

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

ASI092 - MONZA E BRIANZA - SERVIZIO IDRICO INTEGRATO SECONDO IL MODELLO "IN HOUSE"

Roma, 25 ottobre 2013

Ufficio per l'Ambito Territoriale Ottimale Monza e Brianza

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria Riunione del 2 ottobre 2013, ha inteso formulare alcune osservazioni, ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in ordine agli effetti distorsivi della concorrenza che derivano dai vari atti con cui, nel tempo, il Servizio Idrico Integrato è stato oggetto di affidamento diretto a Brianzacque S.r.l. (di seguito anche Brianzacque) – società controllata da vari enti locali anche estranei al territorio servito, nonché da soci industriali privati –, secondo il modello *in house*, senza che ne ricorressero le condizioni in termini di capitale interamente pubblico, controllo analogo a quello esercitato dall'affidante sui propri servizi e di attività prevalente svolta in favore dei soci.

A tale riguardo, l'Autorità osserva infatti che, a un primo atto di affidamento della gestione transitoria del servizio a Brianzacque in data 17 dicembre 2010, sono seguiti dapprima il parere vincolante della Conferenza dei Comuni n. 1 del 22 dicembre 2011, che ha confermato l'affidamento a condizione che il capitale sociale di Brianzacque divenisse esclusivamente pubblico entro il 31 dicembre 2012; successivamente il parere vincolante n. 4 del 27 dicembre 2012 che ha prorogato tale termine al 30 giugno 2013; infine il parere vincolante n. 1 del 26 giugno 2013 e la conseguente delibera di codesto Ufficio del 29 giugno 2013, n. 12, con cui, rispettivamente, la Conferenza dei Comuni e l'Ufficio per l'Ambito Territoriale Ottimale Monza e Brianza (di seguito anche Ufficio ATO MB) hanno confermato l'affidamento del Servizio Idrico Integrato a Brianzacque *“fermo restando la necessità di definire il procedimento di riassetto societario secondo il modello “in house” come previsto dall’art. 5 comma 2 dello statuto di Brianzacque”*, nonché *“la necessità che gli Enti Locali interessati dispongano alle società patrimoniali che detengono quote in Brianzacque Srl di recederle [...] nei tempi tecnici strettamente necessari”*.

Più in particolare, l'art. 5 dello statuto di Brianzacque dispone che possono essere soci della società gli enti pubblici territoriali, non potendo, *“in nessun modo, diventare soci soggetti diversi da quelli sopra descritti e ciò nemmeno a seguito di operazioni straordinarie, quali fusioni, scissioni, conferimenti e trasformazioni”*. Al comma 2, tuttavia, si prevede che *“possono comunque essere soci della società le società interamente controllate, anche in via indiretta, dagli enti locali, fino al 31 (trentuno) dicembre 2013 (duemilatredecim), al fine di consentire il trasferimento delle proprie quote agli enti medesimi”*.

In relazione alla regolarità dell'affidamento in questione ai sensi del diritto comunitario e nazionale, l'Autorità ricorda che i requisiti richiesti dalla giurisprudenza europea per ammettere affidamenti diretti (ovvero l'esercizio del controllo analogo e lo svolgimento dell'attività prevalente in favore dei soci) devono di norma preesistere all'affidamento. Pertanto, sarebbe stato necessario rispettare rigorosamente la data del 30 giugno 2013, fissata dal parere vincolante n. 4/2012 della Conferenza dei Comuni per regolarizzare il requisito del controllo analogo e definire il processo di retrocessione delle quote ai Comuni, in quanto già eccezione al principio appena esposto e condizione alla quale la stessa amministrazione aveva subordinato l'affidamento in questione.

In tale contesto, la disposizione statutaria (art. 5, comma 2) che consente di mantenere fino al 31 dicembre 2013, – con riferimento a quei comuni il cui controllo è riconducibile alla quote detenute da società patrimoniali controllate dagli stessi e da queste ultime ancora non retrocesse – un filtro tra l'ente concedente e la società affidataria, appare suscettibile di incidere sulla configurabilità del *“controllo analogo”*, così come definito sulla base dei principi ormai consolidati nella giurisprudenza comunitaria. In merito, si osserva infatti che, ai fini della valutazione della effettività e della stabilità del controllo analogo esercitato dagli enti locali nelle società affidatarie dirette di servizi pubblici, l'interposizione di un ulteriore organismo societario nell'asse di controllo tra ente locale e società *in house*, se da un lato non esclude in linea di principio la sussistenza dei requisiti per la praticabilità dell'istituto, dall'altro è suscettibile di indebolire il rapporto di controllo (Corte di Giustizia, sentenza 11 maggio 2006, causa C340/04, *Carbotermo*, par. 39).

Inoltre, si rileva che – a fronte delle modifiche apportate all'art. 5 dello Statuto, ai sensi del quale possono essere soci della Società solo gli enti pubblici territoriali – nello Statuto residuano disposizioni che appaiono in contrasto con tale previsione. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 8 dello Statuto (*Diritto di prelazione*), che, al comma 3, con riguardo al trasferimento delle quote di partecipazione, continua a mantenere il riferimento ad *“ogni socio persona giuridica”*. Allo stesso modo, all'art. 9 dello Statuto (*Gradimento*), si consente all'organo amministrativo di non autorizzare il trasferimento di quote societarie laddove *“il soggetto che viene proposto quale cessionario non presenti requisiti di adeguata capacità finanziaria anche in relazione ai programmi di investimento della Società, nonché di comprovata esperienza nel settore in cui opera la Società medesima”*: le condizioni richieste, infatti, appaiono rispecchiare soltanto realtà industriali qualificate e, quindi, sembrerebbero presupporre la possibilità di ingresso/ingerenza di soci industriali, portatori di interessi contrapposti a quelli dell'ente affidante rispetto ai propri servizi.

Si ricorda, da ultimo, che a livello nazionale l'art. 34, commi 20 e 21, del D.L. n. 179 del 18 ottobre 2012¹ impone alle amministrazioni di regolarizzare entro il 31 dicembre 2013 gli affidamenti non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea, pubblicando entro la stessa data la relazione di cui al comma 20, che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per l'affidamento diretto, definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico, e indichi le eventuali compensazioni economiche stabilite, pena la cessazione

dell'affidamento alla stessa data.

Il D.L. n. 179/2012, c.d. "Decreto Sviluppo bis", è stato convertito dalla L. n. 222 del 17 dicembre 2012, "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese".

Alla luce di tali considerazioni, a fronte delle illustrate perduranti irregolarità del regime di affidamento diretto del Servizio Idrico Integrato alla società Brianzacque, l'Autorità auspica che codesta amministrazione ponga in essere tutte le iniziative necessarie per una rapida definizione BOLLETTINO N. 44 DEL 11 NOVEMBRE 2013 14

del riassetto societario di Brianzacque nel rigoroso rispetto del termine del 31 dicembre 2013, affinché il controllo della società affidataria risulti, entro tale data, definitivamente conformato al modello dell'*in house providing*.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. IL

PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella