

AS862 – PROVINCIA DI ROVIGO - SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Roma, 22 luglio 2011

Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale Polesine

Oggetto: richiesta di parere relativa alla conformità ai requisiti dell'"*in house providing*" dell'affidamento del Servizio Idrico Integrato alla società Polesine Acque S.p.A.

Con riferimento alla richiesta di parere formulata dall'A.A.T.O. Polesine, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità esprime le seguenti considerazioni.

La Pubblica Amministrazione, in base alle regole generali di evidenza pubblica, ha l'obbligo di selezionare con una procedura competitiva ad evidenza pubblica i soggetti con i quali intenda stipulare dei contratti di lavori, servizi o forniture. L'affidamento diretto rappresenta una modalità eccezionale e residuale di affidamento dei servizi e, per i servizi pubblici locali, tale modello è ammesso solo ed esclusivamente in presenza di particolari caratteristiche del contesto territoriale di riferimento suscettibili di rendere inutile e/o inefficace il ricorso al mercato. Solo in tal caso l'Amministrazione può derogare alle regole dell'evidenza pubblica avvalendosi di un soggetto che, pur essendo formalmente distinto da essa, è sottoposto ad un controllo gerarchico talmente stringente da poter essere assimilato a quello che la PA esercita nei confronti delle proprie strutture interne¹

Il modulo organizzativo prescelto da codesta A.A.T.O. è complesso, in quanto si avvale, per la gestione del Servizio Idrico Integrato oltre che della società Polesine Acque S.p.A., soggetta a totale controllo pubblico, anche delle società da questa controllate, i cui soci privati di minoranza sono stati selezionati, nel 1998 e nel 2000, con procedure ad evidenza pubblica. Le due società di scopo, controllate dalla società Polesine Acque S.p.A. in virtù di una partecipazione azionaria di maggioranza rispondono alla necessità di acquisire capacità tecniche, economiche, progettuali e finanziarie strumentali alla gestione dell'Ambito Territoriale Ottimale Polesine. In particolare, la società Sodea opera nella gestione della manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di depurazione e delle reti fognarie sulla base di un'apposita convenzione di servizi. La società Polesine Acque Engineering, invece, è attiva nella realizzazione delle progettazioni preliminari, definitive ed esecutive nonché direzione lavori, degli investimenti previsti dal piano d'Ambito.

¹ Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, nel procedimento C-107/98 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna nella causa dinanzi ad esso pendente tra Teckal Srl e Comune di Viano.

E' ragionevole ritenere, dunque, che la gestione del Servizio idrico integrato nell'A.A.T.O. Polesine, al di là del formale conferimento alla sola società capogruppo, risulti nondimeno affidata all'insieme delle società riconducibili al "gruppo" Polesine Acque, in cui è presente una componente minoritaria di capitale privato (riconducibile alle partecipazioni, rispettivamente, del 40% e del 30% al capitale sociale delle società Sodeo S.r.l. e Polesine Engineering S.r.l.).

La compatibilità del modello di affidamento prescelto va, pertanto, valutata non tanto con riferimento al modello dell'in *house* "puro" (caratterizzante, semmai, solo il rapporto tra l'A.A.T.O. e la società madre Polesine Acque S.p.A.) quanto con riferimento ai requisiti che la giurisprudenza ha fissato per l'affidamento di servizi pubblici locali alle società a partecipazione mista pubblico-privata. La figura delle società a capitale misto è stata generalmente configurata come una forma di collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori nella gestione di un pubblico servizio; tale figura, costituendo una modalità organizzativa ulteriore per soddisfare delle esigenze generali, rende più flessibile la risposta istituzionale a determinate esigenze e può risultare – se ricondotta nei canoni del pieno rispetto dei principi comunitari e nazionali in tema di tutela della concorrenza – di particolare efficacia.

Il rispetto dei principi a tutela della concorrenza, in tali ipotesi, è stato regolamentato dalla Commissione Europea che, attraverso l'utilizzo di strumenti di *soft law*², ha sancito la legittimità del modello di gestione "mista" dei Servizi locali nel caso in cui "*il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto*". Tale modulo organizzativo è dunque riconducibile nell'alveo delle "procedure competitive ad evidenza pubblica" a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. L'osservanza rigorosa dei criteri stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale sulla compatibilità delle PPP ai principi a tutela della concorrenza si fonda sull'esperimento di una gara per la selezione del socio che è, in linea di principio, contestuale all'affidamento del servizio. Sotto tale profilo, pertanto, suscita perplessità la circostanza che l'affidamento diretto sia stato adottato nel 2005 a fronte di due procedure per la selezione dei soci privati delle società controllate, bandite nel 1998 e nel 2000.

Ciò implica alcune preoccupazioni in materia *antitrust*. In primo luogo, l'ampio divario temporale tra affidamento del servizio e procedure di scelta dei soci privati di fatto ha negato a soggetti oggi potenzialmente interessati a partecipare alla gestione del servizio idrico l'opportunità di concorrere alla selezione come *partner* privati.

In secondo luogo, la durata dell'affidamento (fino al 2023, data di scadenza del piano d'ambito), soprattutto se raffrontata alla data di selezione dei soci privati (1998 e 2000), appare oggettivamente sproporzionata. Una tale durata, infatti, cristallizzando ingiustificatamente i risultati di un confronto concorrenziale ormai risalente nel tempo, potrebbe porsi in aperto contrasto con la *ratio* stessa delle partnership pubblico-private che, nelle intenzioni del legislatore e della giurisprudenza comunitaria, presuppongono, alla scadenza dell'originario affidamento,

l'esperimento di una nuova gara, per l'aggiudicazione del servizio ovvero per la selezione del socio privato.

L'Autorità ringrazia per l'attenzione riservata allo svolgimento dei propri compiti istituzionali.

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

² Comunicazione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) del 5 febbraio 2008 in GUCE del 12 aprile 2008.