

## ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

### AS1126 – PROVINCIA DI MONZA E BRIANZA - RELAZIONE SULL’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Roma, 4 marzo 2014

Ufficio per l’Ambito Territoriale Ottimale  
di Monza e Brianza

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 19 febbraio 2014, ha deliberato di esprimere il proprio parere ai sensi dell’articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, così come introdotto dal decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, relativamente al contenuto della “*relazione sull’affidamento del servizio idrico integrato*” in attuazione dell’art. 34, comma 20, del D.L. n. 179/2012 adottata con delibera del Consiglio di Amministrazione n. 28 del 27 dicembre 2013 dall’Ufficio per l’Ambito Territoriale Ottimale di Monza e Brianza.

Con la delibera citata, dopo aver ripercorso le principali evoluzioni del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, l’Ufficio d’Ambito ha concluso ritenendo che Brianzacque, affidatario diretto della gestione del SII<sup>1</sup>, “*allo stato, soddisfa i tre requisiti prescritti dalla normativa per le forme di gestione in house*”. E ciò nonostante, nella relazione medesima, si dia atto della circostanza che il processo di retrocessione delle quote attualmente detenute da alcune società patrimoniali degli Enti locali sarà presumibilmente completato solo nel corso del 2014<sup>2</sup> e che la società continui ad essere controllata – pur se indirettamente – da Enti locali diversi dall’amministrazione affidante<sup>3</sup>.

L’Autorità, sul punto, intende svolgere le seguenti considerazioni.

Come noto, l’art. 34, commi 20 e 21 del D.L. n. 179/2012 ha imposto l’obbligo alle amministrazioni competenti di adeguare le gestioni dei servizi pubblici locali non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea entro il termine del 31 dicembre 2013 prescrivendo, a tal

---

<sup>1</sup> Con il parere vincolante della Conferenza dei Comuni n. 1 del 26 giugno 2013 e la conseguente delibera di AATO del 29 giugno 2013, n. 12, con cui: i) è stato confermato l’affidamento del Servizio Idrico Integrato a Brianzacque per la durata di 20 anni; ii) è stato previsto il termine ultimo del 31 dicembre 2013 per il riassetto societario definitivo coerentemente al modello “in house”, ossia assicurando la retrocessione ai rispettivi Enti locali di tutte le quote di Brianzacque possedute dalle società partecipate dagli Enti medesimi.

<sup>2</sup> Dunque, detti Enti continuano ad essere soci indiretti della società Brianzacque. L’incidenza complessiva degli Enti locali nella struttura proprietaria – a tutto il 2014 – sarà pari all’80% circa della compagine sociale di Brianzacque.

<sup>3</sup> Si tratta, in particolare di Idra, società partecipata sia da comuni della Provincia di Milano e da quelli di Monza e Brianza pur essendo Brianzacque il soggetto affidatario del servizio in Provincia di Monza e Brianza. Secondo la relazione tale situazione nel corso del 2014 risulterà profondamente modificata per effetto di due fatti concomitanti: • la completa attuazione della normativa regionale sul settore idrico, che prevede un solo gestore su base provinciale; • il progressivo trasferimento delle quote di partecipazione in Brianzacque direttamente agli enti locali, oggi soci indiretti della stessa, essendo proprietari delle società pubbliche che vi partecipano.

fine, la pubblicazione, entro la stessa data, di una relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste<sup>4</sup>.

Nel caso di affidamento secondo modalità *in house*, dunque, si tratta di evidenziare la compatibilità del modello di affidamento prescelto con i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza che, come noto, richiede che la stazione appaltante e l'impresa affidataria siano, nella sostanza, riconducibili al medesimo centro decisionale coniano, a tal fine, il concetto di "*controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*". Tale concetto è stato definito, nel corso degli anni, dalle pronunce della Corte di Giustizia e della giurisprudenza nazionale che consentono di tracciare alcuni requisiti fondamentali che l'impresa affidataria deve possedere ai fini del regolare affidamento diretto del servizio<sup>5</sup>.

È necessaria, in primo luogo, la partecipazione pubblica totalitaria. La partecipazione, pur minoritaria, di un'impresa privata esclude che l'amministrazione possa esercitare il controllo analogo a quello che svolge sui propri servizi. L'impresa, inoltre, non deve aver acquisito una "vocazione commerciale" riscontrabile in caso di eccessivo ampliamento dell'oggetto sociale, quando questo consente, ad esempio, di fornire servizi a favore di terzi (rispetto agli enti associati) ed attraverso moduli operativi ad ampio spettro (partecipazioni finanziarie ad altre società, concessione a terzi, esecuzione di operazioni commerciali, finanziarie, immobiliari)<sup>6</sup>.

I principi sinteticamente esposti devono trovare applicazione anche nei casi in cui la società affidataria sia partecipata da una pluralità di enti pubblici. In tali ipotesi, in particolare, la giurisprudenza comunitaria suggerisce una verifica approfondita, caso per caso, dei poteri che ogni singolo Ente pubblico azionista che affidi un servizio possa esercitare nei confronti della società affidataria<sup>7</sup>. Il problema del riconoscimento del controllo analogo in presenza di società

---

<sup>4</sup> Come noto, l'art. 13 del decreto legge 30 dicembre 2013, n. 150 (cd. decreto "milleproroghe"), ha posticipato al 31 dicembre 2014 il termine di cessazione automatica delle gestioni non conformi al quadro comunitario.

<sup>5</sup> Si considerino sul punto, 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 (diventato art. 234 CE), dal Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna nella causa dinanzi ad esso pendente tra Teckal S.r.l. e Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, (TECKAL), Sentenza della Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, nel procedimento C-26/03, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Oberlandesgericht Naumburg (Germania) con decisione 8 gennaio 2003, nella causa Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH, c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, (STADT HALLE), Corte di Giustizia CE, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Italia) con decisione 23 luglio 2003, nella causa Parking Brixen GmbH c/Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG (PARKING BRIXEN) e, infine, Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, in causa C-340/04 avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia con ordinanza 27 maggio 2004, pervenuta in cancelleria il 9 agosto 2004, nella causa tra Carbotermo S.p.A., Consorzio Alisei e Comune di Busto Arsizio, AGESP S.p.A. (CARBOTERMO) e Cons. giust. Amm. Reg. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719.

<sup>6</sup> TAR Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986.

<sup>7</sup> In merito possono segnalarsi diverse pronunce, comunitarie e nazionali, che non offrono dei criteri univoci di identificazione del controllo analogo, ma lo riconoscono, caso per caso, in considerazione di vari elementi. La sentenza Tragsa (19 aprile 2007, nel procedimento C-295/05, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunal Supremo (Spagna) con decisione 1° aprile 2005, nel procedimento tra Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) e Transformación Agraria SA) e, ad esempio, ha riconosciuto il controllo analogo in capo a quattro enti locali che detenevano, congiuntamente, l'1% del capitale sociale di una società partecipata al 99% dallo Stato spagnolo affermando che, in relazione al contesto normativo che regolava l'attività della società, la stessa non potesse essere «considerata come un terzo rispetto alle comunità autonome che detengono una parte del suo capitale sociale». In senso opposto la sentenza Coname (Corte di Giustizia CE, 21 luglio 2005, nel procedimento C-231/03 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, con ordinanza 14 febbraio 2003, nella causa tra Consorzio Aziende

controllate da una molteplicità di enti locali è stato affrontato anche dalla giurisprudenza nazionale che, salvo rare eccezioni<sup>8</sup>, ha sempre valutato il controllo riferendosi alle circostanze del caso di specie<sup>9</sup>.

Nei casi in cui, peraltro, il controllo azionario dell'Ente o degli Enti sulla società affidataria è intermediato da ulteriori organismi societari soggetti anch'essi a controllo pubblico totalitario, la Corte di Giustizia, nella sentenza Carbotermo<sup>10</sup>, ha osservato che tale circostanza "può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale", pregiudicando, pertanto, la sussistenza stessa dei requisiti per la praticabilità dell'*in house*.

