



RELAZIONE SULL'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

ex art. 34 comma 20 del D.L. n° 179/2012

convertito con modifiche con L. n° 221/2012

Ufficio d'ambito della Provincia di Monza e Brianza

Approvato con
Delibera del Consiglio di Amministrazione n° 28 del 27/12/2013

**Ufficio d'Ambito
Territoriale Ottimale**
Azienda speciale

Sede istituzionale
via T. Grossi, 9
20900 Monza

Sede Ufficio
via Bonaparte, 2
20812 Limbiate

www.provincia.mb.it/ambiente
e-mail: ato.mb@provincia.mb.it
pec: ato-mb@cgn.legalmail.it



INDICE

PREMESSA	2
1- QUADRO LEGISLATIVO - EVOLUZIONE STORICA	4
2. CONTESTO DI RIFERIMENTO	16
3. MODELLO DI GESTIONE	19

PREMESSA

Recentemente, l'articolo 34, comma 20, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella L. n. 221/2012, ha disposto che *“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 viene 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 prescelto e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”*.

Con la presente relazione, al fine di ottemperare a quanto disposto dalla norma sopra citata, si intende illustrare il percorso che ha portato all'affidamento del servizio idrico integrato da parte dell'Autorità d'Ambito della Provincia di Monza-Brianza alla società Brianzacque S.r.l., secondo il modello c.d. *in house*.

La scelta di affidare la gestione del servizio idrico integrato a una società interamente pubblica è il frutto di un travagliato procedimento valutativo, sotto l'aspetto tecnico-economico, all'esito del quale la gestione *in house* è stata ritenuta dalla Conferenza dei Sindaci della Provincia di Monza e Brianza l'unica forma in grado di assicurare livelli di efficacia ed efficienza del servizio idonei ed elevati.

In passato, come è noto, il legislatore, introducendo l'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, aveva ritenuto l'affidamento *in house* quale modello “eccezionale” rispetto alla ordinaria procedura di gara. A seguito del referendum abrogativo del 2011 e di importanti decisioni della Corte Costituzionale, l'ordinamento italiano presenta in materia di servizi pubblici locali un vuoto legislativo, che è colmato esclusivamente dalla legislazione e, soprattutto, dalla giurisprudenza comunitaria, la quale parifica il modello *in house* con i modelli dell'affidamento mediante gara a operatore privato e dell'affidamento a società “mista” (per un approfondimento dell'evoluzione legislativa in materia di servizi pubblici si rimanda alla parte successiva della relazione).

Corre l'obbligo di sottolineare, a sostegno di quanto fin qui affermato, che anche il Consiglio di Stato (Sez. VI, sent. 11 febbraio 2013, n. 762) ha statuito che, a seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis, D.L. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, D.L. n. 138/2011, «è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica», ritenendo che «la scelta dell'ente locale sulla modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare la opzione tra modello in house e ricorso al mercato, debba basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire:

- valutazione comparativa di tutti gli interesse pubblici e privati coinvolti;
- individuazione del modello più efficiente ed economico,
- adeguata istruttoria e motivazione».

Finalità ultima del presente elaborato è proprio quella di motivare esaurientemente le scelte effettuate dall'ATO MB, fornendo le adeguate argomentazioni sul rispetto dei parametri indicati nella giurisprudenza amministrativa comunitaria e nazionale, allo scopo di concludere per la conformità dell'affidamento a Brianzacque s.rl. al modello di gestione in house.

1- QUADRO LEGISLATIVO - EVOLUZIONE STORICA

1.1.- L'art. 113 del Testo Unico sugli Enti Locali

Il d.lgs. n. 267/2000, T.U.E.L., conteneva nella parte prima il titolo V dal titolo “*Servizi e interventi pubblici locali*”. Si trattava degli artt. da 112 a 123.

Le norme hanno subito svariate modifiche e anche abrogazioni per effetto della L. 28 dicembre 2001, n. 448, del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 novembre 2003, n. 326, della L. 15 dicembre 2004, n. 308, del D.L. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 248/2006, e poi, dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 133/2008, e del D.P.R. n. 168/2010.

La filosofia alla base delle norme di cui al d.lgs. n. 267/2000 era:

a) la fissazione di una diversa disciplina per i servizi pubblici locali di rilevanza economica¹ e privi di rilevanza economica (rispettivamente artt. 113, nel rispetto della tutela della concorrenza, e 113-bis);

¹ La rilevanza economica va intesa come possibilità (valutabile anche in concreto e non solo in astratto) che dalla gestione del servizio si ricavi un profitto e come contendibilità sul mercato del servizio. La giurisprudenza adotta un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali l'effettiva struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio (Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488).

In ambito europeo non viene utilizzata l'espressione “servizio pubblico locale di rilevanza economica”, ma solo quella di “servizio di interesse economico generale” (SIEG), rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del TFUE. Detti articoli non fissano le condizioni di uso di tale ultima espressione, ma, in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia) e dalla Commissione europea (in specie, nelle comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003), emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica hanno “contenuto omologo”.

b) con riguardo ai servizi pubblici locali di rilevanza economica:

b.a) l'esclusione dei settori dell'energia elettrica, del gas e del trasporto pubblico locale, per i quali rimangono ferme le discipline di settore;

b.b) l'equiordinazione tra le tre modalità di affidamento della gestione dei servizi: evidenza pubblica, *in house*, società mista a condizione che il socio privato venga scelto previa gara;

b.c) la previsione, per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, delle modalità di gestione dell'affidamento diretto a istituzioni, aziende speciali, società *in house* e in economia.

