

AS1364 - REGIONE SARDEGNA - MODALITA' DI AFFIDAMENTO IN HOUSE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO AD ABBANOVA SPA

Roma, 23 febbraio 2017

Regione Sardegna
Egas S.p.A.
Abbanova S.p.A.

Nell'esercizio del potere consultivo di cui agli articoli 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nella propria riunione del 7 febbraio 2017, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha inteso evidenziare le criticità concorrenziali derivanti da possibili problemi di legittimità dell'affidamento *in house* da parte di EGAS (Ente di Governo dell'Ambito Territoriale Ottimale della Sardegna, in precedenza Autorità d'Ambito della Sardegna - AATO)¹ alla società ABBANOVA S.p.A. (di seguito, Abbanova), attuale gestore del S.I.I. (Servizio Idrico Integrato) nell'ambito territoriale unico comprendente l'intera Regione Sardegna.

Al riguardo, si ricorda che la Regione Sardegna attualmente detiene il 68,11% del capitale sociale di Abbanova, partecipazione che negli anni è aumentata anche in ragione di un processo di ricapitalizzazione della società da parte della Regione stessa, sulla base di uno specifico Piano di ristrutturazione predisposto nel 2012 e sottoposto, altresì, al vaglio della Commissione Europea². Il restante 32% circa del capitale sociale è detenuto dagli enti locali della Sardegna rappresentati in EGAS.

¹ Sulla base dell'art. 113, co. 5, lettera c), del d. lgs. n. 267/2000 allora vigente (abrogato dall'art. 12, comma 1, del D.P.R. n. 168 del 2010): "L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

La disciplina relativa è oggi contenuta nel Titolo II (articoli 147 e seguenti) e all'art. 172 del D. Lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 (Norme in materia ambientale).

² Cfr. SA.35205 (2013/N) – Italia Aiuto per la ristrutturazione a favore di Abbanova S.p.A.

Come noto, la scelta dell'affidamento c.d. *in house providing*, in deroga al principio dell'evidenza pubblica, può avvenire solo in favore di un soggetto per il quale ricorrano i tre requisiti soggettivi e oggettivi che, a partire dalla sentenza *Teckal*³, hanno trovato recente esplicitazione nel testo delle nuove Direttive in materia di appalti e concessioni e nel Nuovo codice dei contratti pubblici⁴ e che si estrinsecano nella titolarità pubblica del capitale sociale del soggetto affidatario, nello svolgimento dell'attività prevalente in favore dell'Ente affidante e nel c.d. *controllo analogo* dell'ente affidante sulla società di gestione affidataria del servizio.

Con specifico riguardo all'affidamento in modalità *in house* del servizio idrico integrato si fa presente che la versione vigente dell'art. 149-bis⁵ (*Affidamento del servizio*) del D. Lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 (*Norme in materia ambientale*) e successive modifiche ed integrazioni, al comma 1 conferma: "*L'ente di governo dell'ambito [...] 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. 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*".

Nel caso dell'affidamento diretto del servizio idrico integrato ad Abbanoa per l'ATO unico comprensivo di tutta la Regione Sardegna appare integrato il requisito della prevalenza dell'attività in favore dell'ente affidante, laddove lo Statuto di ABBANOIA prevede come oggetto sociale lo svolgimento del servizio "esclusivamente" nell'ambito territoriale ottimale unico della Sardegna (art. 3), nei confronti degli enti locali della Sardegna in esso ricompresi.

Un elemento di criticità, invece, emerge con riguardo alla titolarità pubblica del capitale sociale. Infatti, attualmente la maggioranza del capitale sociale di Abbanoa (oltre il 68%) è nelle mani della Regione Sardegna che non è né l'ente concedente, né il soggetto cui il servizio idrico viene fornito, né detiene competenze in materia di affidamento e/o gestione di tale servizio.

L'Autorità ritiene, sul punto, che il requisito della titolarità pubblica del capitale sociale della società affidataria del servizio, requisito necessario ma non sufficiente per la legittimità dell'affidamento secondo le modalità dell'*in house providing*, sia da interpretare nel senso che il capitale sociale della società di gestione possa essere detenuto soltanto dall'ente o dagli enti concedenti e non (anche) da altri soggetti, pur pubblici, che non hanno competenza relativamente all'affidamento del servizio in questione, come nel caso di specie la Regione Sardegna. Tale conclusione si giustifica nella misura in cui tra l'ente affidante e l'affidatario deve esserci un rapporto di immedesimazione stabile ed effettivo di natura strutturale e funzionale, più pervasivo rispetto al mero rispetto di obblighi contrattuali. In tal senso il Consiglio di Stato con sentenza del

³ Sentenza *Teckal*, Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98. Si vedano anche Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, *Stadt Halle*, Corte di Giustizia, 11 maggio 2006 *Parking Brixen*, Corte di Giustizia causa C-340/04, *società Carbotermo c. Comune di Busto Arsizio*, Corte di Giustizia, sez. II, 17 luglio 2008 causa C-371/05, Corte di Giustizia, 10 settembre 2009 causa C 573/07, *Sea S.r.l. c. Comune di Ponte Nossola, Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. S.p.A. ed altri*, Corte di giustizia, sez. III, 13 novembre 2008, n. 324, causa C-324/07 *Coditel Brabant SA*, Corte di Giustizia, CE, Grande Sezione, 9 giugno 2009, causa C-480/06.