Tanto premesso, l'Autorità, pur prendendo atto del percorso intrapreso nell'ottica di regolarizzare il modello di affidamento del servizio idrico integrato, ritiene che la "relazione sull'affidamento del servizio idrico integrato" in attuazione dell'art. 34, comma 20, del D.L. n. 179/2012 adottata con delibera del Consiglio di Amministrazione n. 28 del 27 dicembre 2013 dall'Ufficio per l'Ambito Territoriale Ottimale di Monza e Brianza non dimostri la sussistenza dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria per la praticabilità dell'affidamento secondo modalità *in house* dei servizi pubblici locali, con particolare riguardo alla dimostrazione della sussistenza di un effettivo controllo analogo dell'ente affidante sull'affidatario.

Ed infatti, l'assetto di controllo di tale società continua a vedere la presenza di società di capitali "intermediarie" -il cui controllo è riconducibile a numerosi Enti locali appartenenti anche a Province diverse da quella di Monza Brianza<sup>11</sup> i cui statuti appaiono conferire alle stesse quella "vocazione commerciale" incompatibile con i citati parametri fissati dalla giurisprudenza comunitaria. Tali circostanze appaiono suscettibili di veicolare negli organismi societari di Brianzacque interessi imprenditoriali eterogenei e diversi rispetto a quelli di cui dovrebbero essere, invece, portatori gli Enti locali affidanti della Provincia di Monza Brianza<sup>12</sup>.

Tali considerazioni appaiono, peraltro, supportate dall'analisi della partecipazione dei soci di Brianzacque alle sedute dell'assemblea ordinaria del 16 dicembre 2013 e dell'assemblea straordinaria del 23 dicembre 2013, nel corso delle quali, rispettivamente, sono stati approvati il

---

Metano (Coname) e Comune di Cingia de' Botti) nega la sussistenza del controllo analogo in presenza di una partecipazione dell'Ente affidante dello 0,97%.

<sup>8</sup> Si veda CdS 19 febbraio 2004, n. 679, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 193 e ss, con nota critica di URSI, *Brevi osservazioni sui presupposti dell'approvvigionamento «in house» di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, 5° comma, lett. c), del testo unico sugli enti locali*, che ha riconosciuto il controllo analogo in capo ad una società partecipata solo al 3% dall'ente locale affidante e CdS 22 dicembre 2005, n. 7345, in base al quale «il problema della sussistenza del "controllo analogo" si risolve in senso affermativo se la mano pubblica possiede la totalità del pacchetto azionario della società affidataria».

<sup>9</sup> Sul punto si vedano TAR Toscana, 28 luglio 2004, n. 2833, che ha escluso il controllo analogo in presenza di una società partecipata in via indiretta e in misura assolutamente minoritaria dal comune affidante e TAR Lombardia, sezione distaccata di Brescia, 16 marzo 2006, n. 301, che ha escluso il controllo analogo in presenza di una partecipazione dell'1,96%.

<sup>10</sup> Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, in causa C-340/04 avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia con ordinanza 27 maggio 2004, pervenuta in cancelleria il 9 agosto 2004, nella causa tra Carbotermo SpA, Consorzio Alisei e Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA.

<sup>11</sup> Il capitale sociale di Brianzacque s.r.l. è detenuto dalla società Idra Patrimonio SpA per il 37,88%, Tale società è controllata per il 12,50% ciascuna dalle Province di Milano e Monza/Brianza, da 7 comuni che detengono, complessivamente circa il 34% del capitale, dall'Azienda Speciale farmacie comunali per il 6,08% e da "altri" soci per il 34% circa del capitale.

<sup>12</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, allo statuto della società Gelsia Reti che consente a quest'ultima di svolgere numerose attività che vanno dalla distribuzione del gas alla realizzazione dei reti tecnologiche, alla gestione per conto proprio o di terzi di servizi di telecomunicazione. Fonte: *Cerved*. Le stesse considerazioni valgono per le società Idra Patrimonio, ALSI e ASML.

