

AS2039 - ATO MARCHE CENTRO MACERATA 3 - AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Roma, 10 ottobre 2024

Assemblea di Ambito Territoriale Ottimale n. 3 "Marche Centro Macerata"

Con riferimento alla richiesta di parere formulata dall'Assemblea di Ambito Territoriale Ottimale n. 3 "Marche Centro Macerata" (di seguito "ATO") in vista del nuovo affidamento del servizio idrico integrato nel territorio di riferimento, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione dell'8 ottobre 2024, ha ritenuto di svolgere le seguenti considerazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990.

Preliminarmente, si rileva che i chiarimenti richiesti dall'ATO tendono in parte a riferirsi a questioni che esulano dall'ambito di competenza dell'Autorità, come l'interpretazione delle norme del Codice dei contratti pubblici o la validità dei titoli per lo svolgimento dell'attività di distribuzione di energia elettrica locale. Pertanto, si ritiene utile ricondurre e sintetizzare le questioni sollevate alle seguenti due tematiche, che dovrebbero comunque agevolare Codesto ente nella decisione in merito alla scelta della forma di gestione del servizio in esame: (i) la disciplina applicabile all'affidamento del servizio idrico integrato e (ii) le condizioni per l'affidamento *in house* del servizio idrico integrato.

Sulla disciplina applicabile all'affidamento del servizio idrico integrato

Quanto alla disciplina applicabile all'affidamento del servizio idrico integrato giova preliminarmente distinguere tra la normativa relativa all'affidamento del servizio idrico integrato "a" gestore e la normativa relativa ai contratti pubblici affidati per l'acquisto di lavori, beni e servizi "da" gestore del servizio (ivi incluso il gestore *in house*).

Il quadro normativo di riferimento in materia di affidamento del servizio idrico integrato "a" gestore trae origine dall'articolo 149-bis del d.lgs. n. 152/2006 (recante *Norme in materia ambientale*, di seguito "TUA"), il quale prevede che l'ente di governo dell'ambito - nel rispetto del piano d'ambito e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale - delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, specificando che "[l']affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale" (comma 1 dell'articolo 149-bis del TUA).

Secondo la normativa europea richiamata dall'articolo 149-bis del TUA, oggi trasposta nell'articolo 14 del d.lgs. n. 201/2022 (recante *Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*), gli enti locali e gli altri enti competenti possono provvedere all'organizzazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, tra i quali rientra il servizio idrico integrato, unicamente mediante una delle seguenti modalità di gestione: (i) l'esternalizzazione del servizio a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica; (ii) l'affidamento a una società mista pubblico-privata, con selezione del socio privato mediante gara a doppio oggetto; (iii) la gestione *in house*, purché sussistano i relativi requisiti previsti dall'ordinamento euro-unitario; e (iv) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete (circostanza che, quindi, non attiene al caso di specie), la gestione in economia o mediante aziende speciali.

Con particolare riferimento all'affidamento *in house* di tali servizi, anche l'articolo 7, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023 (recante *Codice dei contratti pubblici*, di seguito "CCP"), indica che la relativa disciplina è contenuta nel citato d.lgs. n. 201/2022. Nello specifico, l'affidamento è subordinato al ricorrere delle condizioni indicate nell'articolo 17 del d.lgs. n. 201/2022, oltre che nell'articolo 16 del d.lgs. n. 175/2016 (recante *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, di seguito "TUSPP"), come meglio illustrato nel prosieguo.

Diversamente, il CCP trova applicazione non già all'affidamento del servizio idrico integrato "a" gestore del servizio, bensì ai contratti aggiudicati "da" gestore del servizio per l'acquisto di lavori, beni e servizi, strumentali e preordinati rispetto all'espletamento del servizio stesso¹.