⁴ D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 di "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

⁵ In vigore dal 1° gennaio 2015.

26 maggio 2015, n. 2660 ha affermato che: *“il soggetto in house, nonostante la formale distinta personalità giuridica, ha nella sostanza un rapporto di immedesimazione con l’Amministrazione affidante, essendo equiparabile ad un suo organo o ad un suo ufficio interno privo di sostanziale autonomia decisionale. Un rapporto, quindi, solo apparentemente intersoggettivo, ma, nella sostanza, equiparabile ad un rapporto interorganico. [...] rispetto al soggetto in house non è possibile neanche ravvisare una vera e propria fattispecie contrattuale, atteso che la nozione di contratto implica l’esistenza di una relazione intersoggettiva, implica cioè l’esistenza di almeno due soggetti che siano sostanzialmente distinti”*.

Al riguardo, si fa presente che ai sensi della Legge Regionale n. 4 del 4 febbraio 2015, recante *“Istituzione dell’Ente di governo dell’ambito della Sardegna e modifiche ed integrazioni alla legge regionale n. 19 del 2006, art. 15 (Principi di sussidiarietà, di differenziazione e di adeguatezza)*, la partecipazione della Regione Sardegna al capitale sociale di Abbanoa deve essere, in parte, ceduta ai Comuni sardi ma può essere mantenuta dalla Regione entro il limite massimo del 49% (*“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”*). Tale previsione, nel consentire la detenzione da parte della Regione Sardegna di quote del capitale sociale di Abbanoa, alla luce di quanto detto sopra, interferisce con l’affidamento diretto da parte di EGAS in modalità *in house* del servizio idrico integrato a tale società di gestione, in difetto di uno degli imprescindibili requisiti (titolarità pubblica del capitale sociale) che consentono l’affidamento diretto *in house*, solo in via eccezionale, in deroga al principio generale di affidamento del servizio tramite procedura competitiva.

Profili di criticità si riscontrano, poi, sempre in ragione della partecipazione di maggioranza della Regione Sardegna al capitale sociale di Abbanoa, anche con riguardo alla sussistenza del terzo requisito necessario per la legittimità dell’affidamento diretto in modalità *in house providing*: la sussistenza del *“controllo analogo”*.

Sul punto, si ricorda che, da ultimo, il Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 cit., all’art. 2, comma 1, lettera c), definisce il *“controllo analogo”* quale una: *“situazione in cui l’amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall’amministrazione partecipante”*.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha, nel tempo, chiarito e precisato i contorni del *“controllo analogo”*. Con sentenza del 2015⁶, il Consiglio di Stato ha esplicitamente affermato: *“la necessità che l’ente societario partecipato sia soggetto ad un controllo di stampo sostanzialmente organico, tale da rendere irrilevante l’alterità soggettiva con l’autorità pubblica partecipante. In virtù di un simile atteggiarsi dei rapporti, spetta, quindi, a quest’ultima nominare*

⁶ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 luglio 2015 n. 3716.

i vertici direttivi e di controllo, approvare gli indirizzi strategici ed i principali atti di gestione, svuotando conseguentemente l'autonomia decisionale dell'organo amministrativo invece riconosciuta dal codice civile alle società di capitali⁷.

Con riguardo al caso di cui ci si occupa, la materia dei rapporti fra l'Ente e il Gestore del servizio idrico è regolata tanto dalla Legge Regionale n. 4 del 2015, cit., quanto dalla preesistente "Convenzione di affidamento" già prevista dalla normativa nazionale di settore, nonché da alcuni disciplinari tecnici (su tutti la deliberazione del Commissario di EGAS n. 4 del 29 febbraio 2012 per l'approvazione del Regolamento per la disciplina del Controllo analogo) che stabiliscono i principi generali in materia di modalità di esercizio del controllo analogo⁸. Deve tuttavia osservarsi che, in questo quadro, non esistono specifiche disposizioni che garantiscano all'Ente affidante effettivi poteri di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo.

Detta circostanza, alla luce della partecipazione di maggioranza della Regione Sardegna al capitale sociale di Abbanoa, determina una situazione in cui l'ente affidante (EGAS), pur avendo astrattamente i poteri per effettuare un controllo pervasivo sull'attività svolta da Abbanoa, non dispone, di fatto, della possibilità di nominare persone di propria fiducia che gli garantiscano l'effettività di tale controllo.