L'art. 113-bis è stato poi dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 272/2004 a causa della mancanza di competenza legislativa dello Stato nella materia dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

1.2.- La disciplina prevista dall'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008

L'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008, che ha disposto l'abrogazione dell'art. 113 del T.U.E.L. nelle «parti incompatibili», era nata dalla necessità di delineare una nuova disciplina organica del settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica al fine garantire una più adeguata applicazione della normativa comunitaria e soprattutto assicurare il rispetto dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi da parte di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale. Finalità ulteriore era quella di garantire il diritto di tutti gli utenti all'universalità e accessibilità dei servizi pubblici locali e al livello essenziale delle prestazioni.

La novella doveva soprattutto rispondere all'esigenza - più volte affermata in sede europea e nell'ambito delle istituzioni più sensibili alle problematiche della concorrenza - di sancire fortemente il principio dell'evidenza pubblica

Il che è stato espressamente riconosciuto dalla Corte Costituzionale con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272

nell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per ricondurre gli stessi al mercato limitando i casi di affidamento diretto senza gara.

Quanto all'ambito di operatività della riforma, deve osservarsi che, ai sensi del comma 1 del predetto art. 23-bis, le relative disposizioni si applicavano a tutti i servizi pubblici locali, superando le relative discipline di settore eventualmente incompatibili, salvo poi subire un ridimensionamento a seguito della successiva esclusione di taluni settori dall'ambito applicativo della norma.

L'art. 23-bis prevedeva tre modalità procedurali: le prime due definite «ordinarie», in quanto postulavano il ricorso a procedure di evidenza pubblica (comma 2); la terza modalità, in deroga a quelle ordinarie, prevedeva invece la possibilità di un conferimento diretto (secondo il modello dell'affidamento “*in house*”).

Ai sensi del comma 3, tale forma l'affidamento in house, in deroga alla disciplina ordinaria, era esperibile solo in «*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, che non avesse permesso un efficace e utile ricorso al mercato*». Dunque, l'affidamento poteva avvenire «*a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale*» che presentasse «*i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta “in house” e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*». Si prevedeva altresì che, nei casi di affidamento diretto, l'ente affidante fosse tenuto a dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola e verificandola, e, in caso di affidamenti di valore economico superiore a determinate soglie, dovesse altresì trasmettere una relazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per l'espressione di un parere preventivo (cfr. art. 23-bis, commi 3 e 4, D.L. 112/2008). Ciò aveva indotto, peraltro, la stessa AGCM a diramare un'apposita comunicazione per indirizzare gli enti locali nell'affidamento in house dei servizi pubblici di rilevanza economica.

In sostanza, il legislatore ha dettato «*una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario*» (Sent. Corte Cost. 325/2010) esigendo, oltre le condizioni integranti la gestione *in house*, alle quali è subordinata la possibilità dell'affidamento diretto del servizio (capitale totalmente pubblico;

controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante)², così come previste dalla normativa comunitaria e dai principi giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'U.E.³, il concorso delle ulteriori condizioni indicate in precedenza (commi 3-4). Nonostante «*siffatte ulteriori condizioni*», così si è espressa la Corte Costituzionale nella sentenza n. 325/2010, «*si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione in house del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica*», al legislatore italiano «*non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali - come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici - di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario*».

Con il D.P.R. n. 168/2010 è stato emanato il *Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*, attuativo dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n.133.

1.3.- L'abrogazione della disciplina dell'art. 23-bis mediante referendum abrogativo

La disciplina delineata è stata abrogata all'esito del referendum del 13 giugno 2011, con il D.P.R. 113/2011. Nell'ambito di uno dei due quesiti comunemente riferibili al concetto di *acqua bene comune*, figurava una proposta di integrale caducazione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008. A riguardo è sufficiente esaminare la statuizione della Corte Costituzionale n. 24 del 12-26 gennaio 2011, con cui la Consulta ha

² L'ordinamento comunitario riconosce e tutela il diritto degli enti locali all'autoproduzione dei servizi pubblici mediante società partecipate in toto, sulle quali essi stessi esercitino il cosiddetto "controllo analogo", a patto che le predette società svolgano in prevalenza la propria attività verso l'ente proprietario.

³ La prima definizione giurisprudenziale della figura è stata fornita nella decisione della causa C-107/98, Teckal.

dichiarato ammissibile la relativa richiesta di referendum popolare: «*oggetto dell'abrogazione ... è, infatti, l'intero art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008*»; l'intento referendario era orientato, dunque, a «*escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)*». Attraverso lo strumento del referendum abrogativo la volontà popolare si è espressa nel senso della demolizione dell'intera disciplina vigente in materia di affidamento di servizi pubblici locali.

A seguito del referendum del 13 giugno 2011 si determinava una situazione di sostanziale incertezza in merito alle modalità per far fronte all'affidamento dei servizi pubblici locali, dal momento che con la caducazione dell'art. 23-bis, si doveva ritenere abrogato anche il Regolamento di attuazione, D.P.R. n. 168/2010, determinando un enorme vuoto normativo in materia di affidamento dei SPL, aggravato dal fatto che dall'abrogazione dell'art. 23-bis cit. non potesse conseguire una reviviscenza delle disposizioni precedenti a tale norma, in particolare dell'art. 113, D.Lgs. 267/2000, che peraltro risulta attualmente vigente per alcuni specifici commi.

La Consulta, nella sentenza con la quale aveva ammesso i quesiti referendari, aveva rilevato che, a seguito di un'eventuale abrogazione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008, avrebbe potuto trovare «*applicazione immediata nell'ordinamento italiano la normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica*». Quindi, stando alle indicazioni della Corte Costituzionale, nell'attesa di un intervento legislativo volto a ripristinare una disciplina organica della materia dei servizi pubblici, il vuoto normativo avrebbe dovuto essere colmato ricorrendo all'applicazione dei principi, generali e giurisprudenziali, e delle norme comunitarie (in particolare l'art. 106 comma 2 del T.F.U.E), certamente molto meno vincolanti per la P.A. rispetto al regime dettato dal censurato art. 23-bis del D.L. 112/2008.

1.4.- L'introduzione dell'art. 4 del D.L. 138/2011 e la successiva declaratoria di incostituzionalità

A breve distanza di tempo dalla pubblicazione in G.U. del decreto dichiarativo dell'abrogazione dell'art. 23-bis, il legislatore è nuovamente intervenuto in materia di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica con l'art. 4 del D.L. n. 138/2011, convertito in L. n. 148/2011 nel tentativo di colmare il vuoto normativo che si era venuto a creare dopo il referendum.

Lo stesso art. 4 ha poi subito significative modifiche ad opera dell'art. 9, L. n. 183/2011 ("Legge di Stabilità 2012") e ad opera dell'art. 25, D.L. n. 1/2012, c.d. "Cresci Italia"⁴.

Questa nuova norma, seppur rubricata "*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'unione europea*", ha sostanzialmente riprodotto la disciplina abrogata, essendo caratterizzata dalla medesima *ratio* e reintroducendo una riduzione dell'ambito applicativo della modalità di affidamento *in house*. È vero, altresì, che al comma 34 si esclude l'applicabilità del disposto dell'art. 4 al servizio idrico integrato, evitando così, almeno in apparenza, un possibile contrasto con l'esito referendario. L'esclusione, però, era fondata su un'interpretazione restrittiva degli esiti del referendum, basata sull'errata idea che il referendum avesse avuto ad oggetto solo l'obbligatorietà della gestione del servizio idrico integrato e non la disciplina generale di tutti i servizi pubblici locali, di cui all'art. 23-bis.

L'art. 4 del D.L. n. 138/2011 e s.m.i. è stato dichiarato incostituzionale con la sentenza n. 199 del 20 luglio 2012. La Corte Costituzionale ha ritenuto che tale norma violasse il divieto di ripristino della disciplina abrogata dalla volontà popolare

⁴ Tale decreto ha inserito nell'articolato del D.L. 138/2011 l'art. 3-bis con cui si è tentato di accelerare la costituzione di Ambiti Territoriali Ottimali di dimensioni adeguate per un'organizzazione più efficiente dei servizi, assegnando alle Regioni il termine del 30 giugno 2012 per delimitare gli ambiti o i bacini territoriali ottimali ed omogenei nei cui limiti organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali. È stato previsto altresì un potere sostitutivo da parte del Consiglio dei Ministri in caso di inerzia delle Regioni.

desumibile dall'art. 75 Cost., rilevando che la normativa all'esame introducesse una nuova disciplina della materia, *«senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti»*, in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo.

Nel merito, la Consulta ha rilevato che la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica *«non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel D.P.R. n. 168 del 2010»*.

«Tenuto, poi, conto del fatto», ha proseguito la Corte, *«che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava “pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica” (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23-bis, non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza che la norma oggi all'esame costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011»*.

A seguito di tale pronuncia, si è tornati alla situazione determinata dopo il D.P.R. n. 113/2011 che ha dichiarato l'abrogazione dell'art. 23-bis.

Di conseguenza, non solo per il servizio idrico integrato (e per gli altri servizi pubblici già esclusi dall'applicazione dell'art. 4, D.L. n. 138/2011), ma anche per l'affidamento di tutti gli altri servizi pubblici di rilevanza economica tornano ad applicarsi esclusivamente la normativa e i principi giurisprudenziali comunitari relativi alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica, oltre alle varie normative nazionali di settore⁵.

⁵ La sentenza non ha colpito altre disposizioni della disciplina di regolazione dei servizi pubblici ed ha mantenuto, di fatto, in vigore l'art. 3-bis del D.L. n. 138/2011.

Per effetto tale abrogazione, la forma di gestione in house non può essere considerata eccezionale, rispetto all'affidamento mediante gara o all'affidamento a una società mista.

1.5 Il modello di gestione mediante società in house

L'espressione *in house providing* (usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) identifica il fenomeno di autoproduzione di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione. L'autoproduzione consiste nell'acquistare un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a terzi tramite gara (così detta esternalizzazione o *outsourcing*) e dunque al mercato.

In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante⁶, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti.

Talune pronunce del giudice amministrativo hanno precisato quali possono essere gli accorgimenti statutari o i possibili vincoli negoziali necessari per poter configurare un rapporto "*in house*", sviluppando in particolare il profilo relativo al "controllo analogo".

Il Consiglio di Stato (sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456 e Adunanza Plenaria n. 1/2008), ha innanzitutto ribadito, in via generale, i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale:

⁶ In proposito, si veda da ultimo: corte di Cassazione SS.UU. 25 novembre 2013, n. 26283, in tema di giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*.

- l'ente pubblico deve poter esercitare poteri di controllo e direzione maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;
- l'impresa non deve aver *“acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo”* da parte dell'ente pubblico (tale vocazione risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero);
- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante;
- il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati.

Quanto all'attività prevalente, la giurisprudenza comunitaria ritiene che i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende, non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi a una società per azioni a capitale interamente pubblico, qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e *“questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano”*.

Il giudice comunitario ha chiarito che la condizione che il soggetto di cui trattasi realizzi la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono è finalizzata, in particolare, a garantire che la disciplina comunitaria a tutela della concorrenza continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese.

Secondo il giudice comunitario (Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340), infatti, *“un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori. È inoltre necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione. Entro tali limiti, risulta giustificato che l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli*

obblighi della direttiva 93/36, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere".

Nel precisare il principio, la Corte ha stabilito che "occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni".

