiuti urbani di cui al d.lgs. n. 152/2006, e ha dettato disposizioni per la regolazione dei medesimi servizi;
- l'Agenzia esercita le proprie funzioni per l'intero territorio regionale e dal 1° gennaio 2012 è subentrata nei rapporti giuridici attivi e passivi delle sopresse forme di cooperazione di cui all'art. 30 della l.r. n. 10/2008 e, pertanto, anche nei rapporti derivanti dai contratti stipulati con i singoli gestori per l'erogazione dei servizi pubblici nei rispettivi bacini di affidamento;

Richiamato in particolare l'art. 7, comma 5, lettera f) della l.r. n. 23/2011, ai sensi del quale il Consiglio d'ambito dell'Agenzia provvede all'assunzione delle decisioni relative alle modalità di affidamento del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti urbani;

Considerato che:

- EmiliAmbiente S.p.A. eroga il servizio idrico integrato nel territorio dei Comuni soci di Busseto, Colorno, Fidenza, Fontanellato, Polesine P.se, Roccabianca, Salsomaggiore Terme, San Secondo P.se, Sissa, Soragna, Torrile, Trecasali e Zibello sulla base di un affidamento diretto e della relativa convenzione stipulata con l'Agenzia di Ambito per i Servizi Pubblici di Parma, con scadenza al 30 giugno 2025;
- oltre ai Comuni più sopra elencati, sono titolari del capitale sociale di EmiliAmbiente S.p.A. i Comuni di Fontevivo, Mezzani, Noceto, Parma e Sorbolo nonché la Provincia di Parma, pur non essendo destinatari del servizio idrico integrato erogato dalla società partecipata;

Richiamato l'obbligo dell'Agenzia di adeguare gli affidamenti in essere non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea per la forma di affidamento prescelta e di pubblicare (in tal senso) apposita relazione sul proprio sito internet, dando conto delle ragioni e della sussistenza dei medesimi requisiti al fine di assicurare, in specie, il rispetto della disciplina europea e la parità tra gli operatori e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, secondo quanto previsto dal sopra citato art. 34 del d.l. n. 179/2012;

Ritenuto che il termine finale del 31 dicembre 2013, inizialmente previsto dal d.l. n. 179/2012 per l'adeguamento alla normativa europea degli affidamenti in essere non conformi, debba intendersi prorogato al 31 dicembre 2014, sulla base dell'art. 13 del d.l. n. 150/2013, in ragione delle seguenti argomentazioni:

- *al fine di garantire la continuità del servizio*, l'art. 13 del d.l. n. 150/2013 ha disposto la proroga della cessazione alla data del 31 dicembre 2014 degli affidamenti non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea nel caso in cui, sul presupposto (evidentemente) che i medesimi affidamenti non potessero essere resi conformi entro il termine originario del 31 dicembre 2013, l'Ente competente abbia avviato le procedure di affidamento entro la data di entrata in vigore del medesimo decreto (e cioè entro il 31 dicembre 2013) e l'affidamento non venga deliberato entro il termine del 30 giugno 2014 ovvero, da parte del Prefetto competente per territorio nell'esercizio dei poteri sostitutivi, entro il termine del 31 dicembre 2014;

- in via interpretativa si ritiene che la norma consenta (anche) agli Enti affidanti di provvedere all'adeguamento degli affidamenti non conformi di cui all'art. 34, comma 21, del d.l. n. 179/2012 entro il termine più lungo del 31 dicembre 2014, in luogo del termine del 31 dicembre 2013;
- il *fine di garantire la continuità del servizio erogato sulla base di affidamenti non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea*, con la conseguente proroga della cessazione ai sensi del comma 3 del citato art. 13, può rinvenirsi infatti anche rispetto agli affidamenti suscettibili di adeguamento;
- ragionando diversamente si giungerebbe infatti alla conclusione, quantomeno contraddittoria rispetto al fine dichiarato dalla norma, di prorogare al 31 dicembre 2014 la cessazione degli affidamenti non conformi alla normativa europea e "non conformabili" e non anche gli affidamenti non conformi, rispetto ai quali sia ancora possibile rimuovere gli elementi di contrarietà alla disciplina europea;

Ritenuto in diritto che:

- l'*in house providing* si colloca tra i modelli organizzativi di produzione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (qual è il servizio di gestione dei rifiuti urbani) previsti dall'ordinamento comunitario e si sostanzia in una forma di autoproduzione del servizio attraverso un organismo societario partecipato dall'Ente o dagli Enti locali affidanti e controllato dai medesimi sotto il profilo imprenditoriale e decisionale;
- in specie, secondo la giurisprudenza comunitaria che si è sviluppata a partire dalla nota sentenza "Teckal" (C.G.C.E. 18 novembre 1999, causa C-107/98), la gestione *in house* dei servizi pubblici presuppone la contemporanea presenza di tre requisiti:
 - i) il capitale sociale interamente pubblico;
 - ii) l'esercizio da parte dell'Ente e degli Enti locali titolari del capitale sociale di un controllo sulla società analogo a quello esercitato sui propri servizi;
 - iii) la realizzazione da parte della società stessa della parte più importante della propria attività con l'Ente o gli Enti locali che la controllano;
- quanto al requisito del controllo analogo, *in positivo esso deve importare un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e le decisioni importanti, e può essere attuato con poteri di direttiva, di nomina e revoca degli amministratori, e con poteri di vigilanza e ispettivi* (in tal senso, si veda *ex multis* Cons. St., sez. VI, sent. 11 febbraio 2013 n. 762); secondo la giurisprudenza comunitaria, il controllo analogo dei soci pubblici sulla società *in house* costituisce dunque un "potere assoluto" di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo; la giurisprudenza ha affrontato peraltro il problema delle modalità del controllo analogo nel caso in cui il capitale sociale della società *in house* sia frazionato tra una pluralità di soci pubblici, giungendo alla conclusione che il controllo possa essere da loro esercitato congiuntamente (anche a maggioranza), a condizione che ciascuno di essi partecipi non solo al capitale della società dedicata all'erogazione del servizio pubblico ma

anche agli organi direttivi della stessa (a questo proposito, si veda in particolare C. giust. UE, sez. III, 29 novembre 2012 C-182/11 e C-183/11, Econord S.p.A.);

- in relazione al profilo dell'attività svolta, è necessario che le prestazioni della società sottoposta al controllo analogo dell'Ente locale socio siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'Ente locale medesimo; la società *in house* deve caratterizzarsi cioè come "soggetto dedicato" al servizio pubblico per il quale viene costituito, realizzando la propria attività con l'Ente che la controlla; in questo senso, il soggetto *in house* non deve avere la propensione ad effettuare investimenti di risorse economiche in altri mercati, in vista di un'espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'Ente pubblico conferente; solo in presenza di questa condizione, accanto a quella del controllo analogo, è possibile escludere legittimamente l'applicazione delle procedure dell'evidenza pubblica; il controllo analogo non priverebbe infatti la società (controllata) della libertà di svolgere la propria attività economica sul mercato, entrando in concorrenza con altre imprese; la *ratio* dell'ulteriore requisito del "soggetto dedicato" va ritrovata dunque nella protezione della *par condicio* fra imprese, impedendo che il soggetto imprenditoriale che gode di un affidamento diretto possa operare liberamente nel mercato in concorrenza con coloro che non godono di tale privilegio (sul requisito dell'attività prevalente, si veda in particolare C.G.C.E., sez. I, 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei);

Considerato che:

- alla luce dei requisiti previsti dalla disciplina comunitaria sull'*in house providing* più sopra descritta, l'Agenzia ha comunicato ai soggetti interessati e dunque ai Comuni soci e alla società di gestione, con nota del Direttore prot. AT/2013/5177 del 22/10/2013, che si intende integralmente richiamata, i primi rilievi istruttori in merito alla forma di affidamento prescelta per la gestione del servizio idrico integrato, secondo quanto previsto dal citato art. 34, comma 21, del d.l. n. 179/2012, evidenziando in particolare che, oltre ai Comuni gestiti più sopra elencati, sono titolari del capitale sociale di EmiliAmbiente S.p.A., pur non essendo destinatari del servizio idrico integrato erogato dalla società partecipata, i Comuni di Fontevivo, Mezzani, Noceto, Parma e Sorbolo nonché la Provincia di Parma, per un ammontare complessivo di quote pari al 22,08% del capitale sociale; circostanza che introdurrebbe un elemento di disomogeneità degli interessi perseguiti attraverso la società *in house*;
- con nota del 25/10/2013 (acquisita in pari data al prot. n. AT/2013/5245) e con successiva nota del 10/01/2014 (acquisita in pari data al prot. n. AT/2014/68), recante parere legale "sull'affidamento *in house* in essere e sull'applicazione dell'art. 34, c. 21, d.l. n. 179/2012", la società EmiliAmbiente ha dato riscontro alla nota dell'Agenzia, osservando principalmente quanto segue:
 - *la Società fornisce servizi riconducibili al settore dell'acqua anche ai cinque Comuni che non hanno affidato la gestione del servizio idrico integrato [...] ma che hanno proceduto con l'affidamento dell'uso dei pozzi di captazione dell'acqua con mantenimento degli stessi in attività;*

