

STUDIO LEGALE  
**Avv. MARCO MAZZARELLI**

*Avv. Marco Mazzarelli  
Avv. Marina Giani  
Avv. Giuliano Sgobbi  
Avv. Stefano Sonzogni  
Dott. Alessandro Zaccardi*

---

Egr. ing.  
Franco Almerico  
Presidente  
Idrolario S.r.l.  
Valmadrera

*trasmesso via email*

Milano, 20 marzo 2013

**STUDIO SULL’AFFIDAMENTO “IN HOUSE” AD IDROLARIO S.R.L.  
DELLA GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO  
DELL’AMBITO TERRITORIALE OTTIMALE DELLA PROVINCIA DI  
LECCO**

**-RELAZIONE FINALE-**

**Premessa**

La presente relazione espone le risultanze di un complesso e articolato studio, predisposto per conto di Idrolario s.r.l. (nel prosieguo Idrolario), inerente “*l’analisi giuridico-legale relativa alla gestione del servizio idrico integrato nella provincia di Lecco*”.

Sulla scorta dei richiamati approfondimenti, nonché tenuto conto delle sopravvenute novità sul fronte della legislazione e dell’interpretazione

giurisprudenziale, l'odierno documento si propone d'offrire un quadro di sintesi, che sia d'ausilio alle valutazioni e conseguenti deliberazioni di spettanza dell'Assemblea dei Soci di Idrolario, avuto riguardo alla prospettiva dell'affidamento definitivo del servizio idrico integrato (per brevità, s.i.i.), nonché alla scadenza dell'attuale gestione transitoria, ad oggi fissata al 31 dicembre 2013, in forza della proroga disposta con deliberazione n. 13/2012 del Consiglio di Amministrazione dell'Ufficio d'Ambito di Lecco ed approvata dalla Conferenza degli Enti locali dell'Ambito, nella seduta del 13 settembre 2012.

In specie, ribadita la sussistenza, in capo ad Idrolario, dei presupposti enucleati dalla giurisprudenza in materia di gestione "*in house*" di servizi pubblici locali, così come la rispondenza della Società agli ulteriori, specifici requisiti stabiliti dalla normativa di settore, la presente relazione si sofferma sull'*iter* di adeguamento e consolidamento della struttura societaria ed aziendale, in coerenza con gli orientamenti maturati in seno alla Conferenza dei Comuni dell'ATO di Lecco.

Con ordine del giorno approvato lo scorso 20 dicembre 2012, la Conferenza ha infatti confermato l'affidamento diretto a società "*in house*", quale modulo per la gestione del s.i.i., ed ipotizzato tre alternativi percorsi per addivenire a tale obiettivo<sup>1</sup>, posto che il percorso infine prescelto "*dovrà prevedere la presa in carico del personale e del patrimonio di Idroservice e Idrolario (a quest'ultimo riguardo anche mediante eventuale retrocessione degli impianti a nuovi soggetti – es. azienda speciale consortile congiuntamente con quello speciale della Provincia – o ai Comuni)*", mentre "*il controllo analogo dovrà essere diretto anche nel caso di società/gestore di secondo livello, con l'impiego di uno strumento convenzionatorio (alternativo al codicistico ricorso ai patti parasociali) finalizzato a regolamentare il rapporto socio-società partendo dalla fase di definizione delle strategie aziendali, al riequilibrio dei quorum funzionali, ecc.*".

Ciò premesso, di seguito vengono sinteticamente trattati i seguenti temi:

- i) la ricostruzione del quadro normativo -statale e regionale- di riferimento;
- ii) l'illustrazione delle condizioni legittimanti gli affidamenti "*in house*", enucleate in sede giurisprudenziale;

---

<sup>1</sup> E vale a dire: "1) affidamento a Idrolario"; "2) affidamento ad azienda da costituire (*newco*) con quote equivalenti al numero di abitanti"; "3) affidamento a Idroservice all'interno di LRF".

iii) la verifica in concreto della rispondenza di Idrolario ai predetti parametri, così come agli ulteriori -e specifici- requisiti di esclusiva e diretta partecipazione da parte dei Comuni ed altri enti locali dell'a.t.o., di cui all'art. 150, comma 3, D.Lgs 152/2006;

iv) l'analisi delle implicazioni della sentenza 320/2011 della Corte Costituzionale, con particolare riguardo alla (comunque non necessaria) retrocessione delle reti, attualmente appartenenti ad Idrolario;

v) data l'ipotesi d'affidamento in via definitiva del s.i.i. ad Idrolario, la descrizione del percorso di allargamento della compagine sociale a tutti i Comuni lecchesi, nel rispetto dei vincoli introdotti dall'art. 14, comma 32, legge 122/2010;

vi) parimenti nell'ottica dell'affidamento definitivo del s.i.i. ad Idrolario, l'illustrazione delle ipotesi di consolidamento organizzativo e aziendale della Società, attraverso il trasferimento dei rami d'azienda (e relativo personale addetto) dei precedenti gestori dei servizi idrici (*in primis* LRH);

vii) infine, sempre nell'ipotesi di individuazione di Idrolario quale gestrice "*in house*" a regime del s.i.i., l'accento ai conseguenti vincoli sull'operatività della Società, anche con riferimento al finanziamento degli investimenti.

\* \* \*

## **1) IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO IN MATERIA DI GESTIONE DEL S.I.I.**

L'odierno quadro regolatorio in tema di gestione del s.i.i. è stato ripetutamente segnato dal rincorrersi di interventi legislativi, da diversi giudizi d'incostituzionalità, oltre che dal referendum popolare del giugno 2011, il cui quesito sull'abrogazione dell'art. 23*bis*, legge 133/2008, era preordinato a sopprimere il paventato obbligo di privatizzazione della gestione del s.i.i..

**1.1)** Un mutevole assetto normativo che, a livello statale, si è contraddistinto per l'oscillante specificità della disciplina in materia di gestione del s.i.i.:

- in origine sostanzialmente sovrapponibile alle norme generalmente applicabili a tutti i servizi pubblici locali (s.p.l.) e, comunque, agli s.p.l. a rilevanza economica<sup>2</sup> (dapprima l'art. 22, legge 142/1990, a cui rinvia l'art. 9, comma 2,

---

<sup>2</sup> Per inciso, l'intrinseca rilevanza economica del s.i.i., ovvero la sua astratta remuneratività ed idoneità ad essere offerto su un mercato, almeno potenziale, è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, in specie con la sentenza 17.11.2010, n. 325.

della legge 36/1994; poi l'art. 113, comma 5, D.Lgs. 267/2000, richiamato dall'art. 150, comma 1, D.Lgs. 152/2006);

- successivamente discostatasi dall'anzidetta normativa generale, per via dell'introduzione di previsioni volte a dilatare le deroghe all'allora vigente principio di tendenziale assegnazione tramite gara della gestione degli s.p.l. economicamente rilevanti, invece sancito dall'art. 23bis, commi 2-4, legge 133/2008<sup>3</sup>;

- poi nettamente distinta dalla normativa quadro sugli s.p.l. di rilevanza economica, in virtù dell'espressa esclusione prevista dall'art. 4, comma 34, legge 148/2011, tesa a rispettare l'esito del richiamato referendum abrogativo del giugno 2011<sup>4</sup>;

- infine, nuovamente accomunata alla normativa generale sugli s.p.l. a rilevanza economica, in conseguenza della declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 4, legge 148/2011 e ss.mm.ii. (che la sentenza 20.7.2012, n. 199, della Corte Costituzionale, ha reputato sostanzialmente riproduttivo del precedente impianto normativo travolto dal referendum e, per ciò stesso, elusivo della volontà espressa dal corpo elettorale, in violazione dell'art. 75 della Costituzione), a seguito della quale è stata introdotta l'odierna disciplina, tracciata dall'art. 34,

---

<sup>3</sup> L'art. 4 del regolamento attuativo dell'art. 23bis, legge 133/2008, di cui al DPR 168/2010 (anch'esso caducato per effetto della consultazione referendaria), individua una serie di presupposti d'efficienza, che gli enti affidanti erano tenuti ad esporre all'Autorità Garante per la Concorrenza in sede di richiesta del parere previsto dall'allora vigente art. 23bis, comma 4, legge cit., in presenza delle quali poteva essere consentita la gestione "in house" del s.i.i..

Tali peculiari condizioni facevano riferimento: (a) alla chiusura in utile dei bilanci (escluso ogni trasferimento non destinato a finanziare spese di investimento), (b) al reinvestimento nel servizio di almeno l'80 per cento degli utili per l'intera durata dell'affidamento e (c) all'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore.

Senonché, non era affatto chiaro se tali condizioni consentissero di derogare ai vincoli posti dal comma 3 dell'art. 23bis, legge 133/2008, fermo restando che l'ipotetico affidamento "in house", assentito sulla base delle riferite condizioni, sarebbe stato comunque periodicamente *sub iudice*, poiché il comma 4 del citato art. 4, DPR 168/2010, prescriveva la verifica annuale del rispetto delle predette condizioni e, in caso negativo, l'obbligo di revoca dell'affidamento, anche su segnalazione dell'Autorità.

<sup>4</sup> Formalmente recepito con DPR 18.7.2011, n. 113, con efficacia dal 21.7.2011, primo giorno successivo alla pubblicazione in G.U. del predetto Decreto.

commi 20-25, D.L. 179/2012, come modificato in sede di conversione in legge 221/2012.

**1.2)** In particolare, per quanto di rilievo ai fini della presente trattazione, le nuove norme in materia di s.p.l. a rilevanza economica attualmente dispongono:

- che *“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 è 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 prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”* (cfr. comma 20);

- che *“gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013”* (cfr. comma 21);

- infine, mediante l'introduzione del comma *1bis*, l'art. *3bis*, legge 148/2011, si prevede che *“le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo [siano] esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo”* (cfr. comma 23).

**1.3)** In sostanza, la nuova normativa si conforma alla citata pronuncia 199/2012 della Consulta, superando la precedente impostazione basata sul *favor* per la concorrenza “nel mercato” (attraverso la limitazione allo stretto necessario dei monopoli pubblici) e “per il mercato” (mediante la perdurante restrizione degli affidamenti “*in house*”), nonché sulla tipizzazione delle forme di gestione degli s.p.l. a rilevanza economica (ovvero, in alternativa, tramite affidamento a:

imprese terze scelte con gara; società miste con socio operativo detentore di almeno il 40% delle azioni, selezionato con gara; società “*in house*”), così peraltro facendo proprie le indicazioni provenienti dalla stessa Corte Costituzionale (cfr. sentenza 26.1.2011, n. 24, d’ammissione del quesito referendario sull’abrogazione dell’art. 23*bis*, legge 133/2008<sup>5</sup>).

Con particolare rilievo ai fini della presente trattazione, ciò significa che l’affidamento “*in house*” del s.i.i. dell’a.t.o. di Lecco dovrà rispondere alle stringenti condizioni soggettive delineate dalla giurisprudenza comunitaria, che reputa tale modalità gestoria quale eccezione alla regola del ricorso al mercato, con la conseguenza che il possesso dei relativi requisiti dovrà essere rigorosamente provato dai soggetti che intendano avvalersene.

Ciò detto, non sfugge la centralità della relazione preliminare ad ogni nuovo affidamento, che ai sensi del precitato art. 34, comma 20, legge 221/2012, dovrà essere adottata dall’ente titolare del servizio, ovvero -nel caso di s.p.l. a rete- dall’ente di governo del bacino ottimale ed omogeneo (e quindi, per il s.i.i., dall’Azienda Speciale Ufficio di Ambito, previa acquisizione del parere obbligatorio della Conferenza dei Comuni).

In tale atto, l’Ufficio d’Ambito dovrà dimostrare che la prescelta modalità di gestione del s.i.i. non sia distorsiva della concorrenza (ovvero, nello specifico, che ricorrano gli estremi per procedere all’assegnazione “*in house*” del servizio), nonché dare conto degli obblighi di servizio posti a carico dell’affidatario e delle relative compensazioni economiche, fissando in tal modo gli equilibri economico-finanziari del rapporto con il gestore, fatti salvi naturalmente i poteri regolatori dell’Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas (AEEG), di cui all’art. 21, commi 13 e 19, legge 214/2011, ed all’art. 2, comma 1, del DPCM 20.7.2012.