*“regolamento per il controllo analogo della gestione del servizio idrico secondo il modello in house”* e il progetto di fusione per incorporazione della società ALSI S.p.A. in Brianzacque. Nonostante si trattasse, infatti, di riunioni assembleari di centrale importanza nell’ambito dell’intrapreso percorso di regolarizzazione di quella *“relazione interorganica”* che dovrebbe sussistere tra gli Enti locali e società affidataria, si è registrata una presenza di soci appena superiore alla maggioranza del capitale sociale (8 soci nel primo caso e 9 nel secondo), con una netta prevalenza, in termini di rappresentanza, delle partecipazioni detenute dalle società patrimoniali (AEB S.p.A., ALSI S.p.A., ASML S.p.A. e Gelsia Reti s.r.l.).

Tanto premesso, l’Autorità ritiene che la *“relazione sull’affidamento del servizio idrico integrato”* in attuazione dell’art. 34, comma 20, del D.L. n. 179/2012, adottata con delibera del Consiglio di Amministrazione n. 28 del 27 dicembre 2013 dall’Ufficio per l’Ambito Territoriale Ottimale di Monza e Brianza e tutti gli atti presupposti, nei limiti in cui non dimostrano la sussistenza dei requisiti richiesti dall’ordinamento europeo per la praticabilità dell’affidamento secondo modalità *in house* dei servizi pubblici locali, sottraendo, per tale via, quote di fatturato alle altre imprese attive sul mercato e determinando una posizione di ingiusto vantaggio di Brianzacque alla quale viene garantito l’affidamento diretto dei servizi, integrino una violazione dei principi a tutela della concorrenza.

Ai sensi dell’articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/90, l’Autorità d’Ambito Territoriale Ottimale di Monza e Brianza dovrà comunicare all’Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere la violazione della concorrenza sopra esposta. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l’Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

Il presente parere verrà pubblicato sul Bollettino dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE  
*Giovanni Pitruzzella*

---

***Comunicato in merito all'adeguamento dell'ATO Monza Brianza al parere espresso dall'Autorità ex art. 21-bis della legge n. 287/1990 in ordine alla delibera del Consiglio di Amministrazione n. 28 del 27 dicembre 2013 con cui è stata approvata la "relazione sull'affidamento del servizio idrico integrato" in attuazione dell'art. 34, comma 20, del D.L. n. 179/2012.***

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 13 maggio 2014, ha deciso che non impugnerà davanti al Tar competente la delibera del Consiglio di Amministrazione n. 28 del 27 dicembre 2013 con cui è stata approvata la "relazione sull'affidamento del servizio idrico integrato" in attuazione dell'art. 34, comma 20, del D.L. n. 179/2012. L'Autorità ha infatti ritenuto che siano venuti meno i presupposti per l'impugnazione ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287/1990, a seguito dell'avvenuto adeguamento dell'amministrazione intimata al relativo parere motivato in precedenza inviato dall'Autorità.

In particolare, nel parere motivato deliberato nella riunione del 19 febbraio 2014, ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287/1990, l'Autorità aveva ritenuto che il richiamato provvedimento non dimostrasse la sussistenza dei requisiti richiesti dalla normativa comunitaria per l'affidamento *in house* della gestione del servizio idrico integrato alla società Brianzacque, integrando, per tale via, una violazione dei principi a tutela della concorrenza.

A seguito del ricevimento del parere motivato, con comunicazione del 9 maggio 2014, l'AATO Monza Brianza ha informato l'Autorità del sostanziale completamento del processo di regolarizzazione del modello di affidamento del servizio idrico integrato ai parametri fissati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale per la praticabilità dell'*in house providing*. Per effetto delle operazioni riguardanti le società Idra Patrimonio S.p.A. e ALSI S.p.A., in particolare, il capitale sociale di Brianzacque risulterà nella diretta proprietà degli Enti locali in una misura superiore al 95%.

Preso atto dell'avvenuto adeguamento al parere motivato inviato ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287/1990, l'Autorità ha pertanto disposto l'archiviazione del procedimento ritenendo che le circostanze comunicate siano suscettibili di rimuovere qualsiasi dubbio sull'effettività del controllo analogo esercitato dagli Enti affidanti sulla società Brianzacque S.p.A.

---