L'Autorità ritiene che l'assenza dei poteri di nomina e revoca dei vertici direttivi e di controllo e, più in generale, la mancanza di un'effettiva partecipazione di EGAS alla gestione di Abbanoa impedisca di per sé la configurazione di un rapporto di "controllo analogo" ai sensi della disciplina dell'*in house providing*, alla luce dei principi sopra richiamati.

Infatti, una corretta modalità di attuazione del "controllo analogo" dovrebbe derivare dalla possibilità che gli amministratori, il direttore e i revisori dei conti della società di gestione siano nominati non già secondo la disciplina del diritto civilistico, quanto piuttosto dall'ente affidante "in house". Ciò è poi particolarmente vero in una situazione, come quella in esame, in cui l'ente

⁷ "(...) il controllo analogo è un controllo non di matrice civilistica, assimilabile al controllo esercitato da un maggioranza assembleare, bensì è un controllo di tipo amministrativo, paragonabile ad un controllo di tipo gerarchico. (...) I controlli devono essere al tempo stesso sugli organi, e quindi strutturali, e sugli atti, ovvero sulle azioni e sui comportamenti (cfr. già la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418): sugli organi nel senso che l'ente locale deve avere il potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo; sulla gestione nella misura in cui l'ente affidante, oltre al potere di direttiva e di indirizzo, deve avere anche il potere di autorizzare o di annullare quantomeno tutti gli atti più significativi della società (...)"

⁸ Ai fini che interessano è utile richiamare l'art. 151 del D. Lgs 3 aprile 2006, n. 152, rubricato "Rapporti tra ente di governo dell'ambito e soggetti gestori del servizio idrico integrato", che al comma 2, lettere h) e i), prevede tra l'altro: "A tal fine, le convenzioni tipo, con relativi disciplinari, devono prevedere in particolare: . . . li) le modalità di controllo del corretto esercizio del servizio e l'obbligo di predisporre un sistema tecnico adeguato a tal fine, come previsto dall'articolo 165; i) il dovere di prestare ogni collaborazione per l'organizzazione e l'attivazione dei sistemi di controllo integrativi che l'ente di governo dell'ambito ha facoltà di disporre durante tutto il periodo di affidamento;". La citata normativa regionale, a sua volta, dispone specificamente all'art. 2 commi 2 e 3, che: "2. 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. 3. 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". Infine, la richiamata Convenzione al co. 3 dell'art. 12 prevede che: "Il controllo analogo da parte dell'Autorità d'Ambito si estrinseca, in concreto: a) nell'approvare preventivamente gli atti fondamentali quali i documenti di programmazione, documenti contabili, il piano di sviluppo industriale e l'organigramma; b) nell'approvare preventivamente gli atti di amministrazione straordinaria rispetto all'oggetto sociale; c) nel verificare l'attuazione degli obiettivi strategici ed operativi assegnati, il raggiungimento degli standard temporali e qualitativi di processo (controllo di processo), l'andamento dei costi e dei ricavi (controllo di gestione)".

affidante, in ragione della quota di partecipazione al capitale sociale, non dispone altrimenti della maggioranza necessaria per garantirsi la possibilità di influire sulle nomine stesse.

In tali situazioni, che, come visto sopra, sono da ritenere patologiche, il potere di nomina dei vertici direttivi e di controllo dovrebbe, comunque, esistere a prescindere dalla percentuale di possesso delle quote di capitale della società affidataria da parte degli enti affidanti e, dunque, dalle maggioranze che tali enti possono esprimere nell'assemblea dei soci.

Tale necessità sarebbe destinata a venire meno nel caso in cui, mediante opportuna modifica della richiamata legge della Regione Sardegna n. 4 del 4 febbraio 2015, la Regione dismettesse totalmente la sua partecipazione nella società Abbanoa.

In conclusione, alla luce delle considerazioni suesposte, l'Autorità ritiene che, al fine di garantire la legittimità dell'affidamento del servizio idrico secondo la modalità di *in house providing* ad Abbanoa per l'ATO unico della Sardegna, sia necessario modificare l'art. 15 della legge regionale n. 4/2015 cit. nel senso di prevedere la cessione agli enti locali concedenti (i Comuni della Sardegna, rappresentati in EGAS) della totalità delle quote di partecipazione azionaria della Regione Sardegna nel capitale sociale di Abbanoa, e dotare, comunque, fin da subito, l'ente affidante (EGAS) di strumenti di controllo effettivo nei confronti della società di gestione, tra cui la possibilità di nominare i vertici direttivi e di controllo, in mancanza dei quali appare dubbia la sussistenza del requisito del "*controllo analogo*". Entrambi tali interventi costituiscono presupposti indefettibili di regolarità della scelta di affidamento diretto, secondo il modello dell'*in house providing*, piuttosto che secondo quello dell'affidamento con gara.

L'Autorità invita codeste amministrazioni a comunicare entro 45 giorni le iniziative che intenderanno intraprendere per assicurare le corrette dinamiche concorrenziali alla luce di quanto rappresentato.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento della presente segnalazione, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella
