

**A2)** la “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 o sulla riorganizzazione per ambiti territoriali ottimali del servizio idrico integrato.

**LA VALUTAZIONE SULLA DECADENZA, O MENO DEGLI AFFIDAMENTI DISPOSTI AI GESTORI ESISTENTI NELL'ATO DELLA PROVINCIA DI VARESE, AI SENSI DELL'ART. 172, DEL D.LGS. N. 152 DEL 2006, NELLA VERSIONE INTRODotta DALL'ARTICOLO 7 DEL D.L. 12 SETTEMBRE 2014, N. 133, CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA LEGGE 11 NOVEMBRE 2014, N. 164.**

### **Parte prima**

#### **La disciplina legislativa in tema di gestioni esistenti affidatarie del servizio idrico integrato o di segmenti dello stesso.**

- 1. L'art. 172 del D.Lgs. n. 152 del 2006 nell'attuale versione e le fattispecie ivi previste.**
  - 1.1 L'art. 172 del D.Lgs. n. 152 del 2006 (nella versione introdotta dall'art. 7 del d.l. n. 133 del 2014 convertito dalla legge n. 164 del 2014) disciplina la sorte delle gestioni esistenti rispetto all'affidamento, da parte dell'Ente di governo dell'ambito, del servizio idrico integrato.
  - 1.2 La predetta disposizione si pone come finalità quella di “garantire il rispetto del principio di unicità della gestione all'interno dell'ambito territoriale ottimale” (in sostituzione del previgente “principio di unitarietà” della gestione), principio sancito in vari articoli del D.Lgs. n. 152 del 2006 (cfr. art. 147, comma 2, lett. b); art. 149-bis, comma 1; art. 172, commi 1, 2 e 3).
  - 1.3 L'art. 172 distingue varie ipotesi, precisamente:
    - a) al comma 1, l'ipotesi in cui gli Enti di governo dell'ambito “non

abbiano già provveduto alla redazione del Piano d'Ambito di cui all'articolo 149, ovvero non abbiano scelto la forma di gestione ed avviato la procedura di affidamento", disponendo che l'affidamento del servizio al gestore unico debba avvenire entro il termine perentorio del 30 settembre 2015 "con conseguente decadenza degli affidamenti non conformi alla disciplina pro tempore vigente";

- b) al comma 2, l'ipotesi del subentro, "alla data di entrata in vigore della presente disposizione", del "gestore del servizio idrico integrato" agli "ulteriori soggetti operanti all'interno del medesimo ambito territoriale" (in questo caso, quindi, il gestore del servizio idrico integrato già esiste alla data di entrata in vigore dell'art. 172"), fatto salvo il caso in cui i predetti "ulteriori soggetti" "gestiscano il servizio in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente e non dichiarato cessato ex lege", nel qual caso il subentro avviene "alla data di scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto";
- c) al comma 3, l'ipotesi (almeno per quanto è dato desumere dal tenore, forse non sempre facilmente intelligibile, della disposizione), della "prima applicazione" dell'affidamento del servizio idrico integrato da parte dell'Ente di governo dell'ambito, tuttavia "al di fuori dei casi di cui al comma 1".

Per questa ipotesi la norma prevede:

- 1) che l'Ente di governo dell'ambito deve disporre "l'affidamento al gestore unico di ambito" del servizio idrico integrato "alla scadenza di una o più gestioni esistenti nell'ambito territoriale tra quelle di cui al comma 2, ultimo periodo [cioè le gestioni esistenti "in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente e non dichiarato cessato ex lege"], il cui bacino complessivo affidato sia almeno pari al 25 per cento della popolazione ricadente nell'ambito territoriale ottimale di riferimento";
- 2) che l'affidamento al gestore unico di ambito del servizio idrico integrato non pregiudica tuttavia i gestori esistenti alla data del suddetto affidamento qualora "gestiscano il servizio in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente e non dichiarato

cessato ex lege”, in quanto le suddette gestioni proseguono fino alla “data di scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto”;

- 3) che l’Ente di governo dell’ambito deve disporre l’affidamento dei servizi che scadono anche prima della data di cui all’ipotesi sopra indicata sub 1), e cioè “alla scadenza delle gestioni esistenti nell’ambito territoriale tra quelle di cui al comma 2 ultimo periodo [cioè le gestioni esistenti “in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente e non dichiarato cessato ex lege”], i cui bacini affidati siano complessivamente inferiori al 25 per cento della popolazione ricadente nell’ambito territoriale ottimale di riferimento. Tuttavia, in questi casi, l’affidamento deve essere “non superiore alla durata residua delle menzionate gestioni esistenti, la cui scadenza sia cronologicamente antecedente alle altre, ed il cui bacino affidato, sommato a quello delle gestioni oggetto di affidamento, sia almeno pari al 25 per cento della popolazione ricadente nell’ambito territoriale di riferimento”, cioè, in altri termini, l’affidamento del servizio o dei servizi scaduti deve avere una durata tale da raggiungere la data di scadenza delle gestioni esistenti il cui bacino complessivo sia almeno pari al 25 per cento della popolazione ricadente nell’ambito territoriale ottimale di riferimento. Scaduti (nella stessa data) anche questi affidamenti, l’Ente di governo dell’ambito provvederà a disporre l’affidamento al gestore unico di ambito, come previsto nella prima parte della disposizione.

## **2. Le ipotesi di gestioni “salvaguardate” previste dall’art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006 e la non sussistenza di gestioni da salvaguardare nell’ambito della provincia di Varese.**

- 2.1. Nell’ipotesi di cui al comma 1 dell’art. 172, viene escluso il subentro del gestore di ambito rispetto alle gestioni esistenti il cui affidamento risulti “conforme alla disciplina pro tempore vigente”; tali gestioni “salvaguardate”, pur in assenza di una espressa previsione, deve ritenersi che proseguano fino alla “data di scadenza prevista nel

contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto” (così come, invece, espressamente previsto per le gestioni salvaguardate di cui ai successivi commi 2 e 3).

- 2.2. Nelle ipotesi di cui ai commi 2 e 3 dell’art. 172, viene escluso il subentro del gestore di ambito rispetto ai soggetti che “gestiscano il servizio in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente e non dichiarato cessato ex lege”; tali gestioni proseguono fino alla “data di scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto”.
- 2.3. La distinzione fra le ipotesi di salvaguardia di cui al comma 1, da una parte, e di cui ai commi 2 e 3, dall’altra parte, risiede nel fatto che, mentre nella prima ipotesi di cui al comma 1 per poter beneficiare della salvaguardia è necessario che l’affidamento della gestione sia stato assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente, nella seconda ipotesi di cui ai commi 2 e 3 si richiede anche che tale affidamento non sia stato dichiarato cessato ex lege.
- 2.4. Anticipando le conclusioni, si rileva che nella presente Relazione risulterà che non sussistono nell’ambito della provincia di Varese gestori esistenti che hanno ricevuto affidamenti assentiti in conformità con la normativa pro tempore vigente e non dichiarati cessati ex lege.

### **3. Inquadramento dell’affidamento del servizio idrico integrato da parte dell’ente di governo dell’ambito della provincia di Varese nelle fattispecie di cui all’art. 172 D.Lgs. n. 152/2006 (rinvio).**

- 3.1. Sulla base delle conclusioni anticipate al punto 2.4 di cui sopra, non risulta pertanto necessario, nel caso di specie, procedere all’esatto inquadramento dell’affidamento del servizio idrico integrato da parte dell’ente di governo dell’ambito della provincia di Varese in una delle tre ipotesi di cui ai commi 1, 2 e 3 del citato art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006.
- 3.2. In ogni caso, alla fine della Parte Prima della presente relazione si cercherà di dare un’interpretazione della disposizione di cui all’art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006 che sia in linea con i principi di riforma del servizio idrico integrato, cercando di inquadrare la fattispecie dell’ATO della provincia di Varese in una delle tre ipotesi contenute nella citata disposizione.

#### **4. La nozione di “disciplina pro tempore vigente”.**

- 4.1. La disposizione dell’art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006 prevede la prosecuzione delle gestioni il cui affidamento risulti “conforme alla disciplina pro tempore vigente”.
- 4.2. Per quanto riguarda il profilo temporale della disciplina cui deve farsi riferimento per valutare la legittimità dell’affidamento, il riferimento è a quella “*pro tempore vigente*”, con ciò dovendosi intendere la disciplina vigente al momento dell’affidamento del servizio.

#### **5. La disciplina applicabile.**

- 5.1. Per quanto concerne l’esatta individuazione della disciplina applicabile, questa deve essere individuata nella legislazione di settore sul servizio idrico integrato che disciplina, in modo specifico, la sorte delle gestioni esistenti (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza n. 5080 del 14 ottobre 2014).
- 5.2. La legislazione di settore sul servizio idrico integrato che disciplina, in modo specifico, la sorte delle gestioni esistenti è costituita:
  - a) dall’articolo 10 della legge n. 36/1994;
  - b) dall’articolo 172, comma 2, del D.Lgs. n. 152/2006 nella versione antecedente alle modifiche apportate dal citato art. 7 del d.l. n. 133 del 2014 convertito dalla legge n. 164 del 2014.

#### **6. I principi fondamentali di riforma del servizio idrico integrato contenuti nella legge n. 36/1994 e nel D.Lgs. n. 152/2006.**

- 6.1. La legislazione di settore sul servizio idrico integrato, che disciplina, in modo specifico, la sorte delle gestioni esistenti, deve essere interpretata alla luce dei principi fondamentali di riforma del servizio idrico integrato contenuti nella legge n. 36/1994 e nel D.Lgs. n. 152/2006, cioè, in particolare:
  - a) del principio secondo cui le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato e di affidamento del servizio sono sottratte ai singoli Comuni per essere devoluti alla “forma di cooperazione” degli stessi prevista dalla legge n. 36/1994 (che, con il D.Lgs. n. 152/2006, che introduce l’Autorità d’ambito territoriale ottimale, viene elevata al rango di soggetto di diritto);

- b) del principio di gestione del servizio idrico integrato sulla base di ambiti territoriali ottimali al fine di superare la frammentazione gestionale e di unificare tutti i segmenti del servizio.

6.2. Il necessario rispetto dei suddetti principi è imposto, in Regione Lombardia, anche dall'articolo 49, comma 6, della legge della Regione Lombardia n. 26/2003, la quale stabilisce che “Al fine di ottemperare nei termini all'obbligo di affidamento del servizio al gestore unico, l'ente di governo dell'ambito, tramite l'Ufficio d'ambito, effettua (...) l'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 o sulla riorganizzazione per ambiti territoriali ottimali del servizio idrico integrato”.

## **7. La “forma di cooperazione” fra gli enti locali di cui all'articolo 9, comma 3, della legge n. 36/1994.**

L'articolo 9, comma 3, della legge n. 36/1994 prevedeva che gli enti locali, per la gestione fra di loro coordinata delle funzioni di organizzazione e affidamento del servizio idrico integrato, dovevano individuare una “forma di cooperazione” fra gli enti locali medesimi, anche mediante stipulazione di apposita convenzione ai sensi dell'art. 24 dell'allora vigente legge n. 142 del 1990: tale “forma di cooperazione” fra gli enti locali era competente, in via esclusiva ed al posto dei singoli Comuni, a determinare l'organizzazione del servizio idrico integrato ed a provvedere alla “assegnazione del servizio”.

## **8. L'articolo 10 della legge n. 36/1994.**

L'articolo 10 della legge n. 36/1994, disciplina la sorte delle “gestioni esistenti”, cioè delle gestioni affidate dai Comuni prima dell'entrata in vigore della citata legge n. 36/1994, mentre non detta invece alcuna disciplina in merito alla sorte dei c.d. “affidamenti intermedi”, cioè degli affidamenti disposti dai Comuni dopo l'entrata in vigore della legge n. 36/1994 e prima dell'affidamento del servizio idrico integrato disposto da parte della “forma di cooperazione” fra gli enti locali ai sensi della stessa legge.

**9. Le “gestioni esistenti” nella disciplina di cui all’articolo 10 della legge n. 36/1994.**

Con riferimento alle “gestioni esistenti”, cioè alle gestioni affidate dai Comuni prima dell’entrata in vigore della citata legge n. 36/1994, l’articolo 10 della legge n. 36/1994 distingue (Tar Toscana, Sezione Seconda, n. 439 del 19.2.2010, confermata da Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4528 del 28.7.2011; negli stessi termini Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4527 del 28.7.2011; da ultimo, nello stesso senso, Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 5080 del 14 ottobre 2014) fra:

- a) le gestioni esercitate mediante soggetti di matrice pubblicistica, per le quali dispone “la continuazione fino all’organizzazione del servizio idrico integrato”, e, quindi, la loro anticipata decadenza con l’affidamento del servizio idrico integrato;
- b) le gestioni esercitate mediante concessionari privati, per le quali dispone la loro continuazione per l’intera durata della concessione, con la conseguenza che la “forma di cooperazione” fra gli enti locali affiderà al gestore di ambito tutti i servizi e con riferimento a tutti i territori diversi rispetto a quelli che rimangono in gestione ai concessionari privati salvaguardati.

**10. Gli “affidamenti intermedi” successivi all’entrata in vigore della legge n. 36/1994.**

10.1 Con riferimento agli “affidamenti intermedi”, cioè agli affidamenti disposti dai Comuni dopo l’entrata in vigore della legge n. 36/1994 e prima dell’affidamento del servizio idrico integrato disposto da parte della “forma di cooperazione” fra gli enti locali ai sensi della stessa legge, l’articolo 10 della legge n. 36/1994 non detta alcuna disciplina.

10.2 La soluzione della questione può essere trovata sulla base di una interpretazione sistematica delle suddette norme che tenga conto dei principi fondamentali di riforma del servizio idrico integrato contenuti nella legge n. 36/1994 (e ora nel D.Lgs. n. 152/2006) sopra indicati.

10.3 Pertanto, tali affidamenti “intermedi” disposti dai Comuni (cfr. Tar Toscana, Sezione Seconda, n. 439 del 19.2.2010, confermata da Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4528 del 28.7.2011):

- a) sono “incompatibili” con il nuovo sistema di gestione per

ambiti territoriali ottimali delineato dal legislatore”;

- b) non possono essere conservati sino alla loro scadenza originaria, in quanto il comma 3 dell’art. 10 della legge n. 36/1994 estende tale possibilità solo alle concessioni rilasciate prima della legge stessa.

10.4 Ne consegue che tali affidamenti “intermedi”:

- a) possono proseguire soltanto ove giustificati da esigenze di continuità del servizio;
- b) in ogni caso, possono proseguire non oltre il momento in cui il servizio stesso sia stato affidato (dalla “forma di cooperazione fra gli enti locali”) al gestore di ambito del servizio idrico integrato.

## **11. L’articolo 172, comma 2, del D.Lgs. n. 152/2006 nella versione originaria.**

11.1 L’articolo 172, comma 2, del D.Lgs. n. 152/2006, nella versione antecedente alle modifiche apportate dal citato art. 7 del d.l. n. 133 del 2014 convertito dalla legge n. 164 del 2014, disponeva, con riferimento alle “gestioni esistenti”, cioè alle gestioni affidate prima dell’entrata in vigore del D.Lgs. n. 152/2006, che, “in relazione alla scadenza del termine di cui al comma 15-bis dell’articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, l’Autorità d’ambito (che, con il D.Lgs. n. 152/2006, ha sostituito la “forma di cooperazione” fra gli enti locali prevista dalla legge n. 36/1994, quale soggetto titolare, in sostituzione dei Comuni, della funzione di organizzazione del servizio idrico integrato e di affidamento del servizio) dispone i nuovi affidamenti, nel rispetto della parte terza del presente decreto, entro i sessanta giorni antecedenti tale scadenza”.

11.2 Il comma 15-bis dell’articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – introdotto dal comma 1 dell’art. 14, del decreto legge n. 269/2003, e poi così modificato dal comma 234 dell’art. 4 della legge 24 dicembre 2003, n. 350 e dall’art. 15 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, come modificato dalla legge di conversione –, richiamato dal citato art. 172, comma 2, aveva fissato per le “concessioni del servizio idrico integrato”, “rilasciate con procedura diversa dall’evidenza pubblica”, la scadenza del 31 dicembre 2007, escludendo tuttavia da tale previsione alcune



tipologie di “gestioni esistenti” e, precisamente, le seguenti:

- a) le concessioni affidate a società miste con socio privato scelto con gara (“le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza”;
- b) le concessioni affidate a società “in house” (le concessioni “affidate a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano”);
- c) “le concessioni affidate alla data del 1° ottobre 2003 a società già quotate in borsa e a quelle da esse direttamente partecipate a tale data a condizione che siano concessionarie esclusive del servizio, nonché a società originariamente a capitale interamente pubblico che entro la stessa data abbiano provveduto a collocare sul mercato quote di capitale attraverso procedure ad evidenza pubblica”. Per queste concessioni la scadenza è stabilita “allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure ad evidenza pubblica, salva la possibilità di determinare caso per caso la cessazione in una data successiva qualora la stessa risulti proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati da parte del gestore” (cfr. ultima parte del comma 15-bis).

11.3 La disposizione di cui al comma 15-bis dell’articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 è stata abrogata dalla lettera a) del comma 1 dell’art. 12 del D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

**12. I presupposti che integrano la fattispecie della salvaguardia devono essere presenti alla data di entrata in vigore della disposizione normativa che tale salvaguardia prevede.**

12.1 Per poter beneficiare della disciplina di salvaguardia (cioè della prosecuzione della gestione anche dopo l’affidamento del

servizio idrico integrato da parte dell'Autorità d'ambito), prevista dal citato comma 15-bis dell'articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, è necessario che tutti i presupposti che integrano la fattispecie della salvaguardia siano presenti alla data di entrata in vigore della disposizione normativa che tale salvaguardia prevede, cioè che la fattispecie salvaguardata risulti “perfezionata” alla suddetta data (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza n. 5080/2014).

- 12.2 Secondo la citata giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza n. 5080/2014), che esamina proprio la disposizione del comma 15-bis dell'art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, non è consentito il “perfezionamento della fattispecie normativa “a posteriori”. L'assunto, infatti, priva la norma in questione delle sue caratteristiche di disposizione transitoria, frutto del bilanciamento tra l'obiettivo primario della riorganizzazione del servizio idrico integrato per ambiti ottimali, da un lato, e la tutela del legittimo affidamento alla prosecuzione delle concessioni in essere al momento della sua entrata in vigore da parte dei relativi concessionari dall'altro lato, finendo invece per assumere (per il tempo in cui è rimasta in vigore) le caratteristiche di norma “a regime”. Con ciò si determinerebbe dunque uno svuotamento degli obiettivi di efficiente allocazione del servizio sottesi alla istituzione degli ambiti territoriali ottimali, consentendo alle singole amministrazioni comunali – in contrasto con la chiara determinazione del legislatore – di procrastinare a loro piacimento la situazione di frammentazione che la normativa di settore ha inteso superare. Inoltre, verrebbe dilatata l'ipotesi derogatoria di salvaguardia degli affidamenti preesistenti prevista dalla disciplina generale sui servizi pubblici locali, la quale va invece circoscritta alle gestioni esistenti al momento della sua introduzione nell'ordinamento giuridico”.

**13 Il comma 15-bis dell'articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 fa riferimento alle sole gestioni esistenti costituite da “concessioni del servizio idrico integrato”.**

- 13.1 Il significato di tale locuzione (“servizio idrico integrato”) è chiaro e discende dall'art. 141, comma 2, del D.Lgs. n. 152/2006, investendo l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di

fognatura e di depurazione delle acque reflue. Il concetto indicato assume natura unitaria sin dalla legge n. 36/1994, il cui art. 4 demandava allo Stato il compito di stabilire (lett. f) “i criteri per la gestione del servizio idrico integrato, costituito dall’insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue”. L’ispirazione che sorregge tutta la normativa di settore è quella dell’unitarietà della gestione del servizio idrico integrato in tutto l’ambito di riferimento (cfr Tar Lombardia, Sezione staccata di Brescia, sentenza n. 247 del 12.3.2014, che richiama TAR Toscana, Sezione Seconda, sentenza n. 687 del 17.3.2010, confermata da Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza n. 4527 del 28.7.2011; ma, nello stesso senso, Tar Toscana, Sezione Seconda, n. 439 del 19.2.2010, confermata da Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4528 del 28.7.2011).

- 13.2 Sulla base quindi di un’interpretazione letterale del comma 15-bis dell’articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, può ritenersi che le “gestioni esistenti” che possono continuare, ove ricorrano i requisiti e le condizioni contenute nella citata disposizione, sono costituite dalle concessioni disposte dai Comuni che abbiano in ogni caso come oggetto il “servizio idrico integrato” (nel significato sopra specificato), mentre non possono comunque proseguire e devono quindi essere dichiarate decadute le concessioni disposte dai Comuni aventi ad oggetto singoli segmenti del servizio (in questo senso, TAR Lombardia, Sezione staccata di Brescia, sentenza n. 247 del 12.3.2014).

**14 L’interpretazione secondo cui possono proseguire gli affidamenti disposti dai Comuni in epoca successiva all’entrata in vigore della legge n. 36/1994 se rientranti nelle fattispecie per le quali comma 15-bis dell’articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 prevedeva la continuazione.**

L’interpretazione letterale del combinato disposto delle disposizioni contenute nell’articolo 172, comma 2, del D.Lgs. n. 152/2006 (nella versione antecedente alle modifiche apportate dal citato art. 7 del d.l. n. 133 del 2014 convertito dalla legge n. 164 del 2014) e del comma 15-bis dell’articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – pur con la limitazione sopra indicata secondo cui la salvaguardia potrebbe

riguardare soltanto gli affidamenti aventi ad oggetto il “servizio idrico integrato” – consentirebbe (sempre che sussistano i requisiti e le condizioni previste dalla disposizione contenute nel predetto comma 15-bis dell’articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267) la prosecuzione di affidamenti disposti dai Comuni in epoca successiva all’entrata in vigore della legge n. 36/1994 (e, forse, anche di quelli disposti in epoca precedente).

**15 La diversa interpretazione secondo cui decadono tutti gli affidamenti disposti dai Comuni in epoca successiva all’entrata in vigore della legge n. 36/1994**

15.1 La conclusione cui si giunge attraverso l’interpretazione letterale di cui sopra non appare convincente in quanto contrasta con i principi fondamentali contenuti nella legislazione di settore del servizio idrico integrato di cui alla legge n. 36/1994 ed al D.Lgs. n. 152/2006, e, in particolare:

- a) con il principio secondo cui le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato e di affidamento del servizio sono sottratte ai singoli Comuni per essere devoluti alle “forme di cooperazione” degli stessi previste dalla legge n. 36/1994, e poi alle Autorità d’ambito previste dal D.Lgs. n. 152/2006;
- b) con il principio di gestione del servizio idrico integrato sulla base di ambiti territoriali ottimali al fine di superare la frammentazione gestionale e di unificare tutti i segmenti del servizio.

15.2 Potrebbe quindi profilarsi una diversa interpretazione, non più letterale ma di carattere “sistematico” e “secondo ratio”, che consenta di coordinare fra di loro:

- a) la finalità di tutelare la concorrenza, con la previsione della cessazione degli affidamenti non conformi al diritto europeo sui servizi pubblici e, segnatamente, sulle modalità di affidamento degli stessi nel rispetto dei principi della concorrenza (finalità perseguita dalla legislazione di carattere generale sui servizi pubblici locali di rilevanza economica);
- b) la finalità di organizzare il servizio idrico integrato per ambiti territoriali ottimali, al fine di superare la frammentazione gestionale e di unificare tutti i segmenti del

servizio (finalità perseguita dalla legislazione di settore sul servizio idrico integrato).

15.3 Deve rilevarsi, in generale, che dall'ordinamento positivo sui servizi pubblici locali di rilevanza economica è rinvenibile un principio generale che differenzia nettamente la rilevanza giuridica e l'applicabilità ai casi specifici, da una parte, della normativa di carattere generale sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, e, dall'altra parte, della normativa di settore relativa a specifici servizi pubblici locali di rilevanza economica (cfr. Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza n. 5080/2014, ma già in precedenza Tar Toscana, Sezione Seconda, n. 439 del 19.2.2010, confermata da Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4528 del 28.7.2011; negli stessi termini Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 4527 del 28.7.2011):

- a) la normativa di carattere generale sui servizi pubblici locali di rilevanza economica è volta a individuare i requisiti in base ai quali gli affidamenti sono conformi al diritto europeo dei servizi pubblici (segnatamente, al diritto europeo che tutela e promuove la concorrenza) e – per quanto riguarda le “gestioni esistenti” – a disciplinare le fattispecie nelle quali affidamenti non conformi al diritto europeo dei servizi pubblici (segnatamente, al diritto europeo che tutela e promuove la concorrenza) possono, ciò nonostante, continuare, a quali condizioni e con quali scadenze;
- b) la normativa di settore sui servizi pubblici locali di rilevanza economica e, per quanto qui interessa, la normativa di settore sul servizio idrico integrato è volta invece ad attuare i principi, di diritto interno nazionale, di efficacia, efficienza ed economicità e di superamento della situazione di frammentazione degli affidamenti, attraverso l'allocazione dello stesso a livello di ambito territoriale ottimale (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza n. 5080/2014) e – per quanto riguarda le gestioni esistenti – a disciplinare non già e non tanto le fattispecie nelle quali affidamenti non conformi al diritto europeo dei servizi pubblici (segnatamente, al diritto europeo che tutela e promuove la concorrenza) possono continuare, ma a disciplinare le fattispecie nelle quali affidamenti non conformi ai suddetti principi, di diritto

interno nazionale, di efficacia, efficienza ed economicità e di superamento della situazione di frammentazione degli affidamenti, attraverso l'allocazione dello stesso a livello di ambito territoriale ottimale, possono continuare, a quali condizioni e con quali scadenze.

- 15.4 L'interpretazione che appare più ragionevole delle norme in questione è quella secondo la quale tutti gli affidamenti disposti dai Comuni in epoca successiva all'entrata in vigore della legge n. 36/1994 (indipendentemente dalla loro conformità con la normativa comunitaria e nazionale a tutela della concorrenza) debbano essere dichiarati decaduti con l'organizzazione del servizio idrico integrato per ambiti territoriali ottimali e con il conseguente affidamento del servizio al gestore di ambito da parte, prima (sotto la vigenza della legge n. 36/1994), della "forma di cooperazione" fra gli enti locali, poi (sotto la vigenza del D.Lgs n. 152/2006, prima delle modifiche di cui all'art. 7 del d.l. n. 133 del 2014 convertito dalla legge n. 164 del 2014), dell'Autorità d'ambito, e ora (vigente il D.Lgs n. 152/2006 con le modifiche apportate dall'art. 7 del d.l. n. 133 del 2014 convertito dalla legge n. 164 del 2014), dell'Ente di governo dell'ambito.
- 15.5 Secondo questa interpretazione, la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006, nella previgente formulazione, avrebbe la sola finalità, con il richiamo alle scadenze del termine di cui al comma 15-bis dell'articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, di individuare la scadenza anticipata non delle concessioni disposte dai Comuni, ma delle concessioni del servizio idrico integrato disposte, ai sensi della legge n. 36/1994, dalle "forme di cooperazione" fra gli enti locali previste dalla stessa legge n. 36/1994 e "rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica".
- 15.6 Secondo questa interpretazione, quindi, il combinato disposto delle disposizioni contenute nell'articolo 172, comma 2, del D.Lgs. n. 152/2006 (nella versione antecedente alle modifiche apportate dal citato art. 7 del d.l. n. 133 del 2014 convertito dalla legge n. 164 del 2014) e del comma 15-bis dell'articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, stabilisce che:
- a) le concessioni del servizio idrico integrato disposte, ai sensi della legge n. 36/1994, dalle "forme di cooperazione" fra gli

enti locali previste dalla stessa legge n. 36/1994 e “rilasciate con procedure diverse dall’evidenza pubblica” cessano, “relativamente al servizio idrico integrato” alla data del 31 dicembre 2007, con l’eccezione delle concessioni rilasciate a società quotate in borsa e loro partecipate (la cui scadenza è stabilita “allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure ad evidenza pubblica, salva la possibilità di determinare caso per caso la cessazione in una data successiva qualora la stessa risulti proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati da parte del gestore”, cfr. ultima parte del comma 15-bis), e ferma restando la prosecuzione delle società miste, a condizione che il socio privato sia stato scelto con gara, e delle società a capitale interamente pubblico, a condizione che rispettino i requisiti previsti dal diritto europeo in tema di “in house”, in quanto, in entrambi i casi, si tratta di fattispecie consentite dall’ordinamento europeo;

- b) le concessioni rilasciate da parte dei Comuni cessano con l’affidamento del servizio idrico integrato da parte delle Autorità d’ambito, ai sensi del D.Lgs. n. 152/2006.

15.7 L’interpretazione che è stata sopra indicata appare confermata dalla recente sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, n. 5080/2014, la quale – pur nella vigenza del principio di unitarietà della gestione del servizio idrico integrato, ora sostituito da quello della “unicità” – ha affermato che “se [...] l’unitarietà della gestione del servizio idrico a livello di ambito non presuppone necessariamente l’unicità del gestore (come tra l’altro chiarito dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n. 246 del 24 luglio 2009, § 12.5.2.), è altrettanto indiscutibile che la riorganizzazione dello stesso a livello di ambito territoriale ottimale costituisce una scelta coerente con gli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità e di superamento della frammentazione delle gestioni esistenti fissati dalla legislazione sopra esaminata, che, invece, la continuazione delle gestioni a livello di singolo Comune compreso nell’ambito perpetuerebbe”, precisando che non è consentito “alle singole amministrazioni comunali – in contrasto con la chiara determinazione del legislatore – di procrastinare a loro piacimento la situazione di frammentazione che la normativa di settore ha inteso superare”.