Infine, nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene "si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività".

Più di recente la Corte di giustizia Ue (sez. III, 10 settembre 2009, n. 573) ha confermato che il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di fornire servizi ad operatori economici privati non impedisce che l'obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici. Pertanto, l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono. Secondo la Corte "Tale conclusione è confermata dal fatto che la seconda condizione posta al punto 50 della citata sentenza Teckal, in base alla quale la società aggiudicataria deve svolgere la parte più importante della sua attività con gli enti locali che la controllano, consente che questa società eserciti un'attività avente un carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti (v., in tal senso, citata sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 63). Tale condizione sarebbe priva di oggetto se la prima condizione di cui al punto 50 della citata sentenza Teckal fosse interpretata nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato".

Alla giurisprudenza comunitaria si è adeguato anche il giudice nazionale.

La Corte costituzionale con sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439 ha precisato che l'effettuazione di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa "attiva sul mercato", con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione. In altri termini, una lettura non rigorosa della espressione "*parte più importante della sua attività*" inciderebbe sulla stessa nozione di soggetto *in house* alterandone il dato strutturale che lo identifica come una mera "articolazione interna" dell'ente stesso. Una consistente attività "esterna" determinerebbe, infatti, una deviazione dal rigoroso modello delineato dai giudici europei, con la conseguenza, da un lato, che verrebbe falsato il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi derivanti dall'essere il soggetto affidatario parte della struttura organizzativa dell'amministrazione locale; dall'altro, che sarebbero eluse le procedure competitive di scelta del contraente, che devono essere osservate in presenza di un soggetto terzo (quale deve ritenersi quello che esplica rilevante attività esterna) rispetto all'amministrazione conferente (v. Corte cost., n. 439/2008, cit.).

Numerose altre pronunce del giudice amministrativo hanno recepito l'orientamento comunitario, anche se non mancano difficoltà applicative in concreto, atteso che si tratta di nozioni che rientrano nella categoria dei concetti giuridici indeterminati (attività "prevalente", "più importante", "quasi esclusiva", "marginale") la cui applicazione comporta fisiologicamente un margine di incertezza.

Controllo analogo e attività prevalente sono dunque i criteri concreti atti a disegnare il perimetro dell'autoproduzione amministrativa.

In presenza di tali presupposti (totale partecipazione pubblica, controllo analogo e attività prevalente in favore degli enti soci), la giurisprudenza comunitaria ritiene che l'amministrazione possa procedere all'affidamento diretto a favore dell'operatore controllato senza ricorrere alla gara. Ciò secondo un principio di tendenziale libertà che non imporrebbe all'amministrazione neppure di motivare sulle ragioni per cui non si è scelto *l'outsourcing* a favore di imprese private. Per il diritto comunitario l'autoproduzione e l'*outsourcing* hanno la medesima dignità e non è richiesto all'Amministrazione di motivare l'indispensabilità del ricorso alla prima.

Rispetto ai principi comunitari, l'ordinamento nazionale - inteso nel suo formante giurisprudenziale e normativo - ha inizialmente optato per una soluzione più "liberistica" rendendo sotto diversi profili più restrittivo il ricorso al modello *in house*.

Come riportato nel punto che precede, per effetto del referendum popolare del 2011, l'irrigidimento in senso più liberistico deve considerarsi superato e, in ossequio al diritto comunitario, è stata affermata l'equiordinazione tra le tre modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali.

Allo stato, dunque, si deve ritenere che -in presenza dei più volte richiamati presupposti- l'amministrazione possa far ricorso al modello di gestione *in house*, qualora lo ritenga il modello più efficiente in relazione alle condizioni di un determinato settore.

2. CONTESTO DI RIFERIMENTO

2.1. La situazione del servizio idrico in Lombardia

A seguito della sentenza n. 307/2009 della Corte Costituzionale (che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il sistema lombardo che prevedeva la necessaria separazione tra società di gestione della rete e società di erogazione del servizio) e in previsione dell'annunciata soppressione delle Autorità d'Ambito (cfr. decreto legge n. 2/2010 per la modifica della legge n. 191/2009, e s.m.i.), la Regione Lombardia ha emanato la legge n. 21/2010, modificando soprattutto gli artt. 48 e 49 della legge regionale n. 26/2003 (legge regionale sui servizi locali di interesse economico generale).

Proprio per la duplice finalità sopra evidenziata, la nuova normativa regionale lombarda si caratterizza sotto due profili:

- attribuzione delle funzioni delle Autorità d'Ambito alle province, ad eccezione della città di Milano;
- gestione del servizio idrico intesa come gestione della rete ed erogazione del servizio.

Le Autorità d'Ambito sono sostituite con l'Ufficio d'Ambito, costituito in forma di azienda speciale e, come tale, dotata di personalità giuridica e di autonomia organizzativa (cfr. articolo 114 del D.Lgs. n. 267/2000).

Nell'attività di ciascun Ufficio d'Ambito è previsto un ruolo consultivo - talvolta vincolante - della Conferenza dei Comuni.

Ente responsabile dell'ATO è la Provincia.

Per la gestione del servizio si opera un richiamo all'art. 23-bis D.L. 112/2008 (ora abrogato), ammettendo la possibilità per gli enti locali di costituire una società patrimoniale, unica per ciascun ATO, proprietaria delle reti e degli impianti.

La novella regionale ha successivamente subito un intervento modificatore ad opera dei giudizi costituzionali.

Con sentenza n. 320 del 25 novembre 2011, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme della legge Regione Lombardia n. 26/2003

che prevedono la possibilità per gli enti locali di costituire una società patrimoniale d'ambito alla quale conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali del servizio idrico integrato.