¹ [In questo quadro si colloca l'articolo 142 del CCP invocato dall'ATO, che esclude dall'applicazione del CCP - a favore dell'operatività di affidamenti diretti - gli affidamenti infragruppo per attività inerenti ai settori speciali, sul presupposto di fondo che tali affidamenti costituiscano in realtà modalità organizzative interne per la gestione delle attività strumentali infragruppo, dove ciascuna impresa svolge un ruolo specializzato nel contesto del gruppo economico, e che non sollevino perciò particolari preoccupazioni concorrenziali. Cfr. in senso conforme il parere di ANAC n. 26 del 24/05/2024: "La possibilità di procedere all'affidamento *in house*, come sopra evidenziato, deve ritenersi subordinata al ricorrere delle condizioni indicate dall'art. 7, comma 2, del d.lgs. 36/2023, oltre che dagli artt. 4 e 16 del d.lgs. 175/2016. Inoltre, in tal caso, gli organismi *in house*, ai sensi dell'art. 17, comma 6, del d.lgs. 175/2016, sono tenuti all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici. [...] Laddove, inoltre, le società in

Del resto, l'articolo 16, comma 7, del TUSPP, in tema di società *in house*, conferma il quadro appena descritto, quando afferma che "[l]e società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 [ora d.lgs. n. 36/2023]".

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che nel caso di specie, riguardante l'affidamento del servizio idrico integrato al nuovo gestore, trovi applicazione unicamente la disciplina di cui al TUA e al d.lgs. n. 201/2022, ai sensi della quale il servizio idrico integrato, quale servizio pubblico locale di rilevanza economica, può essere affidato mediante una delle seguenti modalità di gestione: (i) esternalizzazione del servizio a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica; (ii) affidamento a una società mista pubblico-privata, con selezione del socio privato mediante gara a doppio oggetto; (iii) affidamento a società *in house*.

Sulle condizioni per l'affidamento in house del servizio idrico integrato

Per quanto riguarda le condizioni per l'affidamento *in house* del servizio idrico integrato e, in particolare, la possibilità di disporre un affidamento *in house* in favore di una società con socio privato, occorre in primo luogo ricordare che i requisiti delle società *in house* sono dettati dall'articolo 16 del TUSPP, il quale prevede che "le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata".

Coerentemente, a livello formale si richiede che gli statuti delle società *in house* prevedano espressamente che "[...] oltre l'80% per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci" (articolo 16, comma 3, del TUSPP). Il restante fatturato può essere rivolto anche a finalità diverse a condizione che permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società (articolo 16, comma 3-bis, del TUSPP).

Il legislatore è, quindi, chiaro nell'enumerare i tre requisiti richiesti per l'affidamento *in house*: (i) il capitale interamente pubblico della società *in house*, cui è consentita la partecipazione di soci privati solo se prescritta dalla legge; (ii) il controllo esercitato dall'ente partecipante analogo a quello esercitato sui propri uffici; (iii) il requisito funzionale dell'attività prevalente svolta dalla società *in house* a favore dell'ente socio.

Detti requisiti - elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (a partire dalla sentenza *Teckal* C-107/98) e successivamente trasformati in dettato normativo con l'entrata in vigore delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE in materia di appalti pubblici e concessioni - sono posti anche a tutela della concorrenza. Infatti, l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad un ente soggettivamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, in alternativa al sistema della gara, viene consentito a condizione che tale soggetto esterno presenti caratteristiche tali da poterlo qualificare come una derivazione, o una *longa manus*, dell'ente stesso. Il limite all'attività nel libero mercato degli organismi *in house* vuole, quindi, impedire che "un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione"². Allo stesso tempo, la partecipazione di un socio privato al capitale sociale dell'*in house* è ammessa soltanto ove prevista come obbligatoria dalla normativa (e a condizione che non comporti controllo o potere di veto e non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della controllata), poiché altrimenti l'affidamento di un servizio senza una qualsiasi procedura competitiva offrirebbe al socio privato un indebito vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti.

Un'ulteriore precisazione deve essere compiuta per quanto riguarda la determinazione della attività prevalente nel caso di gruppi societari, posto che la normativa non specifica in quale modo vada calcolato il fatturato nell'ipotesi di una società *in house* titolare di partecipazioni societarie in altre società controllate o collegate.

L'Autorità ha già precisato³ cosa debba intendersi per "fatturato" nel caso di *holding* pubbliche che siano anche operative come organismi *in house*, chiarendo che tale requisito debba essere verificato anche con riguardo al fatturato delle società da queste controllate ai sensi dell'articolo 2359 c.c.⁴, ferma restando, invece, l'irrilevanza in tale computo di proventi da partecipazioni non di controllo o meramente finanziarie.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha confermato che le società *in house*, pur presentando una personalità giuridica formalmente distinta dall'ente pubblico socio, in virtù dell'approccio funzionale che caratterizza l'istituto, possono essere considerate un'articolazione organizzativa di quest'ultimo in tutti i settori in cui operano, anche

house operino nei settori c.d. speciali, le stesse sono tenute altresì ad applicare le previsioni contenute nel Libro III del d.lgs. 36/2023, per gli acquisti "strumentali" al settore speciale di attività, fermo restando l'obbligo per le stesse - in quanto amministrazioni aggiudicatrici - di applicare la disciplina ordinaria dettata dal d.lgs. 36/2023 medesimo, per gli acquisti non rientranti tra quelli strumentali al settore speciale di riferimento".]

² [Cfr. Corte cost. n. 326/2008.]

³ [Cfr. AS1876 Comune di Busto Arsizio (VA) - Affidamento in house del servizio di gestione integrata dei rifiuti, in Boll. n. 2 del 9 gennaio 2023.]

⁴ [Ai sensi del quale: "Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa".]

attraverso le proprie partecipate in posizione di controllo ex articolo 2359 c.c.⁵. Ciò del resto giustifica l'affidamento diretto in modalità *in house* e la mancanza di confronto competitivo per la selezione del fornitore del servizio. Ne discende che, con specifico riguardo al requisito dell'attività prevalente, vada considerato il fatturato a livello consolidato e non già quello prodotto dalla sola capogruppo affidataria *in house*.

Sulle criticità riscontrate nel caso in esame

Viste le condizioni prescritte dall'ordinamento per l'affidamento *in house*, nel caso in esame Centro Marche Acque S.c.r.l. e la propria società operativa Astea S.p.A. sembrano attualmente non rispettare il requisito del capitale interamente pubblico, né quello dell'attività prevalente.

Infatti, Astea S.p.A., società operativa incaricata *in parte qua* della gestione *in house* del servizio idrico integrato e che dovrebbe entrare a far parte della costituenda società consortile, è partecipata sia dai Comuni (indirettamente, mediante la *holding* titolare della gestione del servizio Centro Marche Acque S.c.r.l., titolare del 78,68% del capitale sociale), sia da soggetti privati, dal momento che il Consorzio GPO, titolare del 21,32% del capitale sociale, risulta a sua volta partecipato al 62,35% dalla società privata IRETI S.p.A..

Inoltre, dal bilancio consolidato di Centro Marche Acque S.c.r.l. risulta che il gruppo facente capo alla società ricomprende altresì i bilanci "*delle imprese controllate direttamente ed indirettamente attraverso Astea spa*", che operano anche in settori economici diversi dalla gestione del servizio idrico integrato in cui è attiva Centro Marche Acque S.c.r.l. e non sempre esclusivamente a favore degli enti pubblici soci (come nel caso della distribuzione di energia elettrica). In tale contesto, il fatturato derivante dall'attività relativa al servizio idrico integrato nel 2023 ammonta a circa il 41% del fatturato del gruppo, mentre il restante fatturato si riferisce alle attività di distribuzione energia elettrica (circa il 29% del fatturato consolidato), ciclo integrato dei rifiuti (circa il 17% del fatturato consolidato), produzione di energia elettrica e termica (circa il 6% del fatturato consolidato) e distribuzione del gas (circa il 6% del fatturato consolidato).

Infine, fermo tutto quanto sopra, si ricorda che ai sensi del d.lgs. n. 201/2022, prima della procedura di affidamento, l'ente competente dovrà dar conto, in una apposita relazione, degli esiti della valutazione sulla scelta della modalità di gestione (articolo 14, commi 2 e 3) e, nel caso di affidamento *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, dovrà adottare la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, nonché elaborare un apposito piano economico-finanziario (articolo 17).

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dalla ricezione del presente parere, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

⁵ [Cfr. ex ultimis Cons. St., Sez. IV, 4 aprile 2023, n. 3494; Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2019, n. 7752; Cons. Stato, Sez. V, 16 novembre 2018, n. 6459. Tali arresti sono stati altresì richiamati nel Vademecum per le società *in house* nel nuovo codice degli appalti e testo unico delle società pubbliche, a cura di ANAC e Consiglio Nazionale del Notariato, 27 maggio 2022.]