**16 La decadenza degli affidamenti disposti dai Comuni in epoca successiva all'entrata in vigore della legge n. 36/1994 di "matrice pubblicistica".**

- 16.1 In ogni caso, appare senz'altro in contrasto con i principi fondamentali di riforma del servizio idrico integrato sopra richiamati, contenuti nella legislazione di settore del servizio idrico integrato di cui alla legge n. 36/1994 ed al D.Lgs. n. 152/2006, la prosecuzione di gestioni di matrice pubblicistica, con ciò intendendosi non soltanto le gestioni in economia da parte dei Comuni, ma anche le gestioni effettuate da enti pubblici economici (come le aziende speciali) o dalle società partecipate totalmente dal Comune (a maggior ragione quando siano qualificabili come società "in house").
- 16.2 Non è questa la sede per descrivere le caratteristiche giuridiche delle aziende speciali e delle società "in house"; quel che rileva è che esse integrano una gestione sostanzialmente diretta del servizio da parte dell'amministrazione comunale e si configurano come "*longa manus*" della stessa, per cui non risulta che possano vantare alcuna aspettativa alla prosecuzione della gestione del servizio, che si porrebbe in contrasto con i principi di organizzazione del servizio idrico integrato per ambiti territoriali ottimali e di unicità della sua gestione, al fine di superare la frammentazione gestionale e di ricondurre ad unità tutti i segmenti del servizio.
- 16.3 Del resto, l'art. 10 della legge n. 36/1994 disponeva espressamente la cessazione di tutte le gestioni di matrice pubblicistica, così come riconosciuto in modo pacifico dalla giurisprudenza (cfr le sentenze sopra citate).
- 16.4 Ne consegue che deve essere dichiarata la decadenza non solo delle gestioni in economia dei Comuni, ma anche di tutte le gestioni affidate a soggetti comunque di matrice pubblicistica, ivi comprese le aziende speciali, anche consortili, e le società a partecipazione totalmente pubblica.

**17 Gli "affidamenti intermedi" successivi all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 152/2006.**

- 17.1 Per quanto concerne i c.d. "affidamenti intermedi", cioè gli



affidamenti disposti dai Comuni dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 152/2006 e prima dell'affidamento del servizio idrico integrato al gestore di ambito da parte dell'Autorità d'ambito ai sensi del medesimo decreto legislativo, l'articolo 172, comma 2, del citato D.Lgs. n. 152/2006 (così come il previgente art. 10 della legge n. 36/1994) non detta alcuna disciplina.

17.2 La soluzione della questione deve essere risolta analogamente a quella sotto la vigenza della legge n. 36/1994, cioè sulla base di una interpretazione sistematica delle suddette norme che tenga conto dei principi fondamentali di riforma del servizio idrico integrato contenuti nella legge n. 36/1994 e nel D.Lgs. n. 152/2006, cioè, in particolare:

- a) del principio secondo cui le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato e di affidamento del servizio sono sottratte ai singoli Comuni per essere devoluti alla “forma di cooperazione” degli stessi prevista dalla legge n. 36/1994, che, con il D.Lgs. n. 152/2006, che introduce l'Autorità d'ambito territoriale ottimale, viene elevata al rango di soggetto di diritto;
- b) del principio di gestione del servizio idrico integrato sulla base di ambiti territoriali ottimali al fine di superare la frammentazione gestionale e di unificare tutti i segmenti del servizio.

17.3 Pertanto, anche tali affidamenti “intermedi” disposti dai Comuni dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 152/2006 e prima dell'affidamento del servizio idrico integrato al gestore di ambito da parte dell'Autorità d'ambito (come gli affidamenti disposti dai Comuni dopo l'entrata in vigore della legge n. 36/1994, di cui abbiamo sopra trattato):

- a) sono “incompatibili” con il nuovo sistema di gestione per ambiti territoriali ottimali delineato dal legislatore;
- b) non possono essere conservati sino alla loro scadenza originaria, in quanto l'art. 172, comma 2, del D.Lgs. n. 152/2006 si riferisce alle sole “gestioni esistenti” e, cioè, alle gestioni affidate prima della data di entrata in vigore del suddetto D.Lgs. n. 152/2006.

17.4 Ne consegue che tali affidamenti “intermedi”:

- a) possono proseguire soltanto ove giustificati da esigenze di

continuità del servizio;

- b) in ogni caso, possono proseguire non oltre il momento in cui il servizio stesso sia stato affidato (dall'Autorità d'ambito) al gestore di ambito del servizio idrico integrato.

**18 Le disposizioni in tema di gestioni esistenti o di regime transitorio contenute nella normativa generale di disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.**

- 18.1 Per la disciplina delle gestioni esistenti nel settore del servizio idrico integrato, non è consentito applicare le disposizioni in tema di gestioni esistenti o di regime transitorio contenute nella normativa generale di disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (quali, ad esempio, l'art. 23-bis della legge n. 133 del 2008, di conversione del decreto legge n. 112 del 2008, oppure l'art. 34, commi 21 e 22, del decreto legge n. 179/2012, convertito dalla legge n. 221/2012). Deve pertanto applicarsi, in via esclusiva, la legislazione di settore del servizio idrico integrato, cioè l'art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006, nonché la legislazione specifica che tale norma richiama, cioè il comma 15-bis dell'articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza n. 5080 del 14 ottobre 2014).
- 18.2 Secondo la citata giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza n. 5080/2014) – che esamina proprio la disposizione contenute nell'art. 23-bis della legge n. 133 del 2008, di conversione del decreto legge n. 112 del 2008 e quella contenuta nell'art. 34, commi 21 e 22, del decreto legge n. 179/2012, convertito dalla legge n. 221/2012 – “rispetto alla norma in questione [l'art. 23-bis della legge n. 133 del 2008, di conversione del decreto legge n. 112 del 2008] si atteggia tuttavia a speciale quella (...) contenuta nell'art. 113, comma 15-bis, d.lgs. n. 267/2000, in virtù del suo riferimento particolare al servizio idrico integrato e del fatto di essere recettiziamente richiamato dall'art. 172, comma 2, del decreto legislativo n. 152 del 2006. Ad ulteriore conferma di tale specialità, deve essere evidenziato che, nella sua versione originaria, prima cioè delle modifiche introdotte dal citato d.l. n. 135/2009, il comma 8 dell'art. 23-bis era espressamente riferito alle <<concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure

diverse dall'evidenza pubblica>>, ivi prevedendosi per queste una scadenza al 31 dicembre 2010. Con la novella del 2009, per contro, è stata introdotta una disciplina transitoria generale per gli affidamenti non conformi, evidentemente suscettibile di essere derogata da disposizioni contenute in discipline di settore relative al singolo servizio pubblico, tanto più se maggiormente coerenti con i principi comunitari che il d.l. 135/2009 ha inteso attuare per tutti i servizi pubblici locali. Conseguentemente, nel conflitto apparente con quella successiva, avente ad oggetto la stessa materia, deve essere data prevalenza a quella del t.u.e.l., nonché al citato art. 172, comma 2, t.u. ambiente, il quale è finalizzato non solo ad attuare i principi di concorrenzialità di matrice europea ma anche quelli specifici di origine interna relativi al servizio idrico integrato, vale a dire di efficacia, efficienza ed economicità e di superamento della situazione di frammentazione degli affidamenti, attraverso l'allocazione dello stesso a livello di ambito territoriale ottimale. Conseguentemente, deve escludersi che, una volta accertata l'insussistenza dei presupposti ai sensi di quest'ultima disposizione, la salvaguardia dell'efficacia possa essere in qualche modo recuperata in virtù della norma successiva. Né l'applicabilità delle disposizioni contenute nell'art. 23-bis può essere sostenuta sotto altri profili, ed in particolare in forza della prevalenza sancita al comma 1 sulle discipline di settore incompatibili. Tale prevalenza concerne infatti i casi in cui queste ultime si pongano in contrasto con i principi di concorsualità nell'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica di origine europea, che la disposizione in esame ha inteso affermare sul piano interno. Ebbene, come sopra accennato, un simile contrasto non è certo ravvisabile in relazione alle norme sul servizio idrico integrato finora richiamate, atteso che nell'ambito di queste ultime viene operato un richiamo proprio ai principi dell'evidenza pubblica comunitaria per la selezione del gestore del servizio idrico (art. 150, comma 2, d.lgs. n. 152/2006). Pertanto, è a queste ultime norme che deve essere attribuita prevalenza rispetto a quelle generali contenute nell'art. 23-bis. Del pari non è applicabile la clausola di salvezza contenuta nel comma 12 del medesimo art. 23-bis. Questa è infatti relativa alle <<procedure di affidamento già avviate>> alla data di entrata in vigore della l. n. 133/2008, ma non già agli affidamenti in essere e quindi, trattandosi di una

ulteriore ipotesi derogatoria rispetto a quella del comma 8, lett. c), la stessa deve essere applicata in senso rigorosamente letterale, come visto sopra a proposito dell'art. 113, comma 15-bis, t.u.e.l.”.

- 18.3 La citata giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sentenza n. 5080/2014) perviene alle stesse conclusioni anche con riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 34, commi 21 e 22, del decreto legge n. 179/2012, convertito dalla legge n. 221/2012: “Il diritto alla prosecuzione del servizio invocato nel presente giudizio non può essere ricavato, sempre con ragionamento a contrario, dalla normativa in materia di servizi pubblici locali introdotta dal d.l. n. 179/2012 (conv. con l. n. 221/2012, “recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese”), ed in particolare dalla salvezza sino al 31 dicembre 2013 per gli affidamenti <<non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea>>, ai sensi dell'art. 34, comma 21 (indicato erroneamente dalle appellanti come comma 20). Anche nei rapporti tra quest'ultimo intervento normativo e l'art. 113, comma 15-bis, d.lgs. n. 267/2000 si riproduce infatti il rapporto di specialità visto in sede di esame dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008, per cui è sufficiente richiamare le considerazioni poc'anzi svolte.”.
- 18.4 Con riferimento all'art. 34 del decreto legge n. 179/2012, convertito dalla legge n. 221/2012, il Consiglio di Stato individua un ulteriore motivo che impedisce l'applicabilità delle relative disposizioni al settore del servizio idrico integrato, rilevando che “peraltro, l'art. 34, comma 21, in esame, ha un oggetto ed una finalità ben precisi, consistenti nel completo adeguamento degli affidamenti dei servizi pubblici locali, preesistenti e successivi all'entrata in vigore del d.l. n. 179/2012, alla normativa europea, il tutto come evincibile dalla lettura combinata con il precedente comma 20 ed il successivo comma 22. Per contro, nella presente vicenda contenziosa l'Autorità d'ambito (...) e la Provincia di (...) ad essa subentrata non hanno inteso conformarsi al diritto europeo dei servizi pubblici, ma hanno attuato la riorganizzazione dello specifico servizio idrico integrato per singolo ambito territoriale. L'iniziativa qui contestata trae quindi origine dai vincoli normativi di carattere interno relativi al servizio idrico integrato, poc'anzi visti, di efficiente allocazione del servizio idrico integrato, rispondenti a

finalità ulteriori e non in contrasto con quelle perseguite in ambito sovranazionale.”.

- 18.5 Deve peraltro rilevarsi che la finalità consistente nel “completo adeguamento degli affidamenti dei servizi pubblici locali alla normativa europea” era proprio anche delle disposizioni contenute nell’art. 23-bis della legge n. 133 del 2008, di conversione del decreto legge n. 112 del 2008.

**19 Inquadramento dell’affidamento del servizio idrico integrato da parte dell’ente di governo dell’ambito della provincia di Varese nelle fattispecie di cui all’art. 172 D.Lgs. n. 152/2006.**

- 19.1 La disposizione di cui al comma 1 dell’art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006 impone agli enti di governo, che siano inadempienti rispetto (i) alla redazione del Piano d’ambito “ovvero” (ii) alla scelta della forma di gestione ed all’avvio della procedura di affidamento, di adottare i predetti provvedimenti disponendo l’affidamento del servizio al gestore unico.
- 19.2 La data entro la quale dovevano essere approvati i suddetti atti è da ritenersi quella dell’entrata in vigore delle disposizioni innovative dell’art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006 contenute nell’art. 7 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, pubblicato in G.U. del 12 settembre 2014, convertito dalla legge 11 novembre 2014 n. 164, pubblicata in G.U. del 11 novembre 2014, cioè la data del 13 settembre 2014 di entrata in vigore del suddetto d.l. n. 133/2014.
- 19.3 L’ente di governo della provincia di Varese ha approvato il Piano d’ambito in epoca antecedente alla data del 13 settembre 2014, ma (i) la scelta della forma di gestione “in house” del servizio idrico integrato è avvenuta, da ultimo, con deliberazione del consiglio provinciale della Provincia di Varese n. 9 del 23 aprile 2015, e (ii) il procedimento di affidamento del servizio idrico integrato (che comprende anche la decisione sull’eventuale decadenza delle gestioni esistenti) è stato avviato con atto di avvio del procedimento, ai sensi dell’art. 7 della legge n. 241 del 1990, in data 27 aprile 2015.
- 19.4 La delibera di conferma della scelta della forma di gestione “in house” è stata adottata anche al fine di eliminare qualsiasi dubbio in merito all’ambito oggettivo di efficacia della sentenza del TAR Lombardia, Sezione Terza, n. 3005/2014 (se, cioè, tale sentenza

avesse annullato, oltre alla precedente deliberazione di scelta della forma di gestione “in house” da parte del Commissario straordinario della Provincia di Varese n. 18 del 26.7.2013, anche quella dello stesso Commissario straordinario n. 20 del 18.4.2014).

19.5 Poiché appare sufficiente, al fine di fare rientrare la fattispecie nell'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006, non avere provveduto, entro il termine del 12 novembre 2014, anche ad uno solo dei due adempimenti indicati dalla norma – (i) redazione del Piano d'Ambito “ovvero” (ii) scelta della forma di gestione e avvio della procedura di affidamento – è da ritenersi che l'affidamento del servizio idrico integrato da parte dell'Ente di governo dell'ambito della Provincia di Varese rientri nella fattispecie di cui al primo comma dell'art. 172 D.Lgs. n. 152/2006.

## **20 L'interpretazione dell'art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006 e la sua compatibilità con i principi della riforma del servizio idrico integrato.**

20.1 L'affidamento del servizio idrico integrato da parte dell'Ente di governo dell'ambito della Provincia di Varese rientra nella fattispecie di cui al primo comma dell'art. 172 D.Lgs. n. 152/2006 anche sulla base di una interpretazione sistematica e secondo “ratio” della norma stessa, che consenta di ritenerla compatibile con i principi di riforma del servizio idrico integrato.

20.2 Non pare sussistano dubbi sulla circostanza che la disposizione di cui al comma 2 si riferisca all'ipotesi in cui nell'ambito di riferimento sia stato disposto l'affidamento del servizio idrico integrato ai sensi della legge n. 36/1994 o del D.Lgs. n. 152/2006, poiché la norma presuppone l'esistenza del gestore del servizio idrico integrato “alla data di entrata in vigore della presente disposizione”.

20.3 La disposizione di cui al comma 1 sembra invece riferirsi all'ipotesi in cui nell'ambito di riferimento non sia mai stato disposto alcun affidamento del servizio idrico integrato ai sensi della legge n. 36/1994 o del D.Lgs. n. 152/2006, mentre la disposizione di cui al comma 3 sembra riferirsi all'ipotesi in cui le Autorità di ambito

abbiano già affidato il servizio idrico integrato ai sensi della legge n. 36/1994 o del D.Lgs. n. 152/2006, ma non ad un gestore unico per l'intero ambito (non imponendo tali normative l'affidamento ad un unico gestore di ambito), ma ad una pluralità di gestori, o comunque all'ipotesi in cui, nel disporre l'affidamento del servizio idrico integrato ai sensi della legge n. 36/1994 o del D.Lgs. n. 152/2006, abbiano salvaguardato altri gestori esistenti, prevedendo la loro continuazione fino alla scadenza dei relativi affidamenti.

20.4 L'interpretazione di cui al precedente punto 20.3 sembra avvalorata dal fatto che, diversamente ragionando, la norma potrebbe essere interpretata nel senso (irragionevole) che nelle ipotesi in cui nell'ambito di riferimento non sia mai stato disposto l'affidamento del servizio idrico integrato ai sensi della legge n. 36/1994 o del D.Lgs. n. 152/2006:

- a) se l'Ente di governo dell'ambito non ha provveduto alla redazione del Piano d'Ambito, ovvero non ha scelto la forma di gestione ed avviato la procedura di affidamento, deve approvare tali atti e disporre l'affidamento al "gestore unico" immediatamente, cioè entro la data del 30 settembre 2015 (fatta salva la prosecuzione degli affidamenti conformi alla disciplina pro tempore vigente);
- b) se l'Ente di governo dell'ambito ha invece già provveduto a tali adempimenti e sia quindi in procinto di disporre l'affidamento al gestore unico, detto affidamento deve invece essere rinviato alle successive scadenze previste dal comma 3.

Se l'Ente di governo dell'ambito è stato inadempiente nel porre in essere gli atti di programmazione (l'approvazione del Piano d'ambito), la scelta della forma di gestione e la procedura di affidamento, gli viene consentito, ed anzi imposto, di approvare subito tali atti e di disporre l'affidamento al "gestore unico"; se invece l'Ente di governo è stato diligente nel porre in essere i predetti atti, ma non ha ancora approvato soltanto l'atto finale di affidamento del servizio, viene penalizzato in quanto gli viene impedito di disporre subito l'affidamento al gestore unico.

Tale conseguenza è del tutto irragionevole, a meno che non si accolga l'interpretazione che abbiamo sopra indicato al punto 20.3: che, cioè, l'ipotesi di cui al comma 3 si riferisce ai casi in cui l'Ente di governo dell'ambito avesse già disposto (prima dell'entrata in

vigore dell'art. 7 del d.l. n. 133 del 2014 convertito dalla legge n. 164 del 2014) l'affidamento del servizio idrico integrato ai sensi della legge n. 36/1994 o del D.Lgs. n. 152/2006; affidamento che, tuttavia, non imponendo tali norme il gestore "unico", ben poteva mantenere in essere una pluralità di gestioni all'interno dell'ambito territoriale di riferimento.

Nell'ipotesi di cui al comma 3, il fondamento razionale che giustifica il rinvio nel tempo dell'affidamento al gestore "unico" è costituito (i) dal fatto che le gestioni esistenti (pur in presenza, appunto, di una pluralità di gestioni e non di un gestore "unico") hanno ricevuto l'affidamento non dai Comuni, ma dall'Ente di governo dell'ambito; (ii) dal fatto che comunque, pur in presenza di una pluralità di gestioni, il servizio idrico integrato sia comunque organizzato sulla base di un Piano d'ambito approvato dall'Ente di governo dell'ambito e previa scelta, sempre da parte dell'Ente di governo, della forma di gestione del servizio.

Insomma, nell'ipotesi di cui al comma 3, l'Ente di governo ha effettivamente svolto le proprie funzioni previste dalla normativa di settore di disciplina del servizio idrico integrato, mediante l'approvazione del Piano d'ambito, la scelta della forma di gestione e l'affidamento del servizio idrico integrato ai sensi della legge n. 36/1994 o del D.Lgs. n. 152/2006, anche se si è ancora in presenza di una pluralità di gestioni e non di un gestore unico, ma comunque di una pluralità di gestioni affidate o comunque assentite dall'Ente di governo dell'ambito: in questi casi si giustifica e si comprende il rinvio dell'affidamento al gestore unico di ambito. Siamo in presenza di una pluralità di gestioni, ma non di una "frammentazione" gestionale in quanto il servizio idrico integrato è comunque organizzato sulla base degli atti posti in essere dall'Ente di governo dell'ambito.

Nell'ipotesi di cui al comma 1, invece, ove l'Ente di governo dell'ambito non ha posto in essere gli adempimenti di cui sopra e, pertanto, i gestori esistenti continuano a gestire i servizi sulla base di affidamenti ricevuti dai Comuni e non dall'Ente di governo dell'ambito, ben si comprende l'obbligo che il comma 1 dell'art. 172 impone agli Enti di governo dell'ambito di procedere immediatamente all'approvazione di tali atti ed all'affidamento del servizio idrico integrato al gestore unico (pur salvaguardando gli affidamenti conformi alla disciplina pro tempore vigente). Siamo



infatti in presenza non tanto di una pluralità di gestioni, ma di una vera e propria “frammentazione” gestionale costituita da gestori che hanno ricevuto l’affidamento dai Comuni e senza alcuna organizzazione del servizio idrico integrato da parte dell’Ente di governo dell’ambito.

- 20.5 In definitiva, la disposizione di cui al primo comma dell’art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006 sembra applicarsi – seguendo un’interpretazione ragionevole, che tenga conto anche del contenuto delle disposizioni di cui ai successivi commi 2 e 3 – agli Enti di governo dell’ambito che devono ancora provvedere, per la prima volta, all’affidamento del servizio idrico integrato nell’ambito territoriale ai sensi della legislazione di settore di disciplina del servizio: e questa è la situazione in cui si trova l’Ente di governo dell’ambito della provincia di Varese.
- 20.6 Poiché nell’ambito della Provincia di Varese non è mai stato disposto alcun affidamento del servizio idrico integrato ai sensi della legge n. 36/1994 o del D.Lgs. n. 152/2006, si rientra nella fattispecie di cui al primo comma dell’art. 172 D.Lgs. n. 152/2006.

## **Parte seconda**

### **La valutazione sulla decadenza o sulla salvaguardia delle gestioni esistenti nell'ambito territoriale della provincia di Varese sulla base della "Ricognizione" effettuata.**

#### **1 I risultati della Ricognizione giuridica delle gestioni esistenti**

- 1.1 L'Ufficio d'Ambito ha redatto il documento dal titolo "Ricognizione gestioni esistenti – Aspetti giuridici", composto da due documenti allegati intitolati, rispettivamente, "Quadro riassuntivo delle gestioni esistenti" (Allegato sub 1) e "Analisi delle società di gestione esistenti" (Allegato sub 2), che complessivamente descrivono la ricognizione delle gestioni esistenti nell'ATO della Provincia di Varese.
- 1.2 Con riferimento all'oggetto del servizio – se, cioè, esso è gestito in modo "integrato" (come già rilevato, il servizio idrico integrato è definito dall'art. 141, comma 2, del D.Lgs. n. 152/2006 come l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue) oppure relativamente ad alcuni soltanto dei segmenti di cui è composto – dall'analisi è risultato che soltanto in 22 Comuni il servizio è gestito in modo integrato da un unico soggetto. Delle 22 gestioni, 14 sono costituite da gestioni "in economia" del Comune e 8 da affidamenti a 3 società pubbliche:
  - AMSC Spa, che risulta affidataria del servizio idrico integrato da parte di 6 Comuni (Cadrezzate, Golasecca, Sesto Calende, Somma Lombardo, Vergiate, Vizzola Ticino);
  - Lura Ambiente Spa, che risulta affidataria del servizio idrico integrato da parte del Comune di Caronno Pertusella.
- 1.3 Con riferimento alle società affidatarie del servizio, è risultato, in sintesi, quanto segue:
  - a) la presenza di 25 società che gestiscono il servizio idrico integrato o segmenti dello stesso, di cui alcune anche c.d. "patrimoniali", cioè proprietarie di infrastrutture afferenti al servizio stesso;

- b) di tali società, 3 gestiscono il servizio idrico integrato (con riferimento ai Comuni sopra indicati sub. 1.2, 7 due segmenti del servizio, 15 un solo segmento;
- c) le tre principali società di gestione operanti nella Provincia di Varese per numero di abitanti serviti sono ASPEM S.p.A., AMSC S.p.A. e AGESP S.p.A.;
- d) AMSC S.p.A. e AGESP S.p.A. sono società pubbliche la cui partecipazione è detenuta per intero da enti locali della Provincia di Varese;
- e) ASPEM S.p.A. è una società a partecipazione mista pubblica e privata, partecipata per una quota azionaria del 90% del capitale sociale dalla società A2A S.p.A., la quale ha acquisito tale partecipazione dal Comune di Varese in data 15 gennaio 2009, in esecuzione all'accordo sottoscritto in data 30 settembre 2008, che segue la deliberazione n. 15 del Consiglio Comunale di Varese in data 7.5.2008;
- f) 6 società patrimoniali (Arno Spa, Bozzente Srl, Laghi Spa, Olona Spa, Valmartina Spa, e Verbano Spa) gestiscono il servizio relativo al segmento della depurazione avvalendosi per la gestione dello stesso, mediante contratto di appalto di servizi, di un soggetto terzo, la società Prealpi servizi.

## **2 La decadenza delle gestioni che non gestiscono il servizio idrico integrato, ma segmenti dello stesso.**

Le gestioni che non gestiscono il servizio idrico integrato, ma soltanto segmenti dello stesso, non beneficiano del diritto alla prosecuzione per le motivazioni sopra precisate nella Parte Prima, paragrafo 13.

## **3 La decadenza delle gestioni del servizio idrico integrato.**

- 3.1 Le gestioni esistenti indicate al precedente punto 1.2, pur gestendo il servizio idrico integrato, non possono comunque proseguire per le seguenti motivazioni.
- 3.2 Gli affidamenti ad AMSC Spa del servizio idrico integrato disposti dai Comuni non possono proseguire in quanto:
  - a) detti affidamenti risalgono ad una data compresa fra l'anno

2003 e l'anno 2006 e sono quindi successivi all'entrata in vigore della legge n. 36/1994: la decadenza discende quindi dalle motivazioni esplicate nella Prima Parte ai paragrafi 10, 15 e 17.

- b) AMSC è una società a partecipazione interamente pubblica, per cui la decadenza discende anche dalle motivazioni esplicate nella Parte Prima al paragrafo 16.

3.3 L'affidamento a Lura Ambiente Spa del servizio idrico integrato disposto dal Comune di Caronno Pertusella non può proseguire in quanto:

- a) detto affidamento risale all'anno 2000 ed è quindi successivo all'entrata in vigore della legge n. 36/1994: la decadenza discende quindi dalle motivazioni esplicate nella Prima Parte ai paragrafi 10, 15 e 17;
- b) Lura ambiente è una società a partecipazione interamente pubblica, per cui la decadenza discende anche dalle motivazioni esplicate nella Parte Prima al paragrafo 16.

#### **4 La decadenza delle gestioni di matrice pubblica**

- 4.1 Le gestioni di matrice pubblica (gestioni in economia da parte dei Comuni, gestioni mediante azienda speciale o mediante società a partecipazione interamente pubblica), indipendentemente dall'oggetto del servizio gestito (se, cioè, relativo a tutti i segmenti del servizio idrico integrato o soltanto ad alcuni segmenti), non beneficiano del diritto alla prosecuzione per le motivazioni sopra precisate nella Parte Prima ai paragrafi 14, 15 e 16.
- 4.2 Gli affidamenti alle società a partecipazione interamente pubblica sono tutti successivi alla data di entrata in vigore della legge n. 36/1994 e, moltissimi, anche all'entrata in vigore della Parte terza del D.Lgs. n. 152/2006: la decadenza discende quindi anche dalle motivazioni esplicate nella Prima Parte ai paragrafi 10, 15 e 17.
- 4.3 Anche nell'ipotesi in cui si ritenesse applicabile la previsione di cui al comma 15-bis (relativo all'esclusione dalla cessazione delle "concessioni affidate a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui

propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”), le società pubbliche esistenti non integravano i suddetti requisiti per la configurazione “in house” né alla data del 2 ottobre 2003 di entrata in vigore del decreto legge n. 269/2003 (che ha introdotto la disposizione sopra richiamata all'interno dell'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000), né alla data del 29 aprile 2006 di entrata in vigore della Parte terza del D.Lgs. n. 152/2006, mentre per la valutazione circa l'esistenza dei presupposti per la salvaguardia deve farsi riferimento al momento dell'affidamento (Consiglio di Stato, Quinta sezione, sentenza n. 5080/2014), come spiegato nella Parte prima al paragrafo 12.

- 4.4 Si precisa che anche Lura ambiente ha adeguato il proprio statuto ai requisiti richiesti per la configurazione “in house” con atti perfezionatisi in data successiva a quelle sopra indicate di entrata in vigore del decreto legge n. 269/2003 e di entrata in vigore della Parte terza del D.Lgs. n. 152/2006, mentre i presupposti che integrano la fattispecie della salvaguardia devono essere presenti alla data di entrata in vigore della disposizione normativa che tale salvaguardia prevede come esposto nella parte Prima al paragrafo 12.