A seguito della pronuncia sopra citata, non solo non possono essere costituite nuove società patrimoniali, ma si deve ritenere che forti dubbi di legittimità investano le società patrimoniali esistenti, soprattutto qualora esse annoverino nel loro patrimonio beni demaniali (acquedotti, fognature, impianti di depurazione e altre infrastrutture idriche).

2.2. La situazione del servizio idrico nella Provincia di Monza e della Brianza

La Provincia di Monza e della Brianza, costituita con L. n. 146/2004, è stata funzionalmente istituita a partire dal 2009.

Prima dell'istituzione della nuova Provincia, i comuni del territorio brianzolo erano compresi nell'ambito territoriale ottimale del servizio idrico integrato della Provincia di Milano.

Alla data del 2009, la situazione del servizio idrico integrato per il territorio della Provincia di Monza e della Brianza risultava caratterizzata dalla presenza di una pluralità di operatori, e taluni di essi svolgevano attività per comuni compresi nel territorio delle due province.

Il difficile processo di separazione amministrativa e gestionale dei due ambiti territoriali ha subito un evidente rallentamento a causa delle incertezze normative, se si considera che la sopra delineata evoluzione della legislazione regionale ha coinciso proprio con il periodo di prima operatività della neo istituita Provincia di Monza e della Brianza e se si considera anche la notevole incertezza vigente, all'epoca, nella normativa nazionale dei servizi pubblici locali.

La già citata legge regionale n. 26/2003 prevede, all'articolo 49, che il servizio idrico venga affidato ad un unico soggetto (gestore della rete ed erogatore del servizio) per ciascun ATO, per un periodo non superiore a venti anni.

Il comma 8 dell'articolo 49 stabilisce che l'affidamento al gestore unico avvenga entro il 31 dicembre 2011.

Al fine di osservare le sopra citate previsioni, nel corso del 2011, gli uffici provinciali hanno svolto una valutazione della situazione del servizio idrico integrato nella Provincia di Monza e Brianza, arrivando a concludere che esso è caratterizzato principalmente (esistevano isolati casi di gestione diretta) dalla presenza di numerosi soggetti pubblici organizzati in forma societaria che, a vario titolo (gestore o patrimoniale) e sotto varie forme, si occupavano della gestione di porzioni del servizio.

Dall'esame della situazione, si sono rilevati i seguenti aspetti problematici:

- alcune società operavano sia sul territorio della Provincia di Monza e della Brianza, sia sul territorio della Provincia di Milano;
- alcune società facevano riferimento a porzioni molto limitate del territorio provinciale;
- molte società si caratterizzavano come “patrimoniali” (e, come tali, risultavano soggette a quanto stabilito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 320/2011).

Al fine di garantire la continuità di erogazione del servizio, con delibera n. 85 del 25 maggio 2011, la Giunta Provinciale ha affidato a Brianzacque, fino al 31 dicembre 2011, la gestione del servizio idrico.

In data 7 luglio 2011, è stata costituita l'azienda speciale della Provincia di Monza e della Brianza, denominata “Ufficio d'Ambito Territoriale ottimale della Provincia di Monza e della Brianza - acronimo ATO MB”

A seguito dell'esito dei referendum tenutisi nella primavera 2011, ATO-MB ha esaminato la situazione, valutando positivamente la possibilità di affidare *in house* la gestione del servizio idrico integrato.

3. MODELLO DI GESTIONE

3.1. La scelta di affidamento a Brianzacque e gli atti di affidamento

Una volta operata la scelta politico-amministrativa di affidare il servizio idrico integrato a una società *in house*, si poteva ipotizzare la costituzione di una nuova società (c.d. *newco*).

Ragioni di opportunità (tempi e costi di costituzione) e di legittimità (possibile applicazione del divieto di costituire nuove società per gli enti locali) hanno reso evidente che la soluzione *newco* non poteva ritenersi praticabile.

Considerata la situazione esistente, è stato valutato se taluno dei soggetti operanti nel territorio potesse costituire il destinatario dell'affidamento, escludendo le società patrimoniali per i già accennati problemi relativi alla pronuncia della Corte Costituzionale.

Brianzacque è risultata essere operativa sulla quasi totalità del territorio provinciale e non essere una società patrimoniale.

Si è, quindi, optato per l'affidamento a detta società, sottoponendo tale affidamento a condizione che questa - entro il 31 dicembre 2012 - assumesse tutte le caratteristiche di una società *in house*.

L'affidamento è stato disposto con verbale del C.d.A. dell'ATO-MB del 22 dicembre 2011, che richiama integralmente il parere vincolante della Conferenza dei Comuni della Brianza n. 1 del 22 dicembre 2011.

La scelta di un affidamento sottoposto a condizione risolutiva è parsa preferibile, per assicurare la continuità del servizio e un certo grado di certezza nello sviluppo degli investimenti.

La continuità del servizio avrebbe potuto essere altrimenti garantita solo attraverso una proroga del servizio a Brianzacque, ma tale soluzione non avrebbe consentito il rispetto del termine per l'affidamento (31 dicembre 2011) previsto dalla vigente legge regionale.

Successivamente, con atto n. 4 del 27 dicembre 2012, il C.d.A. dell'ATO-MB, su parere vincolante della Conferenza dei Comuni della Provincia di Monza e Brianza n. 4 di pari data, ha deliberato di confermare l'affidamento del servizio idrico integrato

ad un unico soggetto, individuato in Brianzacque S.r.l. e prorogare di ulteriori sei mesi, fino al 30 giugno 2013, la scadenza ultima per la definizione della ristrutturazione dell'assetto societario della suddetta al fine della sua configurazione finale in società *in house*, a prosecuzione del percorso indicato nella Conferenza dei Comuni con delibera n. 1 del 22 dicembre 2011.