**1.4)** Le illustrate previsioni, contenute nell’art. 34, legge 221/2012, devono d’altro canto essere coordinate con le disposizioni settoriali, riportate nella parte

---

<sup>5</sup> La quale, dopo aver escluso che il risultato favorevole del referendum potesse comportare la reviviscenza dell’art. 113, comma 5, D.Lgs. 267/2000, ancorché abrogato dall’art. 23*bis*, legge 133/2008, ha ritenuto che la soppressione delle disposizioni oggetto del quesito referendario non avrebbe generato alcun vuoto normativo, poiché ne sarebbe scaturita “*l’applicazione immediata nell’ordinamento italiano della normativa comunitaria [...] relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica*”.

III del D.Lgs. 152/2006 e nell'art. 49 della legge regionale della Lombardia 26/2003.

In particolare, l'affidamento della gestione del s.i.i. deve sottostare non solo al citato art. 34, comma 20, legge 221/2012, e quindi ai principi comunitari, bensì pure a quanto stabilito dall'art. 150, D.Lgs. 152/2006<sup>6</sup>.

In sostanza, a prescindere dai non più operanti rinvii all'art. 113, comma 5, TUEELL, il predetto art. 150, D.Lgs. 152/2006, parrebbe comunque enucleare tre forme tipizzate di gestione del s.i.i. (concessioni a terzi aggiudicate mediante gara; società mista con socio preventivamente scelto tramite gara; società "in house" partecipate "esclusivamente e direttamente da comuni od altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale"), con la conseguenza che l'affidamento a regime del s.i.i., a livello d'ambito, continuerebbe a non essere consentito secondo altre modalità, tra cui l'azienda speciale<sup>7</sup> e la gestione in economia.

**1.5)** Con riguardo, invece, alla legislazione regionale, ed in particolare all'art. 49 della legge regionale 26/2003, l'abrogazione dell'art. 23bis, legge 133/2008, ha

---

<sup>6</sup> Vale la pena di sottolineare che, malgrado i rinvii testuali all'art. 113, D.Lgs. 267/2000, contenuti nell'art. 150, D.Lgs. 152/2006, si deve escludere la reviviscenza di tale disciplina, poiché i predetti richiami sono da intendersi implicitamente abrogati e sostituiti dalle previsioni dell'art. 23bis, legge 133/2008, a loro volta abrogate, con efficacia *ex nunc* e dunque non retroattiva, dal referendum popolare del giugno 2011.

<sup>7</sup> In tal senso parrebbe convenire G. Caia, nel breve scritto "Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali", pubblicato su Foro Amministrativo, 2012, pagg. 663 e ss., ove si esclude la legittimità della gestione del s.i.i. mediante azienda speciale, anche in virtù dell'assenza di qualsivoglia richiamo a tale modulo gestionale all'interno del summenzionato art. 150, D.Lgs. 152/2006.

D'altro canto, con parere 12.12.2012, n. 525, la Sezione Controllo per la Lombardia della Corte dei Conti ha ravvisato l'illegittimità dell'affidamento di servizi ad una azienda speciale consortile, da costituirsi a tal scopo, reputandolo precluso dall'art. 9, comma 6, legge 135/2012, in forza del quale "è fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione" (cfr. pure Corte Conti, Sez. Controllo Lombardia, parere 2.10.2012, n. 403, seppur concretamente riferito alla costituzione di una fondazione).

reso inoperanti i rinvii alla normativa statale, contenuti nei commi 1 e 5 della predetta disposizione regionale.

Talchè, allo stato attuale, la legge regionale 26/2003 non reca alcuna specifica previsione sulle forme di gestione del s.i.i., che sia integrativa del quadro promanante dai principi comunitari<sup>8</sup>.

Resta naturalmente intatta la scansione procedurale, contemplata dal combinato disposto degli artt. 48 e 49, della l.r. 26/2003, sulla falsariga della parte III del D.Lgs. 152/2006, ovvero la subordinazione dell'affidamento del s.i.i. alla previa approvazione del piano d'ambito (recante il programma degli investimenti ed il relativo piano economico finanziario).

Così come, rispetto al piano d'ambito, rimane propedeutico il compimento di una serie di attività istruttorie, consistenti nella *“ricognizione delle gestioni esistenti in ciascun ATO”*, nella *“individuazione delle gestioni esistenti che decadono anticipatamente rispetto alla loro naturale scadenza ai sensi della normativa statale e regionale, in quanto affidate in contrasto con le normative sulla tutela della concorrenza e sulla riorganizzazione per ambiti territoriali ottimali del servizio idrico integrato”*, nonché nella *“definizione dei criteri per il trasferimento dei beni e del personale delle gestioni esistenti”*.

\* \* \*

## **2) I REQUISITI LEGITTIMANTI GLI AFFIDAMENTI “IN HOUSE” DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI INDIVIDUATI DALLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E NAZIONALE**

Come noto, l'affidamento *“in house”* presuppone la mancanza di terzietà sostanziale tra l'ente affidante (o gli enti affidanti) e la società incaricata della gestione del servizio, poiché in tal caso l'amministrazione non si rivolge al

---

<sup>8</sup> Con la sentenza 307/2009, dichiarativa dell'incostituzionalità dell'obbligo di separazione tra gestione della rete ed erogazione del servizio all'utente finale, all'epoca imposta dalla legislazione regionale, la Corte Costituzionale ha incidentalmente riconosciuto che la competenza residua in materia di servizi pubblici locali della Regione possa condurre ad una normativa di maggior tutela per la concorrenza rispetto a quella statale. Sennonché, a prescindere dalla questione dell'elusione degli esiti della consultazione referendaria del 2011, già oggetto della successiva pronuncia 199/2012 della Consulta, è ragionevole dubitare che il legislatore regionale possa precludere il ricorso a forme gestionali conformi ai principi comunitari e, per ciò stesso, ammesse dall'art. 34, comma 20, legge 221/2012.



mercato, ma realizza il servizio valendosi del proprio apparato organizzativo, ancorché mediante un'entità (solo) giuridicamente distinta.

Siffatta costruzione giuridica si deve all'elaborazione della Corte di Giustizia UE, ed in specie alla sentenza 18.11.1999, causa C-107/98, cd. "Teckal", con la quale i giudici comunitari ebbero per la prima volta ad individuare i due capisaldi dell'affidamento "*in house*":

- l'esercizio, da parte dell'ente socio e titolare del servizio affidato, di un controllo sulla società analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- lo svolgimento della parte più importante dell'attività della società nei confronti dell'ente socio e controllante.

Con una lunga serie di successive pronunce la Corte di Giustizia ha avuto progressivamente modo di affinare i predetti requisiti, anche con riguardo all'ipotesi di "controllo analogo" in forma congiunta, esercitato da una pluralità di enti locali soci.

**2.1)** La Corte di Giustizia UE ha avuto anzitutto modo di chiarire che il "controllo analogo" deve consistere nell'influenza determinante dell'ente pubblico sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società (cfr. Sez. I, 13.10.2005, causa C-458/03, cd. "Parking Brixen").

Talché, ad esempio, il rapporto organico tra ente e società "*in house*" sarebbe minato dalla sostanziale vocazione commerciale della società o dal compimento di rilevanti atti gestionali senza il previo consenso dell'ente socio.

In seguito, la Corte ha avuto inoltre modo di escludere la sussistenza del presupposto del "controllo analogo" nell'ipotesi di partecipazione, anche minoritaria, di soci privati, precisando che "*occorre anzitutto rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico*", mentre, "*per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente*"<sup>9</sup>.

**2.2)** Tra le possibili circostanze impeditive del "controllo analogo" figura anche l'interposizione di una *holding* tra gli enti e la società effettiva erogatrice dei servizi.

---

<sup>9</sup> Sez. I, 11.1.2005, causa C-26/03, cd. "Stadt Halle"; nel medesimo senso, Sez. I, 10.11.2005, causa C-29/04, cd. "Mödling", nonché la citata Sez. I, 6.4.2006, causa C-410/04, cd. "Anav".

Con la ben nota pronuncia “Carbotermo” (sentenza 11.5.2006, causa C-340/04), la Corte di Giustizia UE ha infatti avuto modo di affermare che *“l’intervento di un siffatto tramite può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall’amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale”*.

Sul piano interno, va osservato che più volte i giudici amministrativi hanno colto, nell’interposizione della capogruppo, un indice sintomatico della carenza del “controllo analogo”<sup>10</sup>, viepiù a fronte di gruppi societari contraddistinti da una marcata diversificazione dei settori economici d’intervento e dall’operatività anche al di fuori del territorio dei Comuni affidanti<sup>11</sup>.

Peraltro, nella prassi si è tentato di escogitare modalità alternative e/o integrative del “controllo analogo” degli Enti soci della *holding*, tali da controbilanciare la debolezza della loro partecipazione societaria indiretta nella società affidataria *“in house”*.

In particolare, in alcune esperienze locali si è spostato il controllo dalla dimensione societaria a quella contrattuale, attraverso l’inserimento -nelle

---

<sup>10</sup> Cfr., da ultimo, Corte dei Conti, Sez. Controllo per la Lombardia, parere 10.1.2012, n. 1, con il quale si è osservato che *“la partecipazione societaria indiretta, di fatto «allenta» il controllo che l’ente locale deve esercitare sui propri organismi partecipati, poiché, nell’assemblea societaria della partecipata di secondo livello, non interviene il rappresentante dell’amministrazione comunale, bensì il rappresentante della società partecipata di primo livello”*.

Si veda, inoltre, la sentenza 12.12.2006, n. 2920, con cui la Sez. I del TAR Lombardia-Milano ha negato la sussistenza del “controllo analogo” su una società di gestione d’impianti sportivi, controllata al 100% da una società di gestione delle farmacie comunali, a sua volta interamente partecipata da un solo Comune.

<sup>11</sup> In tal senso, si veda la sentenza 29.7.2009, n. 4502, del TAR Lombardia-Milano, Sez. I, (confermata, in punto, da Consiglio di Stato, Sez. V, 11.8.2010, n. 5620) ove, con riferimento all’articolato gruppo societario guidato dalla lombarda AMAGA, si è osservato che la costituzione di un’apposita società per la gestione dei servizi cimiteriali (oggetto del contendere) implicasse un indebolimento del controllo del Comune affidante.

convenzioni d'affidamento- di forme, più o meno penetranti, d'ingerenza nella gestione del servizio<sup>12</sup>.

Tuttavia, ad una più attenta analisi, siffatta modalità di controllo non appare conforme ai principi dettati dalla giurisprudenza comunitaria:

- sia per l'oggetto del controllo;
- sia per l'intensità del controllo medesimo.

Quanto all'oggetto del controllo, come acutamente osservato dall'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia UE, nelle Conclusioni della causa C-26/03, cd. "Stadt Halle", *"per quanto riguarda l'oggetto del controllo, nell'eccezione Teckal la Corte non ha limitato la validità delle proprie statuizioni a determinate decisioni dell'organismo controllato. Pertanto, non è sufficiente un controllo delle sole decisioni di affidamento di contratti in generale o addirittura della specifica decisione di affidamento del contratto in questione. Considerando la formulazione e lo scopo del criterio costituito dal «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi», occorre piuttosto esigere una possibilità di controllo esaustiva"*<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> A titolo esemplificativo può essere citato il modello di controllo adottato da Acque Veronesi s.c.a.r.l., ritenuto compatibile con i principi in materia di affidamenti "in house" dall'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici, con deliberazione n. 48, del 22.7.2010.

Senonché, al di là delle peculiarità del caso concreto (Acque Veronesi è una società consortile partecipata da numerosi soggetti, senza un socio di maggioranza assoluta), siffatto modello di controllo non pare in ogni caso consentito alla luce del già citato art. 150, comma 3, D.Lgs. 152/2006, che impone la partecipazione diretta (ed esclusiva) dei Comuni e/o altri enti locali dell'ambito nel capitale della società "in house" incaricata della gestione del s.i.i..

Talchè, malgrado il vaglio positivo dell'AVCP (cui, nello specifico, è bene ricordarlo, non competono funzioni giurisdizionali, bensì solo consultive), la richiamata normativa settoriale preclude l'esercizio del controllo analogo in via mediata.

Del resto, già in precedenza, con sentenza 28.12.2007, n. 6736, la Sez. V del Consiglio di Stato aveva escluso che una convenzione pubblicistica tra due Comuni, dei quali uno solo azionista di una società "in house", potesse dar luogo al controllo analogo congiunto, anche da parte dell'ente non socio, poiché la partecipazione al capitale della società è stata ritenuta un elemento imprescindibile ai fini dell'effettivo esercizio del controllo analogo.

<sup>13</sup> Sul piano interno, giova richiamare la sentenza 26.8.2009, n. 5082, con cui la Sez. V del Consiglio di Stato ha sottolineato che, *"in definitiva, il requisito del «controllo analogo» postula un rapporto che lega*

Talché, il controllo limitato a taluni aspetti gestionali non consentirebbe d'escludere la terzietà della società affidataria, la cui complessiva gestione continuerebbe ad essere permeata dalle scelte strategiche adottate dalla capogruppo.

Quanto al secondo profilo, ancorché particolarmente esteso, il controllo contrattuale ha una forza giuridica relativa, trattandosi di una relazione intersoggettiva.

In buona sostanza, i poteri riconosciuti agli enti affidanti (o, meglio, all'azienda speciale "Ufficio d'Ambito", nel caso del s.i.i.) non consentirebbero d'intervenire nella fase di formazione delle scelte gestionali, bensì, solo di condizionare tali scelte dall'esterno.

Netta è la differenza: il controllo mediante strumenti societari è di carattere assoluto, perché impedisce giuridicamente agli amministratori di compiere atti non condivisi dai soci, mentre il controllo contrattuale non interdice l'adozione degli atti, ma -al più- può sfociare in un'eventuale sanzione a fronte dell'inadempimento della società.

**2.3)** Con riguardo, invece, alla delicata questione dell'esercizio del "controllo analogo" da parte di una pluralità di enti soci, senza dunque la possibilità che ciascuno di essi fosse in grado di esercitarlo autonomamente, con sentenza 13.11.2008, causa C-324/07 ("Coditel") i giudici comunitari hanno preso esplicitamente posizione sull'ipotesi di "controllo analogo" congiunto, chiarendo che gli Enti partecipi di una società "in house" possono esercitare il controllo collettivamente, deliberando a maggioranza all'interno degli organi sociali nei quali siedano i loro rappresentanti.

Siffatta impostazione è stata successivamente ribadita con la sentenza 10.9.2009, causa C-573/07, cd. "Sea", di particolare rilievo per l'ordinamento italiano, poiché originata da un rinvio pregiudiziale del TAR Lombardia-Brescia<sup>14</sup>.

---

*gli organi societari della società affidataria con l'ente pubblico affidante, in modo che quest'ultimo sia in grado, con strumenti pubblicistici o con mezzi societari di derivazione privatistica, di indirizzare «tutta» l'attività sociale attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento».*

<sup>14</sup> Il concetto di controllo analogo congiunto, elaborato dalla sentenza "Coditel", è stato pacificamente ripreso dalla giurisprudenza nazionale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 9.3.2009, n. 1365; id., 30.4.2009, n. 2765; id., 26.8.2009, n. 5082; id., 28.9.2009, n. 5808; id. 29.12.2009, n. 8970; id. 24.9.2010, n. 7092; id. 8.3.2011, n. 1447), che ha superato la precedente, e ben più severa, interpretazione, basata su una

Da ultimo la Corte è parsa correggere il tiro, pretendendo che lo statuto ed i patti parasociali assicurino l'effettività del controllo congiunto anche nei riguardi dei soci detentori di modeste percentuali del capitale sociale<sup>15</sup>.

2.4) Infine, per ciò che concerne la prevalenza dell'attività svolta a favore dei Comuni soci, va rilevato che la giurisprudenza comunitaria non ha mai indicato un criterio obiettivo, basato su un parametro normativo o, comunque, numerico. Una soglia ragionevole potrebbe essere stabilita in analogia con quanto disposto sull'esonero dalle procedure di gara per gli appalti assegnati dagli enti aggiudicatori ad imprese collegate, nei settore speciali dell'acqua, energia, servizi di trasporto e telecomunicazione (cfr. art. 218, comma 3, D.Lgs. 163/2006).

Tale disposizione sottrae, infatti, dall'obbligo di gara gli affidamenti di servizi, purchè *“almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei servizi provenga dalla fornitura di tali servizi alle imprese cui è collegata”*<sup>16</sup>.

Tuttavia, nelle conclusioni nelle menzionate cause comunitarie C-26/03 e C-458/03, l'Avvocato Generale davanti la Corte di Giustizia UE ha interpretato il

concezione “atomistica” del controllo, che veniva talvolta assurdamente identificato nel controllo *ex art.* 2359 c.c., con ciò di fatto negandolo per buona parte delle società pluricomunali.

<sup>15</sup> Corte di Giustizia UE, III, 29.11.2012, cause C-182/11 e C-183/11, cd. “Econord”, ove si è affermato che malgrado non sia *“dubbio 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”*.

<sup>16</sup> A siffatta soglia ha fatto peraltro riferimento il parere 29.12.2011, n. 14, della Sezione Autonomie Locali della Corte dei Conti, proprio al fine di stabilire quali società fossero da considerare *“in house”* per quanto concerne l'imputazione delle relative spese per il personale ai Comuni soci.

Più stringente risulta, invece, il tetto massimo del 10% dei ricavi, indicato dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) con le delibere 2.12.2010, n. 78, e 18.3.2009, n. 18, con riferimento alla soglia di attività nei riguardi di terzi non soci, che la Commissione Europea avrebbe ritenuto ammissibile in sede di archiviazione della procedura d'infrazione n. 2007/4269, precedentemente aperta a fronte dell'affidamento *“in house”* del s.i.i. dell'ATO “Marche Centro”.

requisito in senso quali-quantitativo, assumendo come mero “*indizio*” il volume di ricavi realizzato con gli azionisti pubblici controllanti.

Siffatta condizione è stata oggetto di un decisivo chiarimento con la già menzionata sentenza “Carbotermo”, a mezzo della quale la Corte ha precisato che la preponderanza dell’attività svolta deve intendersi in senso sia qualitativo che quantitativo (in sostanza, i servizi resi agli Enti soci devono rappresentare il *core business* della società), così come che non è dirimente la circostanza che le prestazioni siano remunerate dagli utenti, quali destinatari finali dei servizi, anziché dalle Amministrazioni socie, come peraltro di regola accade nel quadro dei rapporti trilaterali delle concessioni di servizi.

Sempre in relazione alla produzione di beni e servizi a favore di soggetti non soci, l’anzidetta pronuncia “Sea”, del 10.9.2009, ha precisato che l’attività della società “*in house*” partecipata da più Comuni deve essere “*limitata al territorio di detti enti*” ed “*esercitata fundamentalmente a beneficio di questi ultimi*”, ma ha altresì chiarito che la facoltà di fornire servizi ad operatori privati non mina la necessaria condizione dell’assenza di vocazione commerciale (e quindi dello svolgimento della parte più importante dell’attività nei confronti degli enti soci), allorquando siffatti servizi risultino accessori rispetto all’attività principale, rappresentata dalla gestione del pubblico servizio per conto dei Comuni soci.

\* \* \*

### **3) LA VERIFICA IN CONCRETO, IN CAPO AD IDROLARIO, DEL POSSESSO DEI REQUISITI LEGITTIMANTI LA GESTIONE “IN HOUSE” DEL S.I.I.**

Come già è stato rilevato dalla Conferenza degli Enti locali dell’ATO di Lecco, in specie nelle analitiche motivazioni esposte nella deliberazione n. 66.09, del 21.9.2010, di “*affidamento temporaneo del servizio idrico integrato alla società Idrolario srl secondo il modello dell’in house ai sensi dell’art. 23bis del D.L. n. 112 del 25.06.2008, convertito in L. n. 133 del 06.08.2008*”, Idrolario risponde pienamente ai requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale per assicurare la mancanza di terzietà del soggetto gestore “*in house*” rispetto agli enti soci affidanti.

Ad ogni buon conto, alla luce della sopracitata giurisprudenza, la verifica del possesso dei requisiti legittimanti la gestione “*in house*” del si.i.i. assentita ad Idrolario, ed in particolare del “controllo analogo” da parte degli enti locali soci,

non può che passare attraverso la ricerca, in concreto, della presenza di una serie di indici sintomatici comprovanti tale condizione, così riassumibili:

- il capitale pubblico totalitario;
- la tendenziale restrizione dell'attività di Idrolario al perimetro del servizio oggetto dell'affidamento e, di conseguenza, l'assenza di una vocazione commerciale;
- la previsione di strumenti societari, od extrasocietari, tali da limitare l'autonomia degli amministratori e consentire all'insieme degli enti soci di esercitare un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e le decisioni più importanti della società, ancorché congiuntamente;
- lo svolgimento della parte più importante dell'attività nei confronti degli enti soci.

**3.1)** In merito alla composizione del capitale, l'art. 5, comma 1, dello statuto, nel ribadire quanto previsto dall'art. 2, comma 3, stabilisce che *“il capitale sociale è interamente pubblico ed è detenuto esclusivamente dagli Enti locali compresi entro i confini amministrativi dell'Ambito Territoriale di riferimento”*, ciò peraltro nel pieno rispetto dell'anzidetto requisito -integrativo- di “territorialità”, ex art. 150, comma 3, D.Lgs. 152/2006.

L'art. 6, comma 2, (sui *“versamenti del capitale sociale”*) e l'art. 9, commi 1-3, (*“trasferimento delle partecipazioni e prelazione”*) assicurano, rispettivamente, che il vincolo del capitale pubblico totalitario, detenuto dagli enti compresi nel territorio dell'ATO Lecco, non possa essere altrimenti eluso mediante l'aumento di capitale a favore di terzi od il trasferimento a terzi delle quote o dei correlati diritti di sottoscrizione.

**3.2)** Quanto al secondo aspetto, ovvero per ciò che concerne l'ambito di operatività della società, in forza dell'art. 3, comma 3, dello statuto, *“la società ha per oggetto sociale esclusivo la gestione e l'erogazione del servizio idrico integrato”*, mentre il successivo comma 4 del medesimo art. 3 prescrive che le attività societarie debbano essere erogate *“esclusivamente per conto ed in favore dei soci, nonché in favore di quei Comuni non ancora soci, ma ricompresi nell'Ambito Territoriale di riferimento, attualmente indicato con l'Ambito Territoriale della Provincia di Lecco”*.

Il medesimo criterio finalistico permea anche l'eventuale compimento di operazioni immobiliari, mobiliari, industriali, commerciali e finanziarie, poiché l'art. 3, comma 11, oltre ad ammettere lo svolgimento delle attività accessorie,

solo se “*strettamente necessarie al conseguimento degli scopi sociali*”, prescrive che “*tali attività potranno essere svolte esclusivamente in favore dei soci e dovranno mantenere, rispetto all’oggetto sociale, un carattere del tutto marginale*”.

Il citato art. 3, termina con una clausola di chiusura, riportata al comma 14, in forza della quale “*la società non può ampliare il proprio oggetto sociale prevedendo l’erogazione di prestazioni e servizi diversi ed aggiuntivi rispetto a quelli previsti dai commi precedenti ovvero l’erogazione di quelli sopra indicati a favore di Enti locali non appartenenti all’Ambito Territoriale di riferimento, attualmente con l’Ambito Territoriale della Provincia di Lecco, ovvero in favore di soggetti privati*”.

La finalizzazione dell’attività societaria appare infine preservata dall’art. 28 dello statuto, in base al quale, dedotta la quota da versare a riserva legale, l’utile netto deve essere “*destinato a favore di riserve straordinarie per lo sviluppo in genere delle attività sociali*”, così come dall’art. 29, che vieta “*l’acquisto di partecipazioni in altre società o imprese, sia nazionali che estere, salvo il caso in cui l’acquisto di tali partecipazioni sia finalizzato esclusivamente a garantire lo svolgimento delle attività sociali di cui all’art. 3*”.

**3.3)** Venendo all’assetto del governo societario di Idrolario, lo statuto pare sfruttare la duttilità dello strumento societario della srl, nella quale i soci ben possono modellare sulle proprie esigenze i poteri di gestione, ridisegnando di conseguenza i rapporti tra la compagine sociale (ed in particolare l’Assemblea dei soci) e gli amministratori, diversamente da quanto accade nelle società per azioni, per le quali l’art. 2380bis c.c. riserva la gestione dell’impresa all’organo amministrativo.

Più approfonditamente, in forza dell’art. 12, comma 2, “*l’Assemblea dei soci esercita i poteri di direzione, coordinamento e supervisione della società, nonché le funzioni di indirizzo strategico e di controllo nei confronti degli organi societari ai fini dell’esercizio del controllo analogo e congiunto sulla gestione ed erogazione del servizio idrico integrato*”, nonché, soprattutto, l’Assemblea “*delibera le linee strategiche e le politiche aziendali cui deve informarsi l’attività aziendale, ivi comprese le linee guida degli indirizzi, obiettivi, priorità, piani della società con emanazione di direttive generali vincolanti ai fini della successiva attività del Consiglio di Amministrazione*”.



Il successivo comma 4 del medesimo art. 12 dello statuto, enumera analiticamente le prerogative dell'Assemblea, precisando -alla lettera g)- i casi di atti gestionali degli amministratori soggetti alla preventiva e vincolante autorizzazione dell'Assemblea, ferma restando la sua competenza ad approvare - su proposta del Consiglio di Amministrazione- gli atti di programmazione annuale, relativi all'esecuzione degli interventi previsti dal Piano d'Ambito, nonché i piani operativi, i budget annuali, i piani di investimento e quelli di assunzione del personale.

Specularmente, l'art. 20 dello statuto prescrive che l'organo amministrativo debba operare nel rispetto *“degli indirizzi, delle direttive e delle deliberazioni assunte dall'Assemblea”*, specificando che, con l'accettazione della carica, i membri del C.d.A. *“accettano altresì di attenersi alle disposizioni dello Statuto relative alle prerogative dell'Assemblea dei Soci e del Comitato Tecnico di Vigilanza”*.

**3.4)** A fianco delle dianzi esposte previsioni statutarie, preordinate a garantire l'esercizio del “controllo analogo”, sia in senso verticale (ovvero comprimendo l'autonomia degli amministratori), sia in senso orizzontale (garantendo la condivisione delle più rilevanti decisioni gestionali da parte della pluralità dei soci, sulla base del principio di maggioranza), lo statuto reca ulteriori previsioni volte a rafforzare l'influenza sulla gestione operativa della società.

Sia in forma congiunta, attraverso l'istituzione del già accennato *“Comitato Tecnico di Vigilanza”*, la cui composizione deve necessariamente garantire la rappresentanza dei sette distretti territoriali entro cui è articolata l'organizzazione di Idrolario, a temperamento del principio maggioritario che regola le decisioni assembleari (cfr. artt. 16 e 17 dello statuto).

Sia attraverso l'attribuzione di prerogative di controllo a ciascun Ente socio, poiché l'art. 15, comma 3, dello statuto prevede che i *“Soci hanno diritto di accesso a tutti gli atti e provvedimenti della società, compresi quelli di natura contrattuale e possono verificare in qualsiasi momento la regolarità della gestione corrente della società e la puntuale esecuzione degli indirizzi ed obiettivi strategici, esercitando controlli analoghi a quelli esercitati sui propri servizi”*.

**3.5)** Per quanto invece concerne il requisito dello svolgimento della parte più importante dell'attività nei confronti degli enti soci, il rispetto di tale condizione ricorre *in re ipsa*.

Difatti, la quasi totalità dei ricavi di Idrolario promana dalla riscossione delle tariffe del s.i.i. e, solo in misura estremamente marginale, da entrate comunque correlate al s.i.i., quali i corrispettivi di allacciamento e la vendita di acqua potabile all'ingrosso.

Cosicché, sotto questo profilo, Idrolario appare conforme anche alla più stringente giurisprudenza, ed in specie alla summenzionata sentenza "Sea" del 10.9.2009, con cui la Corte di Giustizia UE ha precisato che l'attività della società "*in house*" deve essere limitata al territorio degli enti soci ed esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi, ferma restando la possibilità di svolgere un'attività avente carattere marginale nei confronti di altri soggetti, diversi dagli enti controllanti, come già a suo tempo chiarito dalla sentenza "Teckal".

**3.6)** Infine, Idrolario soddisfa in pieno i due -ulteriori e specifici- requisiti in tema di affidamento "*in house*" del s.i.i., richiesti dall'art. 150, comma 3, D.Lgs. 152/2006, di cui si è fatto cenno in premessa.

E vale a dire:

- la partecipazione diretta dei Comuni ed altri enti locali dell'a.t.o. nel capitale della società diretta affidataria del s.i.i.;
- la "territorialità" della compagine sociale, poiché la società "*in house*" deve risultare partecipata esclusivamente (oltre che direttamente) dai Comuni ed altri enti locali dell'a.t.o..

E tanto avviene in Idrolario, il cui capitale sociale risulta interamente partecipato esclusivamente da Comuni della provincia di Lecco ed il cui statuto, all'art. 2, comma 3, ammette quali soci i soli "*Enti locali compresi entro i confini amministrativi dell'Ambito Territoriale di riferimento*".

In ogni caso, è opportuno sottolineare che il suddetto requisito di "territorialità" non parrebbe subordinare la legittimità dell'affidamento "*in house*" alla presenza nel capitale sociale della totalità dei Comuni dell'a.t.o., bensì, piuttosto, all'assenza di enti locali esponenziali di interessi estranei all'a.t.o. di riferimento, ovvero di Comuni appartenenti ad altre province.

\* \* \* \* \*

#### **4) SULLE IMPLICAZIONI DELLA SENTENZA 320/2011 DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

La sentenza 25.11.2011, n. 320, della Corte Costituzionale ha ravvisato l'incostituzionalità dell'art. 49, commi 2 e 4, l.r. 26/2003<sup>17</sup>, con riferimento alla violazione della sfera di competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile, di cui all'art. 117, comma 2, lettera l), della Costituzione. L'*iter* motivazionale della decisione si fonda sulla lettura combinata, da un lato, delle disposizioni -generalì e speciali- concernenti il demanio cd. "accidentale" formato dalle infrastrutture idriche di proprietà pubblica (cfr. art. 822, comma 2, e 824 c.c., nonché l'art. 143, comma 1, D.Lgs. 152/2006) e, dall'altro, della normativa statale in materia di servizi pubblici locali.

Quest'ultima, in specie, per come ripetutamente mutata, dapprima con l'abrogazione espressa e/o tacita dell'art. 113, D.Lgs. 267/2000, conseguente all'entrata in vigore dell'art. 23*bis*, legge 133/2008, nonché, in seguito, per effetto della soppressione per via referendaria del citato art. 23*bis* e del nuovo, successivo assetto, tracciato dall'art. 4, legge 148/2011.

In estrema sintesi, ad avviso della Corte:

- l'art. 113, comma 13, D.Lgs. 267/2000, sul conferimento a società a capitale interamente pubblico (ed incredibile) delle reti, impianti ed ad altre dotazioni destinati all'esercizio di servizi pubblici, è da ritenersi implicitamente abrogato dalla posteriore disciplina, di cui all'art. 23*bis*, legge 133/2008;
- siffatta abrogazione scaturisce dall'incompatibilità con l'art. 23*bis*, comma 5, legge cit., in forza del quale "*ferma restando la proprietà*

---

<sup>17</sup> Le disposizioni sottoposte a giudizio di costituzionalità prevedevano:

- da un lato, la possibilità per gli enti locali di costituire società patrimoniali a livello di ambito territoriale ottimale, ai sensi dell'art. 113, comma 13, D.Lgs. 267/2000, cui conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali del s.i.i., purché i Comuni soci, diretti o indiretti, fossero rappresentativi di almeno i due terzi del numero di enti compresi nell'ambito;
- dall'altro, l'obbligo delle anzidette società patrimoniali di porre a disposizione dei gestori del s.i.i. le reti, impianti ed altre dotazioni conferite dai Comuni, nonché la facoltà per gli enti responsabili degli ato di assegnare alle società patrimoniali il compito di espletare le gare per l'affidamento del servizio e le attività di progettazione preliminare e collaudo delle opere infrastrutturali relative al servizio idrico.

*pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati”*, poiché, pur reiterando il principio di pubblicità delle predette reti, impianti ed altre dotazioni, già sancito dall’art. 113, comma 2, D.Lgs. 267/2000, la nuova norma non ha invece confermato la possibilità di conferire i predetti beni a società di capitali, in deroga al loro regime di beni demaniali (come tali inalienabili ed insuscettibili di formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano);

- la previsione di cui all’art. 113, comma 13, D.Lgs. 267/2000, non riprende vigore per effetto del referendum popolare sull’art. 23bis, legge 133/2008, poiché, in accordo con la consolidata giurisprudenza della Corte (ribadita anche nella sentenza 24/2011, di ammissione del quesito referendario sull’art. 23bis cit.), l’effetto *ex nunc* dell’abrogazione referendaria di una disposizione di legge preclude la reviviscenza delle norme da questa precedentemente abrogate;
- benché l’art. 4, legge 148/2011 (il cui comma 28 ha ripristinato il principio di proprietà pubblica delle reti) sia dichiarato espressamente non applicabile al servizio idrico integrato, ciò nonostante la conferibilità a società delle infrastrutture idriche rimane preclusa dal loro carattere demaniale, sancito dal menzionato art. 143, comma 1, D.Lgs. 152/2006<sup>18</sup>.

4.1) Ciò premesso, occorre dunque soffermarsi sulle ricadute del pronunciamento della Consulta, con riguardo:

- all’eventuale obbligo di retrocessione degli acquedotti, fognature, impianti di depurazione ed altre infrastrutture idriche, nella cui proprietà Idrolario è a suo tempo subentrata per effetto della scissione di LRH;
- alle sorti dell’aumento scindibile di capitale, mediante conferimento in natura delle reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali afferenti il servizio idrico integrato da parte dei Comuni compresi nell’ATO lecchese, deliberato dall’assemblea dei soci di Idrolario del 28.7.2009;

---

<sup>18</sup> Per la medesima ragione, la sopravvenuta declaratoria d’incostituzionalità dell’art. 4, legge 138/2011, per mezzo della sentenza 199/2012 della Corte Costituzionale, non è suscettibile d’incidere sul regime proprietario delle infrastrutture idriche, che resta regolato dal summenzionato art. 143, comma 1, D.Lgs. 152/2006.

- alla sussistenza o meno dei presupposti per lo scioglimento e la messa in liquidazione di Idrolario, in conseguenza dell'espunzione dall'ordinamento giuridico dell'art. 49, commi 2 e 4, legge regionale 26/2003, per effetto del riferito pronunciamento dei giudici costituzionali;
- sull'ammissibilità della retrocessione in favore di una azienda speciale consortile, ipotizzata, lo scorso 20.12.2012, nell'o.d.g. approvato dalla Conferenza dei Comuni dell'a.t.o. lecchese.

4.2) Quanto al regime giuridico degli acquedotti, fognature, impianti di depurazione ed altre infrastrutture idriche iscritte nell'attivo dello stato patrimoniale di Idrolario all'atto della costituzione della società, occorre ragionare avuto riguardo alla provenienza di tali beni.

Invero, il divieto di conferimento a società di capitali opera solo con riferimento alle infrastrutture idriche di proprietà dei Comuni, poiché la demanialità "accidentale", a differenza della demanialità cd. "necessaria", non sussiste in origine, in ragione delle sole caratteristiche intrinseche del bene<sup>19</sup>, bensì solo in funzione del duplice presupposto della riconducibilità del bene a determinate categorie e della proprietà pubblica del medesimo.

Cosicché, sebbene indubbiamente asservite all'esercizio del s.i.i., non rientrano nel demanio "accidentale", di cui all'anzidetto art. 143, comma 1, D.Lgs. 152/2006, le infrastrutture idriche realizzate da società a capitale pubblico locale, ovvero entrate a far parte del loro patrimonio per effetto di operazioni straordinarie, quali la trasformazione di preesistenti aziende speciali (monocomunali o consortili) ed il conferimento da parte di altre società, anche a seguito di fusione o scissione<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Con riferimento al D.Lgs. 152/2006, si pensi alla distinzione tra le infrastrutture idriche e le acque superficiali e sotterranee: le prime fanno parte del demanio "accidentale", solo in quanto di proprietà pubblica, mentre le seconde appartengono al demanio "necessario" dello Stato ("*tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato*").

<sup>20</sup> Al proposito, con sentenza 26.10.2009, n. 4896, la Sez. IV del TAR Lombardia-Milano ha avuto modo di sottolineare che "*la nozione di proprietà pubblica di cui all'art. 143 citato deve essere interpretata in senso letterale, non potendosi ricomprendere nel suo significato anche quei beni appartenenti a soggetti privati, affidatari di un servizio pubblico oppure partecipati, in misura anche totalitaria, da un soggetto pubblico*". "*Trattandosi difatti del trasferimento coattivo di un bene da un soggetto ad un altro*" - prosegue la sentenza- "*quindi di una procedura di tipo ablatorio, non sembra possibile procedere ad*

Occorre, inoltre, considerare che il regime del demanio “accidentale” è stato esteso alla rete fognaria ed agli impianti di depurazione, ed opere connesse, solo con l’entrata in vigore del menzionato art. 143 del D.Lgs. 152/2006.

Precedentemente, erano ascrivibili al demanio “accidentale” i soli acquedotti comunali, in forza del combinato disposto degli artt. 822, comma 2, ed 824 c.c., mentre le restanti infrastrutture idriche di proprietà comunale rientravano nel patrimonio indisponibile, ai sensi dell’art. 828, comma 2, c.c., con ciò che ne conseguiva in ordine alla loro conferibilità a società di capitali, fermo il loro asservimento al pubblico interesse<sup>21</sup>.

Per quanto sopra riferito, si deve ritenere che non rientrino nel demanio “accidentale” -e siano dunque liberamente conferibili- i beni realizzati da LRH antecedentemente alla scissione da cui è scaturita Idrolario, ovvero realizzati addirittura in epoca anteriore alla costituzione della stessa LRH, dalle preesistenti società pubbliche confluite in LRH (e, ancor prima, dalle aziende speciali o consortili poi trasformate nelle predette società).

D’altro canto, con riguardo alle residue parti di reti idriche a suo tempo posate dai Comuni, ed in specie agli acquedotti (posto che le fognature e gli impianti di depurazione di proprietà comunale rientrano nel demanio accidentale solo dal 2006), si può seriamente dubitare della sussistenza di un obbligo di retrocessione alle singole Amministrazioni.

Invero, al di là dell’inoppugnabilità dei provvedimenti di assegnazione di tali beni, il loro conferimento, qualora formalizzato prima del 22.8.2008, risulterebbe comunque avvenuto nella vigenza dell’art. 113, comma 13, D.Lgs. 267/2000 (e dunque prima della sopraggiunta abrogazione implicita di tale disposizione, per

---

*interpretazioni estensive che determinino un sacrificio – in evidente violazione del principio di legalità – del diritto di proprietà di soggetti non contemplati espressamente dalla normativa”.*

<sup>21</sup> Cfr. Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche, a cura di U. Pototschnig e E. Ferrari, pagg. 147-149, ove peraltro si qualificano come beni patrimoniali soggetti al diritto comune (al più vincolati al pubblico servizio), gli acquedotti (ed a maggior ragione le fognature e gli impianti di depurazione) appartenenti ad “enti autonomi speciali, consorzi di bonifica, consorzi interregionali, enti pubblici titolari di imprese industriali” ed in genere a tutti gli enti pubblici non territoriali.

incompatibilità con l'art. 23bis, comma 5, legge 133/2008), e quindi secondo una modalità all'epoca consentita dall'ordinamento<sup>22</sup>.

**4.3)** Con riguardo alle sorti dell'aumento di capitale mediante conferimento in natura delle infrastrutture idriche comunali, a suo tempo intrapreso da Idrolario, occorre distinguere tra i profili privatistici e quelli pubblicistici.

Invero, sul piano del diritto societario, a prescindere dalla mancata sottoscrizione delle quote di nuova emissione entro il termine del 31.12.2012 e, per ciò stesso, dell'intervenuta decadenza dell'aumento di capitale, quand'anche si ritenesse che la delibera assembleare di approvazione del predetto aumento contenga un oggetto impossibile (in quanto relativa al conferimento di beni demaniali), ciò malgrado siffatta delibera non sarebbe più impugnabile, per decorso del termine di 3 anni dalla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci, in conformità all'art. 2479ter comma 3, c.c..

Sul piano pubblicistico, l'accertata abrogazione dell'art. 113, comma 13, D.Lgs. 267/2000 e l'incostituzionalità dell'art. 49, comma 2, legge regionale 26/2003, hanno comportato il venir meno del fondamento normativo del conferimento ad Idrolario delle infrastrutture idriche appartenenti al patrimonio comunale.

Di talché, le Amministrazioni comunali bene hanno fatto ad astenersi dal dare esecuzione all'aumento predetto.

**4.4)** Tenuto conto di quanto osservato in merito alla conservazione della proprietà delle reti in capo ad Idrolario e quindi dell'assenza dell'obbligo di

---

<sup>22</sup> Non s'ignorano i pareri dell'1.3.2010 e del 14.10.2010, con i quali la COVIRI ha ritenuto che l'art. 113, comma 13, D.Lgs. 267/2000, non potesse trovare applicazione nei riguardi delle infrastrutture idriche, in ragione della loro demanialità (in tal senso, peraltro, si era incidentalmente pronunciato il TAR Liguria, Sez. II, con sentenza 16.12.2004, n. 1716).

Sennonché, siffatta interpretazione restrittiva è stata implicitamente smentita dalla menzionata sentenza 320/2011 della Corte Costituzionale, che ha ravvisato l'incostituzionalità dell'art. 49, comma 2, legge regionale 26/2003, non già rispetto all'incompatibilità rispetto al solo art. 143, comma 1, D.Lgs. 152/2006, bensì avuto riguardo alla dirimente, e successiva, abrogazione dell'art. 113, comma 13, D.Lgs. 267/2000.

Ad ogni buon conto, quand'anche si aderisse alla tesi più restrittiva, sarebbero comunque pienamente validi i conferimenti delle fognature ed impianti di depurazione comunali posti in essere prima dell'entrata in vigore dell'art. 143, comma 1, D.Lgs. 152/2006, poiché prima di tale data i predetti beni erano diversamente qualificabili come patrimonio indisponibile dei Comuni.

retrocessione ai Comuni, se non per la parte direttamente conferita dai medesimi dopo l'entrata in vigore dell'art. 23bis, legge 133/2008, occorre interrogarsi sulle ricadute della sentenza 320/2011 della Corte Costituzionale sulle sorti di Idrolario, ovvero se l'incostituzionalità dell'art. 49, commi 2 e 4, della legge regionale 26/2003, e la ritenuta abrogazione dell'art. 113, comma 13, D.Lgs. 267/2000, comportino, sotto altro profilo, lo scioglimento e la messa in liquidazione di Idrolario.

Senonché, occorre anzitutto tenere presente che:

- per quanto concerne l'incostituzionalità delle norme regionali, ai sensi dell'art. 30, comma 3, legge 87/1953, *“le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”*, talché gli effetti della declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 49, commi 2 e 4, della legge regionale 26/2003, non operano nei confronti dei rapporti giuridici fondati su atti negoziali e amministrativi divenuti inoppugnabili;
- mentre con riguardo all'art. 113, comma 13, D.Lgs. 267/2000, giova rammentare che l'abrogazione, per incompatibilità con una legge entrata in vigore in epoca successiva, non opera retroattivamente e, comunque, non è suscettibile d'invalidare gli atti giuridici nel frattempo compiuti, salvo l'esercizio delle prerogative di autotutela della P.A..

Ciò rilevato, si deve escludere che ricorrano gli estremi della sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale di Idrolario:

- sia perché, avuto riguardo all'art. 3 dello statuto, l'oggetto sociale risulta solo in parte riferito alla qualità di *“conferitaria delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali funzionali all'erogazione del servizio idrico integrato ai sensi della legislazione nazionale e regionale vigenti”*;
- sia alla luce di quanto sopra riferito, poiché l'effetto della pronuncia della Corte è di inibire nuovi conferimenti, non già di precludere la titolarità delle reti ed impianti realizzati da Idrolario (ovvero dalle sue danti causa) o, comunque, conferiti alla Società prima dell'abrogazione tacita dell'art. 113, comma 13, D.Lgs. 267/2000.

Non s'ignorano, al proposito, gli orientamenti manifestati, in sede consultiva, da talune Sezioni Regionali di Controllo della Corte dei Conti, le quali hanno affermato che:

- il superamento del modello organizzatorio della società patrimoniale preclude il mantenimento di tali società e ne comporta l'obbligo di dismissione, da



intendersi nel senso di liquidazione del soggetto societario (cfr. Sezione Regionale di Controllo per l'Emilia Romagna, parere 13.2.2012, n. 9);

- incombe sull'Ente locale socio il dovere di *“assicurare che le reti funzionali all'erogazione dei servizi pubblici mantengano il carattere della demanialità e, quindi, anche il regime dell'inalienabilità e dell'inespropriabilità”*, non già mediante la messa in liquidazione della società patrimoniale<sup>23</sup>, bensì *“avvalendosi sia dei poteri autoritativi sia dei poteri tipici del socio”*, ad esempio attraverso la riduzione volontaria del capitale sociale (cfr. Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, parere 27.2.2013, n. 66, nonché parere 19.2.2013, n. 61).

Tuttavia, gli anzidetti pareri sono stati occasionati da quesiti incentrati sull'applicazione dell'art. 14, comma 32, legge 122/2010, e dell'art. 3, commi 27 e ss., legge 244/2007, ovvero sui limiti alla costituzione ed al mantenimento di società di capitali, o partecipazioni nelle medesime, da parte dei Comuni al di sotto dei 30.000 abitanti.

Talché, a tal fine, le interpellate Sezioni Regionali della Corte dei Conti hanno preso in esame il caso degli organismi espressamente ed essenzialmente connotati come società patrimoniali, ovvero costituiti o partecipati al preciso scopo di conferirvi la proprietà di reti, impianti ed altre dotazioni per l'esercizio di servizi pubblici locali, in conformità allora vigente art. 113, comma 13, D.Lgs. 267/2000.

Orbene, le fattispecie oggetto dei predetti pareri della Corte dei Conti divergono quindi sensibilmente dalla situazione in cui versa Idrolario, che peraltro nemmeno può dirsi effettivamente conferitaria di reti ed impianti, non avendo mai trovato concreta esecuzione l'aumento di capitale mediante conferimento in natura, a suo tempo deliberato, il 28.7.2009, a fronte di un contesto normativo nel frattempo profondamente mutato (che, all'epoca, a livello regionale, prevedeva la separazione tra erogazione e gestione/proprietà delle reti).

**4.5)** D'altro canto, vale la pena d'osservare che si potrebbe giungere a diverse conclusioni, allorquando l'Ufficio d'Ambito e la Conferenza dei Comuni dell'a.t.o. di Lecco non ritenessero di confermare l'affidamento *“in house”* del s.i.i. in capo ad Idrolario.

---

<sup>23</sup> Di per se stesso, inidoneo a garantire il rientro dei beni nel patrimonio dei Comuni, se non per il residuo attivo, a valle del pagamento dei creditori sociali.