- per alcuni dei cinque Comuni, oltre alla captazione, *la società compie anche il servizio di depurazione dell'acqua;*
- le attività di cui EmiliAmbiente è affidataria sono pertanto tutte *riconducibili al medesimo settore di servizio pubblico*; lo scopo principale perseguito da tutti gli Enti locali soci è infatti *la cooperazione nella realizzazione dei servizi di pubblico interesse nel settore dell'acqua;*
- in questo senso, i compiti affidati dagli Enti controllanti alla società *in house* (sebbene non identici) rivestono il carattere dell'omogeneità;
- inoltre, *il fatturato della società è per il 95% a favore dei Comuni ove viene svolto il s.i.i., ma il 5% è comunque derivante dalle attività svolte a favore degli altri Comuni;*
- infine, è stato già avviato il percorso per arrivare al recesso della Provincia di Parma dalla società;
- con deliberazione n. 36 del 30 dicembre 2013 (pubblicata in data 31 dicembre 2013 e trasmessa ai soggetti interessati in data 15 gennaio 2014), che si intende integralmente richiamata, il Consiglio d'ambito dell'Agenzia, in relazione all'attività rivolta alla verifica di conformità degli affidamenti alla disciplina europea ai sensi dell'art. 34, comma 21, del d.l. n. 179/2012, ha disposto l'ulteriore svolgimento dell'istruttoria, sulla base delle prime risultanze contenute nella nota a firma del Direttore più sopra indicata, mediante adeguata valutazione, entro il termine del 31/03/2014, degli elementi forniti dai soggetti interessati, per la conclusione infine del relativo procedimento (entro il termine del 31 dicembre 2014, per quanto sopra precisato a proposito dell'art. 13 del d.l. n. 150/2013);
- i profili di merito indicati più sopra, per la verifica della conformità dell'affidamento assentito a EmiliAmbiente alla normativa europea, sono stati peraltro oggetto di confronto in occasione di incontri che si sono svolti in data 30/10/2013, 09/01/2014 e 20/02/2014, ai quali hanno partecipato i rappresentanti dell'Agenzia e della società;

Ritenuto di dover accogliere le osservazioni presentate da EmiliAmbiente S.p.A., più sopra indicate, per quanto segue:

- tutti gli Enti locali soci di EmiliAmbiente S.p.A. esercitano sulla società il “controllo analogo” ai sensi, tra l'altro, di apposita *Convenzione ex art. 15 L. n. 241/90* (agli atti dell'Agenzia);
- rispetto ai Comuni soci non serviti per la gestione del servizio idrico integrato, la società EmiliAmbiente eroga prestazioni comunque riconducibili al medesimo servizio pubblico in termini di omogeneità - quali il mantenimento in esercizio dei pozzi di captazione, il prelievo da detti pozzi dell'acqua necessaria per il servizio idrico integrato, la fornitura di acqua potabile e dei servizi di depurazione - dovendosi escludere pertanto che si tratti di società “generalista”;

- la giurisprudenza comunitaria che si è formata sul requisito dell'attività prevalente ha precisato, del resto, che *Nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati* (cfr. C.G.C.E., causa C-340/04, Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei, cit.);
- è già stato avviato il percorso per arrivare al recesso della Provincia di Parma dalla società EmiliAmbiente;

Ritenuto, per quanto sopra, a conclusione dell'istruttoria condotta ai sensi dell'art. 34, comma 21, del d.l. n. 179/2012, che, per omogeneità delle attività di servizio pubblico complessivamente affidate dagli Enti locali soci ad EmiliAmbiente S.p.A., ricorra sotto questo particolare profilo la conformità alla normativa europea per la forma di affidamento *in house*;

Ritenuto pertanto che l'affidamento del servizio idrico integrato assentito a EmiliAmbiente S.p.A. è destinato a cessare alla scadenza del 30 giugno 2025 prevista nel contratto di servizio;

dato atto che la presente deliberazione non comporta impegno di spesa o diminuzione dell'entrata e che pertanto non è richiesto il parere in ordine alla regolarità contabile, a sensi dell'art. 49, comma 1 del d.lgs. 267/2000;

visto il parere favorevole in ordine alla regolarità tecnica reso dal Ing. Vito Belladonna ai sensi dell'art. 49, comma 1, del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e s.m.i.;

A voti palesi e favorevoli;

DELIBERA

1. di ritenere l'affidamento del servizio idrico integrato assentito a EmiliAmbiente S.p.A. conforme alla normativa europea per la forma di affidamento *in house*;
2. di ritenere, per quanto deliberato al precedente punto 1., che l'affidamento del servizio idrico integrato assentito a EmiliAmbiente S.p.A. è destinato a cessare alla scadenza del 30 giugno 2025 prevista nel contratto di servizio;
3. di disporre la pubblicazione della presente deliberazione sul sito internet dell'Agenzia;
4. di disporre altresì l'invio della presente deliberazione ai soggetti interessati (Comuni e gestore);
5. di trasmettere il presente provvedimento agli uffici di competenza per gli adempimenti connessi e conseguenti.

Approvato e sottoscritto

Il Presidente
f.to Virginio Merola

Il Direttore
f.to Ing. Vito Belladonna

RELAZIONE DI PUBBLICAZIONE

La suestesa deliberazione:

ai sensi dell'art. 124 D. Lgs. 18.08.2000 n° 267, viene oggi pubblicata all'Albo Pretorio per quindici giorni consecutivi (come da attestazione)

17 aprile '14

Il Direttore
f.to Ing. Vito Belladonna