Con la delibera n. 1 del 26 giugno 2013, la Conferenza dei Comuni ha preso atto dei «*passaggi fondamentali*» mediante i quali Brianzacque S.r.l. ha raggiunto l'assetto del modello *in house*.

Il particolare, la società ha provveduto alla «*vendita dell'unica quota detenuta da un soggetto privato al Comune di Monza, il quale è diventato socio diretto di Brianzacque S.r.l.*», e ha modificato lo statuto, che adesso prevede:

- a) l'attività di gestione del servizio idrico integrato è svolta prevalentemente a favore dei soci;
- b) i soci possono essere solo enti pubblici;
- c) è istituito un comitato tecnico per il controllo analogo.

Con la stessa delibera la Conferenza dei Comuni ha confermato l'affidamento del servizio idrico integrato a Brianzacque S.r.l..

3.2. Le caratteristiche di Brianzacque come società affidataria del servizio idrico integrato

Brianzacque costituisce una società “*monutility*”, operante cioè, esclusivamente nel servizio idrico integrato; al riguardo, l'art. 3 dello statuto prevede infatti, che l'oggetto sociale sia rappresentato dalla gestione del servizio idrico integrato e che a tale attività possa aggiungersi esclusivamente quanto ad essa connesso o strumentale.

Sin dalla sua costituzione, Brianzacque ha operato nel servizio idrico attraverso l'aggregazione e successiva valorizzazione dei rami d'azienda idrici detenuti dalle società che hanno partecipato alla sua costituzione e al successivo conferimento dei

rami d'azienda; in particolare, hanno conferito i rispettivi rami d'azienda AEB-Gelsia, ALSI, ASML, GSD, IDRA, SIB.

Oltre ad unificare i rami d'azienda precedentemente separati tra varie società, Brianzacque ha proceduto al progressivo ampliamento territoriale della propria attività, in particolare attraverso il subentro nelle gestioni in economia, relative agli enti locali non gestiti dalle società conferenti. A tale modalità principale di estensione della propria attività, si è aggiunta inoltre, nel corso del 2012, l'acquisizione del ramo d'azienda di distribuzione idrica nel comune di Arcore, detenuto da una società mista pubblico-privata, rappresentata da Metano Arcore, società partecipata al 50% dal Comune di Arcore e per la restante quota da Snam Rete Gas.

Tali operazioni hanno permesso non solo di estendere il servizio erogato, ma anche di valorizzare le risorse impiegate, estendendone il raggio di operatività.

Un'ulteriore modalità di ampliamento dell'attività svolta da Brianzacque si è avviata inoltre, tra la seconda metà del 2011 e l'intero 2012, ed è consistita nel progressivo svolgimento delle attività di "gestione delle reti" in precedenza svolte dai soggetti soci di Brianzacque.

Questo ampliamento prende le mosse e si ricollega alla profonda modifica dell'assetto giuridico del settore idrico in Regione Lombardia, successivo alla Sentenza della Corte Costituzionale n. 307/2009. In precedenza, infatti, la L.R. n. 26/2003 prevedeva la separazione tra le attività di "gestione delle reti" (rappresentate in sintesi dai nuovi investimenti e dalle manutenzioni straordinarie) e quelle di "erogazione del servizio" (riconducibili alle attività prossime all'utente, quali la lettura, bollettazione, ecc. e le manutenzioni ordinarie). A seguito della sentenza di incostituzionalità di tale norma, il servizio idrico in Regione Lombardia ha visto quindi la progressiva riunificazione delle attività in precedenza separate. Dal punto di vista di Brianzacque e della provincia di Monza e della Brianza, ciò ha comportato il trasferimento in Brianzacque del personale operante nei soggetti soci precedentemente citati (con l'eccezione di ALSI) e il conseguente svolgimento delle attività di investimento richieste dal servizio idrico medesimo. Nel corso degli anni, quindi, Brianzacque ha mantenuto la propria originaria focalizzazione sul servizio idrico ma ha progressivamente aumentato le attività svolte ed il territorio servito.

Una ulteriore evoluzione sul piano operativo è peraltro imminente e necessaria per Brianzacque e troverà attuazione nel corso del 2014; si fa riferimento, in particolare, al trasferimento del ramo d'azienda operante nel territorio della Provincia di Milano, conseguente all'iniziale conferimento effettuato da Idra, società partecipata sia da comuni della Provincia di Milano, sia da quelli di Monza e Brianza. Ad oggi, quindi, l'operatività in questi comuni è legata alla partecipazione indiretta detenuta dagli stessi comuni in Brianzacque, pur essendo quest'ultima il soggetto affidatario del servizio in Provincia di Monza e Brianza.

In particolare, Brianzacque eroga il servizio di acquedotto in 3 comuni della provincia di Milano, il servizio di fognatura in 21 comuni e l'attività di depurazione in 24 comuni, attraverso gli impianti di Cassano d'Adda e Truccazzano.

Nel corso del 2014, come detto, tale situazione 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.

Con riguardo alla normativa regionale, la necessità di ottemperare all'obbligo normativo di un solo gestore su base provinciale determinerà per Brianzacque il duplice effetto di eliminare l'attività svolta fuori provincia di Monza e Brianza, svolta in particolare in provincia di Milano, e di aumentare l'operatività in quella di Monza e Brianza, attraverso l'acquisizione delle gestioni oggi svolte da altri soggetti idrici. Tale obiettivo sarà raggiunto, in gran parte, attraverso l'attuazione di un accordo con il gruppo CAP (CAP Holding e Amiacque) che è caratterizzato da una posizione speculare a quella di Brianzacque, essendo soggetto affidatario della provincia di Milano e operando anche in quella di Monza e Brianza. In sostanza, nel corso del 2014 si trasferiranno i rami d'azienda di Brianzacque e CAP relativi al territorio provinciale in cui non sono affidatari, pervenendo così ad un risultato pienamente conforme a quello richiesto dalla normativa regionale in materia.

Al riguardo, va segnalato che nel corso del 2013 è stata stipulata una lettera di intenti tra Brianzacque e CAP volta ad individuare le linee guida del successivo

trasferimento dei rami d'azienda di gestione del servizio e, di conseguenza, a disciplinarne l'attuazione; va segnalato infatti, che ad esito del processo di trasferimento delle gestioni, alcuni comuni della provincia di Monza e Brianza recapiteranno i loro scarichi civili ed industriali presso impianti di depurazione di Cassano d'Adda e Truccazzano.

L'obiettivo di trasferire le gestioni si rende necessario, inoltre, anche per effetto delle scelte operate in merito al progressivo trasferimento delle quote di partecipazione in Brianzacque direttamente agli enti locali.

In particolare, va segnalato che per consentire tale risultato è stata definita e approvata una operazione di scissione di Idra, con la quale si otterrà contemporaneamente il duplice obiettivo di:

- trasferire la proprietà di Brianzacque direttamente agli enti locali della Provincia di Monza e della Brianza oggi soci di Idra e quindi, soci indiretti di Brianzacque;
- attribuire le proprietà delle reti e degli impianti del servizio idrico direttamente ai soggetti gestori affidatari nelle rispettive province, quale operazione propedeutica al successivo trasferimento delle gestioni tra Brianzacque e CAP.

A seguito della scissione di Idra, pertanto, i comuni milanesi della stessa, sul cui territorio Brianzacque eroga il servizio, non risulterebbero più soci di Brianzacque, sebbene indiretti come nell'attuale contesto. Per tale ragione, l'operazione di scissione di Idra sarà seguita, nel corso dello stesso anno 2014, dal trasferimento dei rami d'azienda di gestione del servizio, in modo da conservare l'assoluta identità, da sempre esistente, tra comuni soci di Brianzacque e enti locali sul cui territorio Brianzacque eroga il servizio.

Oltre all'operazione descritta, l'integrale copertura del territorio della provincia di Monza e Brianza sarà ottenuta a seguito della definizione di accordi con gli altri due soggetti gestori presenti, rappresentati da una società mista e da un operatore privato; in entrambi i casi, gli operatori coinvolti hanno espresso il loro interesse alla cessione del ramo d'azienda (e Brianzacque quello al relativo acquisto), per cui è prevedibile la finalizzazione delle operazioni nel corso del 2014. In tali casi, i comuni interessati dalle operazioni sono o saranno già soci diretti di Brianzacque a seguito di

operazioni realizzate o in corso di realizzazione, con esplicito riferimento all'operazione di fusione per incorporazione in Brianzacque di ALSI, alla quale fanno riferimento 28 enti locali della Provincia di Monza e della Brianza e la Provincia medesima.

Da tale punto di vista, l'operazione di trasferimento delle quote di Brianzacque direttamente in capo agli enti locali (cosiddetta "retrocessione"), nonché la fusione di ALSI e la scissione di Idra, cambiano i soggetti titolari diretti delle medesime quote ma non la corrispondenza tra comuni serviti e soggetti proprietari di Brianzacque. Al riguardo, può anche aggiungersi che le operazioni di trasferimento agli enti locali sono già in corso⁷ e che riceveranno un forte, decisivo, impulso a seguito delle operazioni straordinarie citate di ALSI e IDRA, con una incidenza complessiva degli enti locali nella struttura proprietaria che, anche senza comprendere le altre operazioni in corso da parte di AEB-Gelsia, ASML e GSD (SIB ha già distribuito le quote agli enti locali), raggiungerà circa l'80% della compagine sociale di Brianzacque.

Per quanto riguarda infine, l'esercizio del controllo analogo e la funzionalità dell'apposito organo sociale, denominato "Comitato tecnico per il controllo analogo" e previsto dal contratto di servizio stipulato tra ATO-MB e Brianzacque, la sua introduzione è stata approvata dalla società a seguito di modifica statutaria. I membri del Comitato sono stati designati dal Consiglio di Amministrazione

⁷ Attualmente sono soci di Brianzacque i comuni di Monza, Bovisio Masciago, Ceriano Laghetto, Cesano Maderno, Correzzana, Seveso, Varedo,

Con delibera del 21 Dicembre 2013 l'assemblea dei soci di ALSI ha disposto l'ingresso in Brianzacque dei seguenti ulteriori comuni: Albiate, Arcore, Besana B.za, Biassono, Briosco, Camparada, Carate B.za, Concorezzo, Desio, Giussano, Lesmo, Lissone, Macherio, Monticello B.za, Muggiò, Nova Milanese, Renate, Seregno, Sovico, Triuggio, Usmate Velate, Vedano al Lambro, Veduggio con Colzano, Verano B.za, Villasanta

Con delibera del 17 Dicembre 2013 l'assemblea dei soci di Idra Patrimonio Spa ha approvato il progetto di fusione con Brianzacque disponendo di fatto l'ingresso dei seguenti ulteriori comuni: Agrate Brianza, Aicurzio, Bellusco, Bernareggio, Burago Molgora, Caponago, Cavenago Brianza, Cornate d'Adda, Mezzago, Roncello, Ronco Briantino, Sulbiate, Vimercate

dell'Ufficio d'Ambito della Provincia di Monza e della Brianza e dalla Conferenza dei comuni, rispettivamente in numero di 2 e di tre, e l'organo ha proceduto al suo insediamento nell'ultima decade di dicembre.

Un campo di applicazione particolarmente rilevante del controllo analogo è costituito dal piano tariffario e da quello degli investimenti. Con riguardo al primo, Brianzacque ha fornito tutti i dati economici e finanziari rilevanti all'Ufficio d'Ambito della Provincia di Monza e della Brianza in modo da consentire allo stesso di formulare all'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas una proposta di incremento tariffario per gli anni 2012 e 2013. Tale proposta di incremento tariffario è risultata inferiore a quella applicata da altri gestori, anche operanti nella stessa regione, per via della forte attenzione attribuita nella gestione corrente al controllo dei costi.

In aggiunta al piano tariffario, un ulteriore elemento rilevante nell'ambito dell'esercizio del controllo analogo è costituito, inoltre, dal piano degli investimenti. Con riferimento a tale aspetto, gli interventi rilevanti e la loro tempistica di attuazione sono stati individuati preventivamente dall'Ufficio d'Ambito e approvati dalla Conferenza dei Comuni in data 27/12/2012 attraverso un Piano Stralcio d'Ambito. Questi interventi sono in larga parte determinati dalla necessità di estendere la rete di fognatura e di potenziare gli impianti di depurazione anche al fine di evitare la sanzione comunitaria per le zone non fognate/depurate.

Va detto peraltro, che gli interventi citati costituiscono, da altro punto di vista, una delle modalità attraverso cui Brianzacque soddisfa la condizione di un servizio reso in modo universale a tutti i possibili utenti; il miglioramento della dotazione infrastrutturale, infatti, consente di estendere la numerosità e la qualità dei servizi erogati, con benefici effetti ambientali.

3.3. Le caratteristiche di Brianzacque come società *in house*.

Al fine di qualificare Brianzacque come società in possesso dei requisiti previsti dall'ordinamento nazionale ed europeo per le società *in house*, occorre preliminarmente considerare i seguenti dati di fatto, come risultanti allo stato attuale:

- Brianzacque è società a capitale interamente pubblico e risulta direttamente o indirettamente partecipata da comuni della Provincia di Monza e della Brianza, nonché da comuni della Provincia di Milano;
- Brianzacque, per espressa disposizione statutaria, non può avere soci di natura privata;
- Brianzacque svolge esclusivamente l'attività di gestione del servizio idrico integrato in favore degli enti locali soci;
- Brianzacque è assoggettata al controllo analogo esercitato da un "Comitato tecnico per il controllo analogo", composto da membri designati dal Consiglio di Amministrazione dell'Ufficio d'Ambito della Provincia di Monza e della Brianza e dalla Conferenza dei comuni.

In relazione alle sopra cennate risultanze, si possono svolgere le seguenti considerazioni.

La partecipazione pubblica totalitaria costituisce -come più volte ripetuto- un requisito per l'affidamento in house, ma al riguardo occorre precisare che le istituzioni comunitarie non risultano attribuire rilievo preponderante alle modalità della partecipazione degli enti locali al capitale della società, ben potendosi ammettere forme di partecipazione indiretta da parte degli enti pubblici.

Al riguardo, è possibile richiamare decisioni della Corte di Giustizia nelle quali le modalità della partecipazione non hanno assunto rilevanza ai fini della riconduzione al modello in house (decisione 8 maggio 2003, in causa V-349-97) o ancora hanno ritenuto conformi all'ordinamento comunitario casi di gestione di servizi pubblici da parte di società controllate indirettamente dagli enti locali (sentenza 27 febbraio 2003, in causa C-373-00).

In conclusione, si può ritenere che sia l'ordinamento comunitario sia l'ordinamento interno non risultano opporsi alla possibilità della partecipazione indiretta degli enti locali nelle società in house, purchè tale modalità di partecipazione non pregiudichi la sussistenza degli altri due requisiti.

L'attività prevalente in favore degli enti, nel caso di specie, costituisce requisito che si può affermare connaturato all'attività di Brianzacque.

In primo luogo, occorre richiamare le previsioni statutarie che limitano l'oggetto sociale all'attività di gestore del servizio idrico integrato, con ciò escludendo che la società possa svolgere attività direttamente in favore di privati (ad esempio, spurghi per privati).

Inoltre, è sufficiente richiamare il contratto di servizio stipulato tra ATO-MB e Brianzacque per rilevare come la natura stessa del servizio comporti necessariamente la conseguenza di un'attività prevalente, se non addirittura esclusiva, in favore di enti pubblici.

Il controllo analogo da parte degli enti pubblici affidanti risulta soddisfatto, nel caso di specie, dall'avvenuta istituzione del "Comitato tecnico per il controllo analogo".

Al riguardo, occorre considerare quanto emerso in giurisprudenza sulle fattispecie di società in house partecipate da una pluralità di enti pubblici.

Preliminarmente, occorre dar conto dell'orientamento espresso dalla V Sezione del Consiglio di Stato, a giudizio della quale *"il requisito del controllo analogo non sottende una logica "dominicale", rivelando piuttosto una dimensione "funzionale": affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è dunque indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un "controllo" della governance societaria"* (cfr. sentenza 29 dicembre 2009, n. 8970).

Sempre il Consiglio di Stato (Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762,) ha recentemente affermato che *«ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto»*.

Oltre a tali considerazioni di ordine generale è opportuno richiamare quanto affermato dalla Commissione europea a seguito della procedura d'infrazione intrapresa avverso l'affidamento del servizio idrico col modello *in house*, da parte dell'ATO Basilicata, all'Acquedotto Lucano S.p.A.

La Commissione ha concluso affermando che «*le amministrazioni pubbliche che controllano la società Acquedotto Lucano esercitano, in modo congiunto per il tramite dell’Autorità ATO, un controllo analogo su tale società*».

Sulla base di quanto sopra esposto, si può concludere che Brianzacque, allo stato, soddisfa i tre requisiti prescritti dalla normativa per le forme di gestione in house.