In quell'ipotesi, venuta meno l'attività che l'art. 3, comma 3, dello statuto, indica quale "oggetto sociale esclusivo", la Società finirebbe con il configurarsi -di fatto- quale mera società patrimoniale.

Cosicché, in tal caso, si potrebbe porre la questione del legittimo mantenimento delle quote da parte dei Comuni soci, poiché, proprio avuto riguardo ai summenzionati pareri della Corte dei Conti, le partecipazioni societarie risulterebbero finalizzate ad uno scopo (lo svolgimento -di fatto- delle funzioni di società patrimoniale, da parte di Idrolario) non più contemplato dal Legislatore.

Per inciso, in tale estrema ipotesi, non sarebbe affatto agevole la retrocessione delle reti ai Comuni di appartenenza:

- sia per per l'oggettiva difficoltà di procedere ad una corretta imputazione delle proprietà (e relativi mutui) di reti ed impianti interconnessi o, comunque, riferiti ad un territorio sovracomunale (si pensi ai depuratori);
- sia, per l'individuazione delle modalità (privatistiche o pubblicistiche) della retrocessione, che giammai potrebbero sostanzarsi in procedure lesive per i creditori sociali;
- sia, infine, per gli ingenti oneri fiscali correlati al trasferimento della proprietà di tali beni, che non beneficerebbe di alcuna agevolazione fiscale, al contario di quanto previsto dall'art. 118, comma 2, D.Lgs. 267/2000, in relazione alla retrocessione di beni precedentemente assegnati o realizzati da aziende speciali poste in liquidazione, allorché connessa o funzionale alla contestuale o successiva costituzione di società per azioni per la gestione dei servizi pubblici già affidati alle revocate aziende speciali<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr., al proposito, la puntuale e rigorosa analisi contenuta in G. Belloni, "Aspetti amministrativo-societari ed economico-fiscali inerenti la liquidazione delle società patrimoniali", pubblica il 20.11.2012 su [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), ove si segnala che la retrocessione di reti ed impianti è potenzialmente soggetta ad un rilevante carico fiscale, dovuto a:

- imposte indirette (di registro, ipotecaria e catastale);
- IRES ("la retrocessione ancorchè gratuita, con riduzione del capitale sociale o del patrimonio netto a chiusura della liquidazione, configura una cessione, cosicché sulla stessa debbono eventualmente calcolarsi le plusvalenze corrispondenti alla differenza tra il valore normale, ossia corrente, dei beni retrocessi ed il valore a cui i medesimi beni sono iscritti allo stato patrimoniale della società");

In buona sostanza, le peculiarità del caso concreto, caratterizzato dall'intreccio tra gestione del s.i.i. e proprietà delle reti, a suo tempo realizzate da società ed aziende speciali danti causa di Idrolario, portano ad escludere la sussistenza di un obbligo di messa in liquidazione della Società o, comunque, di retrocessione delle reti, impianti ed altre dotazioni, iscritte nell'attivo dello stato patrimoniale. Tuttavia, nell'ipotesi in cui cessasse l'affidamento del s.i.i. dell'a.t.o. lecchese ed Idrolario finisse con il configurarsi, di fatto, quale mera società patrimoniale, potrebbe porsi la questione dell'ammissibilità del mantenimento delle partecipazioni da parte dei Comuni soci e della retrocessione dei beni, con ciò che ne conseguirebbe in ordine alle implicazioni giuridiche e fiscali dianzi segnalate.

**4.6)** Infine, non appare percorribile l'ipotizzata retrocessione ad un'azienda speciale, allo scopo costituita dai Comuni.

Ciò, essenzialmente, per due ragioni:

- in primo luogo, la demanialità di acquedotto, fognatura ed impianti depurazione ne preclude il conferimento a soggetti giuridici diversi dai Comuni, talché siffatti beni, una volta retrocessi al patrimonio dei rispettivi Enti locali non potrebbero essere successivamente attribuiti, quale capitale di dotazione, ad un'azienda speciale, poco importa se monocomunale o consortile;
- in secondo luogo, la costituzione di una nuova azienda speciale risulterebbe in ogni caso vietata dall'art. 9, comma 6, del D.L. 95/2012, convertito in legge 135/2012, in forza del quale *“è fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione”*.

\* \* \*

## **5) IL PERCORSO DI ADEGUAMENTO DI IDROLARIO AL SOPRAVVENUTO CONTESTO NORMATIVO**

Alla luce delle sopra svolte considerazioni, occorre soffermarsi sul percorso che Idrolario dovrebbe opportunamente intraprendere per conformarsi al mutato quadro normativo, con particolare riguardo:

- 
- ed IVA (*“nella misura in cui la società abbia recuperato IVA a credito, ad esempio in sede di realizzazione degli investimenti, e non si sia generata successivamente IVA a debito; in questo caso, la retrocessione al Comune comporta uno spesso assai rilevante onere per IVA da versare”*).

i) ai limiti alle partecipazioni societarie dei Comuni al di sotto dei 30.000 abitanti, introdotti dall'art. 14, comma 32, D.L. 78/2010, convertito in legge 122/2010 e ss. mm. ii.;

ii) nonché in relazione all'incostituzionalità dell'art. 49, commi 2 e 4, legge regionale 26/2003 ritenuta abrogazione dell'art. 113, comma 13, D.Lgs. 267/2000.

Resta peraltro fermo quanto già riferito in ordine all'interpretazione dell'art. 150, comma 3, D.Lgs. 152/2006, laddove si stabilisce che il s.i.i. possa essere affidato a società *"in house"*, purchè *"partecipate esclusivamente e direttamente da comuni od altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale"*.

Siffatta disposizione appare finalizzata ad impedire che la società *"in house"* possa essere partecipata da enti esponenziali di interessi eterogenei rispetto alla gestione del s.i.i. dell'a.t.o., piuttosto che tesa a pretendere la partecipazione al capitale da parte di tutti i Comuni inclusi nel perimetro dell'a.t.o., quale condizione necessaria per la legittimità dell'affidamento del s.i.i..

Del resto, se così non fosse, la norma finirebbe con il riconoscere una sorta di diritto di veto a ciascuna singola Amministrazione municipale, che in tal modo disporrebbe illogicamente del potere di precludere l'affidamento *"in house"* del s.i.i., ancorché regolarmente deliberato dall'Ufficio d'Ambito ed approvato dalla Conferenza dei Comuni.

Va da sé, pertanto, che il mancato ingresso nella compagine sociale del gestore *"in house"* assegnatario del s.i.i. possa, al più, incidere sull'espletamento del servizio nel territorio del Comune che si rifiuti di aderire alla società affidataria, posto che, in tal caso, l'Ente locale si sottrarrebbe agli impegni assunti all'interno della Conferenza d'Ambito, venendo meno al compimento di atti giuridicamente doverosi.

**5.1)** Ciò detto, con riguardo all'art. 14, comma 32, legge 122/2010, si rammenta che secondo tale disposizione, *"fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società"*, mentre entro il 30 settembre 2013 *"i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni"*.

Siffatti vincoli tuttavia non operano per le società che:

a) abbiano chiuso in utile i bilanci nel triennio 2010/2011/2012;

b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio;

c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune (od i comuni, nel caso di società pluripartecipate) sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime.

Il suddetto divieto non si applica, inoltre, *“alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti”*.

Venendo ad Idrolario, occorre discernere tra la situazione dei 65 Comuni già soci e quella dei restanti Comuni lecchesi non ancora partecipi della Società.

Con riguardo ai primi, essendosi verificate le tre condizioni di cui alle precedenti lettere a), b) e c), non sorge alcun obbligo di dismissione delle odierne quote, ancorché non paritarie e non proporzionali al peso demografico.

Al contrario, l'ingresso nel capitale sociale di Idrolario da parte dei Comuni non ancora soci non potrebbe invece derogare dagli illustrati vincoli normativi.

Ne consegue che l'allargamento della compagine societaria ad altri Comuni (attraverso aumento di capitale o cessione di parte delle quote già appartenenti agli attuali soci) dovrebbe essere accompagnato da una diversa distribuzione della percentuale di partecipazione al capitale degli Enti soci (mediante passaggio a riserva di parte del capitale o mediante la stipula di appositi negozi di cessione parziale di quote tra vecchi e nuovi soci), così da rispettare il precetto (inderogabile per i nuovi Comuni soci) del rapporto proporzionale tra entità delle partecipazioni e numero di abitanti<sup>25</sup>.

**5.2)** Per quanto concerne, invece, i riflessi della sentenza 320/2011 della Corte Costituzionale, malgrado, come già rilevato, la pronuncia non investa la validità e legittimità degli atti societari ed amministrativi adottati prima della sua pubblica e, comunque, non infici l'esistenza di Idrolario e la proprietà delle reti

---

<sup>25</sup> In tal senso, se è vero che con parere 29.3.2012, n. 91 (peraltro relativo all'assunzione di una partecipazione in LRH), la Corte dei Conti, Sez. di Controllo per la Lombardia, ha ritenuto che l'art. 14, comma 32, legge 122/2010 dovesse trovare applicazione solamente nel caso di costituzione di nuove società, si segnala che lo stesso organismo si è diversamente espresso nel successivo parere n. 126, del 16.4.2012, col quale ha ritenuto che la predetta disposizione fosse vincolante anche rispetto all'assunzione di partecipazioni in società già costituite.

idriche in capo alla medesima, ciò nonostante potrebbe in ogni caso essere opportuno procedere ad un adeguamento dello statuto, in senso conforme ai precetti dei giudici costituzionali.

Più precisamente, andrebbero auspicabilmente emendati l'art. 2, comma 3, e l'art. 3, comma 1, laddove ammettono esplicitamente il conferimento alla Società delle reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali di proprietà comunale, senza alcuna distinzione per i cespiti rientranti nel demanio accidentale, come definito dall'art. 143, comma 1, D.Lgs. 152/2006.

Peraltro, l'art. 3, comma 1, dello statuto, opera un richiamo alla vigente legislazione nazionale e regionale, talché siffatto rinvio comporta, di per se stesso, una limitazione alla portata delle previsioni statutarie, che vanno interpretate alla luce dei sopravvenuti vincoli normativi.

\* \* \*

## **6) SUL CONSOLIDAMENTO ORGANIZZATIVO DI IDROLARIO MEDIANTE IL TRASFERIMENTO DEI RAMI D'AZIENDA DEI PRECEDENTI GESTORI**

Come s'è avuto modo di anticipare nella premessa, l'o.d.g. approvato lo scorso 20.12.2012 dalla Conferenza dei Comuni dell'a.t.o. lecchese prevede che, quale che sia il gestore "in house" infine prescelto, si "dovrà prevedere la presa in carico del personale e del patrimonio di Idroservice e Idrolario (a quest'ultimo riguardo anche mediante eventuale retrocessione degli impianti a nuovi soggetti – es. azienda speciale consortile congiuntamente con quello speciale della Provincia – o ai Comuni)"

A tal fine si prendono dunque in esame le seguenti ipotesi fra loro alternative:

- l'attribuzione ad Idrolario del ramo d'azienda di LRH relativo ai servizi idrici oggi gestiti per conto di Idrolario, allorquando quest'ultima venisse confermata gestrice "in house" del s.i.i.;
- ovvero, viceversa, il trasferimento ad LRH (o sua società operativa controllata) del ramo d'azienda di Idrolario inerente alla gestione del s.i.i., allorquando l'Ufficio d'Ambito dell'a.t.o. di Lecco ravvisasse in capo ad LRH (od una sua società controllata) i requisiti legittimanti l'affidamento "in house" del s.i.i. e ritenesse, di conseguenza, di individuarla quale affidataria, a regime, del s.i.i..

**6.1)** Ciò premesso, occorre anzitutto soffermarsi sul dato normativo (statale e regionale), in specie con riguardo alla stretta correlazione tra l'individuazione

delle immobilizzazioni, attività, passività e personale trasferiti al soggetto gestore del s.i.i. (artt. 153 e 173 del D.Lgs. 152/2006, nonché art. 49 della legge regionale 26/2003), i contenuti del piano d'ambito (art. 149, D.Lgs. 152/2006) e la tariffa determinata sulla base del piano economico finanziario, allegato al piano d'ambito (art. 154, D.Lgs. 152/2006).

In particolare, ai sensi dell'art. 153, comma 2, D.Lgs. 152/2006, *“le immobilizzazioni, le attività e le passività relative al servizio idrico integrato, ivi compresi gli oneri connessi all'ammortamento dei mutui oppure i mutui stessi, al netto degli eventuali contributi a fondo perduto in conto capitale, e/o in conto interessi, sono trasferiti al soggetto gestore, che subentra nei relativi obblighi”*. *“Di tale trasferimento”* -prosegue la disposizione- *“si tiene conto nella determinazione della tariffa, al fine di garantire l'invarianza degli oneri per la finanza pubblica”*.

La richiamata norma -che in parte riprende quanto già previsto dall'art. 12, comma 2, legge 36/1994- risponde ad una serie di finalità:

- assicurare al gestore la disponibilità dei beni strumentali, e per ciò stesso vincolati all'esercizio del s.i.i., onerandolo contestualmente del subentro nelle passività aziendali riferite alla gestione del s.i.i.;
- sancire un criterio oggettivo per l'individuazione delle componenti dell'attivo e del passivo dello stato patrimoniale del gestore uscente, da trasferirsi al nuovo gestore;
- introdurre una sorta di diritto/dovere di negoziazione nei riguardi del nuovo e vecchio gestore;
- garantire l'invarianza degli oneri per la Pubblica Amministrazione, poiché il gestore del s.i.i. è tenuto ad accollarsi i debiti assunti dai Comuni.

L'anzidetta disposizione deve essere letta in combinato disposto con altre previsioni del testo unico dell'ambiente e della legge regionale sui servizi locali di interesse economico generale, ed in specie con:

- l'art. 153, comma 1, D.Lgs. 152/2006, che, in coerenza con il carattere demaniale delle infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali, ne dispone l'assegnazione al gestore del s.i.i. mediante concessione d'uso gratuita, salvo l'assunzione dei relativi oneri (e quindi, ad esempio, il rimborso delle rate dei mutui contratti dai Comuni);
- l'art. 172, comma 5, D.Lgs. 152/2006, secondo cui alla scadenza od anticipata risoluzione delle concessioni anteriori all'affidamento del s.i.i., *“i beni e gli*

*impianti delle imprese già concessionarie sono trasferiti direttamente all'ente locale concedente nei limiti e secondo le modalità previsti dalla convenzione”;*

- l'art. 49, comma 6, lett. c), legge regionale 26/2003, in forza del quale, preordinatamente all'affidamento del s.i.i., l'Ufficio d'Ambito deve provvedere alla *“definizione dei criteri per il trasferimento dei beni e del personale delle gestioni esistenti”;*

- l'art. 173, D.Lgs. 152/2006 in base al quale *“il personale che, alla data del 31 dicembre 2005 o comunque otto mesi prima dell'affidamento del servizio, appartenga alle amministrazioni comunali, alle aziende ex municipalizzate o consortili e alle imprese private, anche cooperative, che operano nel settore dei servizi idrici sarà soggetto, ferma restando la risoluzione del rapporto di lavoro, al passaggio diretto ed immediato al nuovo gestore del servizio idrico integrato, con la salvaguardia delle condizioni contrattuali, collettive e individuali, in atto”.*

- l'art. 49, comma 9, legge regionale 26/2003, in virtù del quale *“nelle procedure di affidamento e nei contratti di servizio, ai sensi e per gli effetti delle leggi e del contratto collettivo nazionale di lavoro del settore vigenti, dovranno essere inserite clausole atte a garantire il mantenimento dei livelli occupazionali, il rispetto del contratto collettivo nazionale di lavoro di settore e le condizioni economiche e normative della contrattazione integrativa”.*

In buona sostanza, accanto al regime di circolazione pubblicistico riferito ai beni demaniali (perché realizzati dagli enti locali oppure a loro devoluti, in forza delle pattuizioni delle convenzioni antecedenti all'attivazione del s.i.i.), la vigente normativa statale e regionale introduce la regola del necessario trasferimento dei complessi aziendali destinati all'espletamento del s.i.i., esteso non solo alle immobilizzazioni diverse dagli anzidetti beni demaniali, bensì anche ai rapporti attivi e passivi inerenti all'espletamento dei servizi idrici, così come ai rapporti di lavoro<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> La giurisprudenza amministrativa e contabile ha assimilato il meccanismo previsto dal citato art. 153, comma 2, D.Lgs. 152/2006, alla fattispecie del trasferimento d'azienda, con l'applicazione del principio generale ricavabile dall'art. 2558 c.c., in base al quale *“se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.4.2009, n. 2378; Corte dei Conti, Sez. Reg. di Controllo



**6.2)** Come si è avuto modo di anticipare, il necessitato trasferimento al gestore del s.i.i. delle attività e passività aziendali inerenti ai servizi idrici deve essere interpretato alla luce delle disposizioni di cui agli artt. 149 e 154 D.Lgs. 152/2006, ovvero tenuto conto del piano d'ambito e della connessa struttura tariffaria adottati dall'Ufficio d'Ambito, su parere conforme della Conferenza dei Comuni.

L'ambito oggettivo d'applicazione dell'obbligo di trasferimento al gestore del s.i.i. è infatti determinato sulla scorta dei contenuti del piano d'ambito, ed in particolare dell'atto di ricognizione delle infrastrutture, poiché in tale sede sono identificati i beni strumentali allo svolgimento del servizio (o, comunque i criteri per la loro individuazione), così come in relazione al modello gestionale ed organizzativo viene definita la dotazione organica di personale preposto alla gestione del s.i.i., così come risultante per effetto del passaggio, alle dipendenze del gestore del s.i.i, dei lavoratori occupati presso i precedenti gestori.

Siffatte previsioni del piano d'ambito si riflettono nella tariffa, i cui proventi sono stimati proprio in funzione dell'obiettivo di coprire i costi di gestione e d'investimento legati al s.i.i., sulla base dello stato patrimoniale e del conto economico, adottati con lo stesso piano d'ambito.

Pertanto, il trasferimento di immobilizzazioni, attività e passività, non può che concernere i cespiti ed i rapporti legati da un nesso di strumentalità ai servizi idrici inglobati nel s.i.i..

Del pari, il personale interessato dal mutamento del datore di lavoro non potrà che essere costituito dagli addetti ai servizi idrici.

Se così non fosse, i costi legati al ramo d'azienda trasferito al gestore del s.i.i. potrebbero non trovare copertura nella tariffa<sup>27</sup>.

---

per la Campania, parere 15.4.2010, n. 79; Corte dei Conti, Sez. Reg. di Controllo per il Lazio, parere 22.2.2012, n. 8).

<sup>27</sup> Le riferite previsioni normative trovano, peraltro, puntuale esplicazione nei contenuti dell'odierna Convenzione stipulata tra l'Autorità d'Ambito e Idrolario, ed in specie:

- nell'art. 14, in base al quale *“le immobilizzazioni, le attività e le passività relativo al Servizio oggetto della presente Convenzione, individuate nel Piano d'Ambito allegato sub 8, sono trasferite al Gestore, che subentra nei relativi obblighi ai sensi dell'art. 153, comma 2 del D.Lgs. 152/2006”*;

**6.3)** Venendo alle due ipotesi accennate nel predetto o.d.g. approvato dalla Conferenza dei Comuni, ed in particolare al trasferimento ad Idrolario del ramo d'azienda idrico di LRH, giova ribadire che, preliminarmente alla definizione delle relative modalità, l'anzidetto ramo d'azienda (inteso come complesso di beni e rapporti giuridici organizzati per l'esercizio dell'impresa consistente nell'espletamento del s.i.i.) debba anzitutto essere oggetto di ricognizione in sede di piano d'ambito.

Ciò, se non altro, ai fini del riconoscimento in tariffa delle componenti di costo relative all'ammortamento delle immobilizzazioni ed agli interessi passivi dei finanziamenti oggetto del trasferimento.

Peraltro, a parte i criteri d'identificazione di immobilizzazioni, attività, passività e del personale, oggetto del trasferimento al gestore del s.i.i., va rimarcato che l'art. 153, comma 2, D.Lgs. 152/2006, nulla dispone in merito agli atti giuridici idonei a porre in essere siffatto trasferimento.

Nel silenzio del Legislatore, tenuto conto che si tratta di rapporti privatistici, si deve ritenere che il suddetto trasferimento possa essere perfezionato attraverso gli strumenti negoziali offerti dall'ordinamento in tema di cessione d'azienda o ramo d'azienda, nonché per le operazioni straordinarie in campo societario<sup>28</sup>.

- 
- nell'art. 6, comma 1, n. 12 (ripreso pure dal successivo art. 15), che tra gli obblighi a carico del Gestore pone quello di *“assumere, ai sensi dell'art. 173 del D.Lgs. n. 152/2006, il personale dipendente individuato nell'Allegato sub 11, applicando condizioni, contrattuali, normative e retributive in atto, e i contratti collettivi nazionali di categoria”*;
  - così come tra gli *“Obblighi del Gestore nella fase di avvio”*, di cui all'art. 7, figura l'impegno a *“subentrare in tutti i contratti accessori e strumentali al Servizio attualmente in essere tra gli Enti locali ed i terzi sottoscrittori di tali contratti”*, nonché di predisporre accordi con le società pubbliche titolari delle gestioni esistenti, elencate dal successivo art. 10 (VALBE, ASIL, AUSM, Adda Acque, ISE, Brianza Acque ed Hidrogest), al fine di individuare il personale soggetto a trasferimento alle dipendenze di Idrolario (salva diversa volontà del cedente) e *“programmare e concordare l'eventuale conferimento dei Beni strumentali al Servizio di proprietà delle stesse società nel patrimonio del Gestore coerentemente con i principi della Deliberazione della Conferenza dell'Autorità n. 32 del 23 aprile 2007 e con le norme vigenti”*.

<sup>28</sup> Cfr., in tal senso, Commissione Nazionale per la Vigilanza sulle Risorse Idriche (COVIRI), parere 14.10.2010, n. 5228.

Cosicché l'attribuzione ad Idrolario del ramo d'azienda idrico di LRH oppure, viceversa, l'assegnazione del ramo gestionale del s.i.i. di Idrolario ad LRH (o società controllata), potrebbe, in astratto, avvenire attraverso la stipula di un contratto di cessione d'azienda, così come, in alternativa, mediante il conferimento in natura verso aumento di capitale riservato, deliberato dalla società destinataria del trasferimento.

Del pari, si potrebbe procedere mediante la scissione parziale del ramo d'azienda idrico di LRH (od Idrolario), seguita dall'assegnazione di tale parte del patrimonio ad Idrolario (o, viceversa, a LRH).

Ancora, in alternativa, si potrebbe ipotizzare la costituzione di una "società veicolo", a seguito dello scorporo del predetto ramo d'azienda, per procedere alla fusione tra tale società e la società destinataria del trasferimento.

**6.4)** In ogni caso, quale che fosse la soluzione giuridica escogitata per il trasferimento del ramo d'azienda idrico, dovrebbe comunque conciliarsi con il rispetto dei presupposti legittimanti l'affidamento "*in house*" del s.i.i..

Di talché, il trasferimento non potrebbe risolversi nell'apertura del capitale della società "*in house*" di gestione del s.i.i. ad enti locali non appartenenti all'a.t.o. lecchese (in violazione del requisito di cd. "territorialità", ex art. 150, comma 3, D.Lgs. 152/2006).

Parimenti, l'affidamento "*in house*" del s.i.i. verrebbe inficiato a fronte dell'ingresso nella compagine sociale di una società di capitali, in luogo dei Comuni soci di quest'ultima, vieppiù qualora siffatta società fosse connotata da una vocazione imprenditoriale o comunque inserita in un gruppo societario avente tale caratteristica, di per se stessa radicalmente incompatibile con la gestione "*in house*" di servizi pubblici, per giurisprudenza consolidata.

E tanto avverrebbe, ad esempio, se il ramo d'azienda di LRH fosse conferito ad Idrolario a fronte dell'ingresso di LRH nel capitale di Idrolario; ovvero nel caso di scissione parziale e proporzionale di LRH ed assegnazione del patrimonio scisso ad Idrolario; od, ancora, nell'ipotesi di fusione tra Idrolario ed una eventuale nuova società costituita e partecipata integralmente da LRH, allo scopo di conferirvi il ramo d'azienda idrico.

\* \* \*

## **7) SUI VINCOLI SULL'OPERATIVITÀ DI IDROLARIO DERIVANTI DALLA NATURA DI SOCIETÀ "IN HOUSE"**

Da ultimo, occorre ricordare i più rilevanti vincoli incidenti sull'operatività di Idrolario, correlati alla sua natura di società affidataria *"in house"* del s.i.i..

Al proposito, pare anzitutto opportuno soffermarsi sulla disciplina introdotta dall'art. 3bis, legge 148/2011 (non travolto dalla summenzionata sentenza 199/2012 della Corte Costituzionale), i cui commi 5 e 6 dispongono, rispettivamente, che:

- *"le società affidatarie "in house" sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni"*, stabilendo, altresì, che *"l'ente locale o l'ente di governo locale dell'ambito o del bacino vigila sull'osservanza da parte delle società di cui al periodo precedente dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno"*;

- *"le società affidatarie "in house" sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni"*, precisando che *"le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori"*.

7.1) Sennonché, la prima delle due disposizioni -che conferma quanto già precedente previsto dall'art. 18, comma 2bis, legge 133/2008, in merito all'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società affidatarie *"in house"* di servizi pubblici locali- non ha ancora trovato attuazione.

La norma non si limita, infatti, a sancire la mera estensione dell'ambito soggettivo d'applicazione della disciplina già in essere nei confronti dei Comuni, ma prevede l'adozione di regole *ad hoc* (che tengano conto delle specificità legate alla veste giuridica ed alla disciplina contabile proprie delle società di diritto privato), ad oggi non ancora emanate<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> In tal senso, con parere 19.1.2012, n. 7, emesso in risposta ad un ampio ventaglio di quesiti inerenti l'affidamento del s.i.i. nella provincia di Varese, la Corte dei Conti - Sezione Regionale di Controllo per

La seconda parte del predetto art. 3bis, comma 5, legge cit., ribadisce la doverosità dei compiti di vigilanza degli Enti soci di società “in house”, che nell’esercizio del controllo analogo devono tenere presenti le ricadute sui propri bilanci delle scelte gestionali adottate dalle società partecipate<sup>30</sup>.

7.2) Con riguardo, invece, all’art. 3bis, comma 6, legge cit., da un lato si introduce una previsione invero ridondante, poiché le società “in house” rientrano pienamente nella nozione di organismo di diritto pubblico, talché sono già -per tale ragione- soggette alla disciplina del codice dei contratti pubblici, ferma restando l’applicazione delle norme contenute nella parte III del predetto D.Lgs. 163/2006, laddove gli appalti, come è il caso di Idrolario, ineriscano allo svolgimento di attività riconducibili ai settori speciali (acqua, gas, energia, trasporti).

---

la Lombardia ha richiamato “*l’esegesi della giurisprudenza contabile secondo cui l’art. 18 comma 2 bis della l. n. 133/2008 condiziona l’assoggettamento al patto di stabilità interno delle società ivi citate alla definizione delle modalità e della relativa modulistica*”, osservando, conseguentemente, che “*non può farsi derivare dalle predette norme l’obbligo attuale, in capo agli enti controllanti, di valutare il rispetto del patto di stabilità attraverso un bilancio consolidato funzionale ad un’analisi della situazione finanziaria della società unitamente a quella dell’ente locale (Corte dei Conti, sez. reg. contr. Piemonte, n. 14/2010; cfr., altresì, sez. reg. contr. Sardegna n. 24/2010; Corte dei Conti, SS.RR. in sede di controllo del. n. 28/2011)*”.

<sup>30</sup> Cfr., sul punto, il già richiamato parere 7/2012, ove la Sezione Regionale lombarda della Corte dei Conti ha sottolineato come “*in altri termini, laddove disposizioni di settore impongano vincoli e limiti a società “in house” (nel caso di specie l’assoggettamento al patto di stabilità interno), costituisce principio generale l’obbligo per le Amministrazioni socie di esercitare appieno le prerogative di controllo analogo, anche in forma congiunta (sin da Corte di Giustizia UE, sentenza 13.11.2008, causa C 324/07 «Coditel Brabant»), finalizzate ad assicurare il puntuale rispetto degli obblighi legali da parte della società. Sul punto è consolidata la giurisprudenza della Sezione (del. n. 350/2011)*”.

Al proposito giova, inoltre, richiamare l’art. 147quater del D.Lgs. 267/2000, introdotto dall’art. 3 della legge 213/2012, che introduce una serie di prescrizioni in merito all’implementazione del sistema di controlli sulle società partecipate da parte degli Enti locali con popolazione superiore a 15.000 abitanti (da subito per gli Enti con più di 100.000 abitanti, dal 2014 per gli Enti con popolazione superiore a 50.000 residente, dal 2015 per i rimanenti), disponendo, al comma 3, che “*i risultati complessivi della gestione dell’ente locale e delle aziende non quotate partecipate sono rilevati mediante bilancio consolidato, secondo la competenza economica*”.

Dall'altro, per quanto attiene all'obbligo di adottare criteri e modalità per il reclutamento del personale e conferimento d'incarichi conformi ai vincoli imposti agli Enti locali, è bene precisare che la norma presenta due risvolti su cui si è concentrata l'attenzione dei giudici contabili.

In primo luogo, la Corte dei Conti, in specie la Sez. di Controllo per la Lombardia, ha ripetutamente affermato che siffatta disposizione implica il consolidamento delle spese del personale della società in capo al Comune socio, ovvero, *pro quota*, in capo a ciascuno dei Comuni soci<sup>31</sup>.

Talché il rispetto del rapporto massimo del 50%, tra spese per il personale e spese correnti, dovrebbe essere vagliato con riguardo al dato complessivo di costi del personale della società "*in house*" e dei Comuni soci, cui la spesa del personale della società dovrebbe essere imputata in proporzione al volume di ricavi generato dagli affidamenti disposti dai singoli Comuni o, comunque, in rapporto alle entrate tariffarie riscosse nel corrispondente territorio<sup>32</sup>.

In secondo luogo, con riguardo all'estensione alle società "*in house*" delle ulteriori previsioni sostanziali relative al personale degli enti locali, la Corte dei Conti ha avuto modo di chiarire che la disposizione non ne comporta l'automatica applicazione alle società, ma richiede l'assunzione di parte di quest'ultime di regolamenti e provvedimenti interni applicativi, che mirino al conseguimento di analoghi risparmi, sulla base dei principi ispiratori delle norme riguardanti gli Enti locali<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> In merito al consolidamento delle spese del personale della società in capo al Comune socio e, quindi, alla verifica dei tetti di spesa con riferimento al "gruppo municipale", unitariamente considerato, anziché singolarmente, nei confronti della società e del Comune, cfr.: Corte dei Conti – Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, parere 9.1.2012, n. 7; parere 23.4.2012, n. 147; parere 21.5.2012, n. 223.

Di diverso avviso, invece, il recente parere 26.2.2013, n. 10, della Sezione Regionale di Controllo per la Toscana, ove la disposizione in commento è stata interpretata nel senso di imporre il rispetto dei tetti di spesa del personale direttamente -e distintamente- in capo alla società ed ai Comuni soci.

<sup>32</sup> Sulla ripartizione, *pro quota*, delle spese del personale, tra i singoli Comuni soci, si veda il parere 28.12.2011, n. 14, della Sezione Autonomie Locali della Corte dei Conti.

<sup>33</sup> Cfr. Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, parere 23.4.2012, n. 147, laddove si è evidenziato che "*le direzioni delle società "in house" (e, per esse, l'ente locale) dovranno adottare, al fine di adeguarsi a questa norma, apposito atto interno che, usando i margini di discrezionalità che il*

**7.3)** Infine, con particolare riguardo all'autofinanziamento degli investimenti, mediante proventi diversi ed aggiuntivi rispetto ai ricavi garantiti dalla tariffa, si richiama l'attenzione sull'art. 151, comma 7, D.Lgs. 152/2006, in forza del quale *“l'affidatario del servizio idrico integrato, previo consenso dell'Autorità d'ambito, può gestire altri servizi pubblici, oltre a quello idrico, ma con questo compatibili, anche se non estesi all'intero ambito territoriale ottimale”*.

In altre parole, il gestore del s.i.i. può espletare altri servizi pubblici, subordinatamente, però, al preventivo consenso dall'azienda speciale, “Ufficio d'Ambito”, la quale deve tuttavia verificare la compatibilità di tali servizi con la gestione del s.i.i.<sup>34</sup>.

A ben vedere, con riferimento alle società *“in house”*, si tratta di una previsione del tutto speculare al secondo criterio della sentenza *“Teckal”*, sulla riferibilità della parte più importante dell'attività ai servizi affidati dagli enti soci.

Invero, lo svolgimento di ulteriori servizi, specie se correlato all'effettuazione di onerosi investimenti o, comunque, dall'assunzione di rilevanti rischi imprenditoriali, potrebbe risultare in radice incompatibile con l'erogazione del s.i.i..

L'assorbimento di ingenti risorse economiche, tecniche ed umane, impiegate per espletare altri servizi ed attività, potrebbe infatti minare la regolarità e continuità della gestione di un servizio primario ed essenziale, quale è il s.i.i., nonché compromettere la piena e puntuale realizzazione del piano d'ambito, per non dire del potenziale rischio di distrazione, anche parziale, degli introiti tariffari, in favore di attività diverse dal s.i.i..

**7.4)** Con riguardo a siffatte attività, in disparte della loro compatibilità con la gestione del s.i.i. ed i summenzionati requisiti in materia di affidamenti *“in house”*, giova peraltro segnalare quanto stabilito, al proposito, dall'Autorità

---

*CCNL di riferimento eventualmente consente, permetta di conseguire analoghi risparmi, disciplinando criteri e modalità per ridurre gli stipendi dei dipendenti che si collocano nelle indicate fasce di reddito”*.

<sup>34</sup> Siffatta previsione è stata recepita nella convenzione sottoscritta tra l'Autorità d'Ambito di Lecco e Idrolario, il cui art. 4, comma 3, stabilisce che *“fermo restando l'oggetto sociale dello statuto del Gestore e quanto previsto dal successivo paragrafo 4, il Gestore può svolgere servizi per conto di terzi, purché dette attività, delle quali dovrà tenere una contabilità separata da quella relativa al Servizio, abbiano carattere marginale e non pregiudichino l'ottimale svolgimento dei servizi affidati con la presente Convenzione e/o non determinino maggiori costi per gli utenti”*.

dell'Energia, all'interno della delibera 28.12.2012, n. 585, avente ad oggetto l'approvazione del metodo tariffario transitorio per la remunerazione del s.i.i..

In specie, l'art. 8 della predetta delibera 585/2012, stabilisce che la determinazione dei ricavi concernenti "*altre attività idriche*", così come "*attività non idriche che utilizzano anche infrastrutture del servizio idrico integrato*", debba seguire il medesimo procedimento previsto per l'adeguamento della tariffa del s.i.i., talché il gestore dovrà predisporre una proposta di compenso che dia atto dei costi riferibili alla nuova attività e del corrispettivo ritenuto congruo, con la particolarità, importante, che parte del corrispettivo riconosciuto per tali attività estranee (ancorché accessorie) al s.i.i. concorrerà alla fissazione del vincolo sui ricavi del gestore, ovvero verrà detratta dalle tariffe da applicare agli utenti.

\* \* \* \* \*

Queste le mie considerazioni sulle questioni sottopostemi.

Rimango a Sua disposizione per ogni chiarimento od integrazione.

Cordiali saluti,

  
avv. Marco Mazzarelli