## **5 Le imprese affidatarie mediante procedure competitive ad evidenza pubblica**

- 5.1 Dalla Ricognizione non risultano gestioni del “servizio idrico integrato” – cioè di tutti i segmenti dei servizi di acquedotto, fognatura e depurazione – affidate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica.
- 5.2 Dalla Ricognizione risultano le seguenti gestioni di segmenti del servizio idrico (e non dell'intero servizio idrico “integrato”), rispetto alle quali potrebbe ritenersi che l'affidamento sia avvenuto mediante una procedura competitiva ad evidenza pubblica:
- a) il servizio di acquedotto nel Comune di Cocquio Trevisago a favore della società MDG s.r.l.;
  - b) il servizio di acquedotto nel Comune di Gavirate a favore dell'associazione temporanea di imprese fra MDG s.r.l. e Protegas Feraboli s.r.l.;

- c) il servizio di acquedotto nel Comune di Mombello a favore dell'associazione temporanea di imprese fra MDG s.r.l. e Protegas Feraboli s.r.l.;
- d) il servizio di acquedotto nel Comune di Oggiona con S.Stefano a favore della società MDG s.r.l..

5.3 Tuttavia, tali gestioni non possono rivendicare il diritto alla prosecuzione per le seguenti ragioni:

- a) trattasi di affidamenti non del “servizio idrico integrato”, ma di un segmento dello stesso: per cui non beneficiano del diritto alla prosecuzione per le motivazioni esplicate nella Parte prima al paragrafo 13;
- b) tutti i predetti affidamenti si sono perfezionati successivamente all'entrata in vigore della legge n. 36 del 1994 e, nei casi di cui sopra sub c) e d), successivamente all'entrata in vigore della Parte terza del D.Lgs. n. 152 del 2006, per cui non beneficiano del diritto alla prosecuzione per le motivazioni esplicate nella Parte prima ai paragrafi 10, 15 e 17;
- c) gli affidamenti di cui sopra sub b), c) e d) hanno come oggetto un contratto di appalto di servizi e non una concessione di pubblico servizio, per cui non rientrano nelle previsioni di salvaguardia di cui al comma 15-bis dell'articolo 113 del D.Ls. n. 267/2000 che si riferisce alle sole “concessioni”.

5.4 In merito alla procedura mediante la quale la società A2A ha acquisito la partecipazione di controllo nella società ASPEM, sarà di seguito effettuata una valutazione specifica. In ogni caso, la relativa procedura è successiva sia all'entrata in vigore della legge n. 36/1994, che all'entrata in vigore della Parte terza del D.Lgs. n. 152/2006.

## **6 Prealpi Servizi**

6.1 La gestione di segmenti del servizio da parte di Prealpi Servizi non integra i presupposti per la salvaguardia per i seguenti motivi:

- a) la società non gestisce il servizio idrico integrato, ma soltanto segmenti dello stesso, per cui non beneficia del diritto alla prosecuzione per le motivazioni sopra precisate nella Parte Prima, paragrafo 13;

- b) gli affidamenti, sia quelli relativi al segmento della depurazione che quelli relativi al segmento dell'acquedotto, hanno come oggetto un contratto di appalto di servizi e non una concessione di pubblico servizio, per cui non rientrano nelle previsioni di salvaguardia di cui al comma 15-bis dell'articolo 113 del D.Lgs. n. 267/2000 che si riferisce alle sole "concessioni";
- c) gli affidamenti, mediante appalto di servizi, del segmento della depurazione ricevuti dalle società c.d. "Patrimoniali" sono successivi all'entrata in vigore della Parte terza del D.Lgs. n. 152 del 2006, per cui non beneficia del diritto alla prosecuzione per le motivazioni esplicate nella Parte prima ai paragrafi 10, 15 e 17;
- d) gli affidamenti, mediante appalto di servizi, del segmento dell'acquedotto sono successivi all'entrata in vigore della legge n. 36/1994 o all'entrata in vigore della Parte terza del D.Lgs. n. 152 del 2006, per cui non beneficia del diritto alla prosecuzione per le motivazioni esplicate nella Parte prima ai paragrafi 10, 15 e 17.

## **7 ASPEM.**

- 7.1 La gestione di segmenti del servizio da parte di ASPEM non integra i presupposti per la salvaguardia per i motivi di seguito esplicitati.
- 7.2 Dalla Ricognizione è risultato che la società ASPEM gestisce il servizio di acquedotto per alcuni Comuni, per cui, non gestendo il servizio idrico integrato, ma soltanto un segmento dello stesso, non beneficia del diritto alla prosecuzione per le motivazioni sopra precisate nella Parte Prima, paragrafo 13.
- 7.3 Dalla Ricognizione è risultato che gli affidamenti del segmento dell'acquedotto sono successivi all'entrata in vigore della legge n. 36/1994 o all'entrata in vigore della Parte terza del D.Lgs. n. 152 del 2006, per cui non beneficia del diritto alla prosecuzione per le motivazioni esplicate nella Parte prima ai paragrafi 10, 15 e 17.
- 7.4 ASPEM non integra i presupposti per la salvaguardia della gestione richiesti dalla disposizione di cui al comma 15-bis dell'articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, per i seguenti motivi.

- a) L'affidamento del servizio da parte del Comune di Varese ad Aspem risale al 21 dicembre 2004, ed è quindi successivo alla data del 1° ottobre 2003, data entro la quale la citata disposizione prevede che gli affidamenti diretti debbano essere assentiti, per cui l'eventuale prosecuzione non potrebbe riguardare tale Comune.

Non appare convincente la tesi contraria secondo cui il contratto di servizio sottoscritto dal Comune di Varese con ASPEM in data 21 dicembre 2004 si sostanzierebbe in una mera "prosecuzione" dell'affidamento, in quanto: (i) il contratto è strutturato come un contratto nuovo, con un nuovo termine di decorrenza dell'affidamento e la fissazione di una nuova durata dell'affidamento (30 anni); (ii) in ogni caso, anche la proroga dell'affidamento deve essere equiparata, per quanto concerne la valutazione della conformità alla normativa in tema di tutela della concorrenza, ad un affidamento nuovo.

- b) Quasi tutti gli affidamenti degli altri Comuni soci di ASPEM sono anch'essi successivi (anche di molti anni) alla data del 1° ottobre 2003 (si veda, al riguardo, i risultati della Ricognizione), per cui l'eventuale prosecuzione non potrebbe riguardare tali Comuni.
- c) I contratti di servizio di alcuni Comuni (si veda, al riguardo, i risultati della Ricognizione) prevedono la "possibilità di revisione e aggiornamento ogni 5 anni nell'ambito delle normative di legge in vigore e in particolare in rapporto alle previsioni di cui alla legge n. 36/1994", con la conseguenza che gli stessi Comuni dichiarano che tali affidamenti erano "cedevoli" rispetto a quello del servizio idrico integrato a favore del gestore di ambito disposto da parte della "forma di cooperazione" degli enti locali o dell'Autorità di ambito.
- d) L'acquisizione del controllo da parte di A2A su ASPEM non era precedente o almeno contestuale all'affidamento del servizio ad ASPEM, in contrasto con l'art. 150 del D.Lgs. n. 152/2006: la società A2A ha acquisito il 90% della partecipazione al capitale sociale di ASPEM in data 15 gennaio 2009, in un momento successivo all'affidamento del servizio ad ASPEM medesima, con violazione dell'art. 150 del D.Lgs. n. 152/2006.



- e) L'acquisizione della partecipazione da parte di A2A su ASPEM non è avvenuta in un momento antecedente al 1° ottobre 2003: la disposizione citata prevede invece in modo espresso che sia l'affidamento sia l'acquisizione della partecipazione da parte della società quotata in borsa siano avvenute prima della data del 1° ottobre 2003 ("concessioni affidate alla data del 1° ottobre 2003 a società già quotate in borsa e a quelle da esse direttamente partecipate a tale data").

7.5 Non trovano applicazione, per le ragioni esposte nella Parte Prima al paragrafo 18, le ipotesi di continuazione degli affidamenti disposti a favore di società quotate in borsa o da queste controllate disposte dalla normativa generale di disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in particolare quelle di cui:

- a) all'art. 23-bis della legge n. 133 del 2008, di conversione del decreto legge n. 112 del 2008;
- b) all'art. 34, comma 22, del decreto legge n. 179/2012, convertito dalla legge n. 221/2012.

7.6 In ogni caso, non sussistono, per quanto concerne ASPEM, tutti i presupposti richiesti dalle sopra richiamate normative generali di disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica per la prosecuzione dell'affidamento, per i seguenti motivi.

- a) Trovano applicazione tutti i motivi sopra esposti al precedente paragrafo 7.4, lettere a), b), c) e d), in base ai quali è stata esclusa l'applicabilità della disposizione di cui al comma 15-bis dell'articolo 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che trovano applicazione anche con riferimento alle sopra richiamate disposizioni di cui alle normative generali di disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.
- b) Trova applicazione anche il motivo sopra esposto al precedente paragrafo 7.4, lettera e), cioè il fatto che l'acquisizione del controllo da parte di A2A su ASPEM non sia avvenuto in un momento antecedente al 1° ottobre 2003, in quanto deve ritenersi che anche le disposizioni di cui all'art. 23-bis della legge n. 133 del 2008, di conversione del decreto legge n. 112 del 2008 e di cui all'art. 34, comma 22, del decreto legge n. 179/2012, convertito dalla legge n. 221/2012, richiedano, quale presupposto della salvaguardia, l'acquisizione del controllo da parte della società quotata in borsa in un momento antecedente al 1° ottobre 2003.

La contraria interpretazione (secondo la quale, cioè, sarebbe possibile alle società quotate in borsa di acquisire partecipazioni di controllo in società affidatarie del servizio con procedure diverse dall'evidenza pubblica, anche dopo la data del 1° ottobre 2003, senza alcun limite temporale e facendo derivare, da tale acquisizione del controllo, il diritto della società controllata – che ha ricevuto l'affidamento con procedure diverse dall'evidenza pubblica – alla prosecuzione della gestione fino alla “scadenza prevista nel contratto di servizio”), si legittimerebbe un *vulnus* inaccettabile sia dei principi europei di tutela della concorrenza, che richiedono come regola l'affidamento mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, e di quelli di parità di trattamento fra gli operatori economici (imposti, innanzitutto, dal Trattato sul funzionamento della comunità europea e dalle direttive comunitarie sugli appalti e le concessioni), sia dei principi di riforma del servizio idrico integrato (contenuti nella legislazione nazionale di settore).

In senso contrario alla tesi qui sostenuta non sembra rilevante la lieve differenza linguistica fra la versione contenuta nel comma 22 dell'art. 34 del decreto legge n. 179 del 2012 e nell'art. 23-bis (“gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2033 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate”) e la versione contenuta nel comma 15-bis dell'art. 113 del TUEL (“le concessioni affidate alla data del 1° ottobre 2003 a società già quotate in borsa e a quelle da esse direttamente partecipate a tale data”), in quanto:

- (i) l'eliminazione della seconda locuzione “a tale data” appare una mera opera di *drafting* legislativo, in quanto si elimina una inutile ridondanza e ripetizione;
- (ii) la disposizione – in quanto derogatoria, speciale ed anzi eccezionale rispetto al principio di tutela della concorrenza e della parità di trattamento fra gli operatori del mercato – deve essere interpretata in senso letterale e restrittivo, senza fare ricorso a criteri ermeneutici che ne estendano l'applicabilità a casi non espressamente contemplati;

- (iii) l'interpretazione secondo “*ratio*” della disposizione è nel senso della tesi della necessità che l'acquisizione del controllo della società quotata avvenga in un momento precedente al 1° ottobre 2003.
- c) La procedura di acquisizione delle azioni nel capitale sociale di ASPEM da parte di A2A non è avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica rispettose dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Le previsioni sopra richiamate consentono la prosecuzione degli affidamenti “diretti” (quindi senza procedure competitive ad evidenza pubblica) del servizio pubblico, ma richiedono (in modo espresso, nel caso della previsione di cui all'art. 23-bis, e comunque in modo implicito in quella di cui all'art. 34) il rispetto dei principi europei in tema di contratti pubblici per quanto concerne l'acquisizione della partecipazione della società quotata nel capitale sociale della società affidataria del servizio. In altri termini, la norma consente una deroga ai principi europei sui contratti pubblici per quanto concerne l'affidamento del servizio (consentendone la prosecuzione nonostante sia avvenuto in via “diretta” senza procedure competitive ad evidenza pubblica), ma non consente alcuna deroga per quanto concerne l'acquisizione della partecipazione nella società affidataria del servizio da parte della società quotata.

Ne consegue che, quand'anche si ritenesse possibile l'acquisizione della partecipazione di controllo nella società affidataria del servizio da parte della società quotata in borsa in un momento successivo alla data del 1° ottobre 2003, tale acquisizione deve essere rispettosa dei principi europei in tema di contratti pubblici.

La procedura di acquisizione delle azioni nel capitale sociale di ASPEM da parte di A2A non rispetta i principi generali sui contratti pubblici sopra richiamati in quanto non è stata esperita una procedura competitiva ad evidenza pubblica, non essendo state applicate né la disciplina di cui all'art. 1,

comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 (“Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un’opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”) né quella di cui all’articolo 1, comma 2, del D.L. n. 332/1994 convertito in legge n. 474/1994, non è stata data adeguata pubblicità all’intenzione del Comune di cedere la partecipazione, né pare sufficiente l’avere – se del caso – seguito le procedure di cui al D.Lgs. n. 163/2006 relative alle procedure negoziate, peraltro, senza previa pubblicazione di un bando (la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha sempre ritenuto condizione imprescindibile delle procedure competitive ad evidenza pubblica la previa pubblicazione di un bando o di un avviso contenente i requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione delle offerte).

A tale riguardo, non pare sufficiente che la scelta di A2A sia avvenuta “all’esito di un confronto comparativo”, in quanto la “indagine di mercato” è stata limitata al “mondo delle ex municipalizzate” e, anzi, soltanto ad un numero molto ristretto di queste.

- d) La procedura di acquisizione delle azioni nel capitale sociale di ASPEM da parte di A2A non è avvenuta nel rispetto della normativa generale sui servizi pubblici locali di rilevanza economica e della normativa di settore sull’affidamento del servizio idrico integrato, in particolare per quanto concerne: la scelta della forma di gestione (d1), la scelta del socio privato (d2), il modello di società mista (d3), il rapporto temporale fra affidamento del servizio alla società mista e scelta del socio privato (d4), per i seguenti motivi.
  - d1) La cessione della partecipazione a A2A è avvenuta senza una previa deliberazione, né da parte del Comune di Varese né da parte degli altri soci di ASPEM, di modifica del modello di gestione del servizio da gestione pubblica a gestione mediante società mista a partecipazione pubblica e privata. Deve infatti ritenersi che, prima dell’ingresso di A2A in ASPEM, doveva essere approvata da parte dei Comuni soci di ASPEM la delibera di modifica della forma di gestione del servizio,

da gestione pubblica mediante società interamente pubblica, quale era ASPEM al momento dell'affidamento del servizio da parte dei Comuni, a gestione mediante società mista a partecipazione pubblica e privata, sia pure con socio quotato in borsa.

- d2) Il socio privato A2A è stato individuato dal solo Comune di Varese con una procedura alla quale non hanno partecipato gli altri Comuni che erano soci di Aspem e che avevano già affidato alla predetta società il servizio di acquedotto, né la successiva convalida dell'operazione è avvenuta da parte di tutti i Comuni soci di Aspem. Deve infatti ritenersi che tutti i Comuni soci di ASPEM avrebbero dovuto partecipare alla scelta del socio privato della società, non potendosi “delegare” l'ingresso di un privato nella società senza la previa sottoposizione ad una valutazione in merito da parte di tutti i soci pubblici.

Con riferimento ai punti d1) e d2), non pare rilevante la successiva approvazione da parte dei Comuni della cessione della partecipazione in ASPEM operata dal Comune di Varese, in quanto (i) soltanto alcuni Comuni e non tutti i Comuni soci di ASPEM hanno approvato l'iniziativa del Comune di Varese; (ii) le delibere sono state approvate dalla Giunta comunale, mentre la titolarità in merito alla modalità di gestione dei servizi pubblici locali e alla partecipazione in società è rimessa alla competenza del consiglio comunale; (iii) le delibere si limitano a “esprimere il proprio gradimento al progetto di aggregazione del gruppo ASPEM con A2A in sede di assemblea della società ASPEM”: si tratta cioè di un mero atto di indirizzo ai rappresentanti del Comune su come dovranno votare in sede di assemblea di ASPEM, ma non una delibera di scelta del nuovo modello di gestione del servizio, che passa da società pubblica a società mista con socio privato sia pure quotato in borsa.

- d3) Al socio privato A2A non sono stati attribuiti “specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio; rimanendo il servizio sia formalmente che

sostanzialmente gestito da ASPEM (e non da A2A), mentre ad A2A compete soltanto il diritto alla designazione dei propri componenti nell'organo di amministrazione.

- d4) La partecipazione del socio privato A2A in Aspem non è avvenuta prima o almeno contestualmente all'affidamento diretto del servizio alla società Aspem medesima, in contrasto con l'allora vigente articolo 150, comma 3, del D.Lgs. n. 152 del 2006 e con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, sezione V, sentenze n. 4526, 4527 e 4528 in data 28 luglio 2011.

## **8 Conclusioni**

Sulla base delle motivazioni sopra esposte, tutte le gestioni esistenti devono essere dichiarate decadute con l'affidamento al gestore di ambito del servizio idrico integrato non ricorrendo soggetti che gestiscono il servizio in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente e non dichiarato cessato ex lege, come invece richiesto dall'art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006.

### **Parte terza**

#### **Considerazioni sui contributi pervenuti nel corso del procedimento.**

##### **Sull'atto di intervento nel procedimento di ASPEM datato 15.5.2015**

Con riferimento all'atto di intervento nel procedimento di ASPEM datato 15.5.2015 si osserva quanto segue.

1. L'art. 3-bis, comma 2-bis del D.L. n. 138/2011 si limita a prevedere – con disposizione di carattere generale – la legittimità del subentro nel contratto di affidamento e quindi la prosecuzione nella gestione del servizio fino alle scadenze ivi previste, nel caso di successione di un operatore economico al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente.

La norma, pertanto, non disciplina in modo specifico la sorte delle gestioni esistenti al momento dell'affidamento del servizio idrico integrato al gestore unico di ambito da parte dell'ente di governo dell'ambito, disciplina che è invece rinvenibile nella norma di settore costituita dall'art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006, che trova applicazione nel caso di specie.

2. La possibilità prevista dall'art. 156 del D.Lgs. n. 152/2006 di gestioni separate di singoli segmenti del servizio è una norma di carattere eccezionale, dettata nel caso di “particolari” convenzioni o concessioni, che, in ogni caso, non prevale sulle disposizioni di cui all'art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006 per la disciplina della sorte delle gestioni esistenti al momento dell'affidamento del servizio idrico integrato al gestore unico di ambito da parte dell'ente di governo dell'ambito.
3. L'affidamento del servizio idrico integrato da parte dell'Ente di governo dell'ATO della provincia di Varese rientra nella previsione di cui al comma 1 dell'art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006, per le motivazioni espresse nella Parte Prima ai paragrafi 1 e 2, cui si rinvia, mentre non trova applicazione la previsione di cui al comma 3 del medesimo art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006, per le motivazioni espresse nella Parte Prima al paragrafo 3, cui si rinvia. In ogni caso, ASPEM non ha requisiti per poter beneficiare della prosecuzione della gestione nemmeno ai sensi del citato comma 3 per le motivazioni espresse nella parte Prima e, con specifico riferimento ad ASPEM, nella parte Seconda al paragrafo 7.

4. La dichiarazione di decadenza delle gestioni esistenti non è incompatibile con una proroga temporanea delle gestioni stesse per il limitato periodo di tempo necessario alla strutturazione del nuovo gestore di ambito e all'acquisizione della disponibilità, nel rispetto della normativa vigente, dei beni e del personale afferenti al servizio idrico.
5. Non è prevista alcuna obbligatorietà nell'effettuazione di operazioni straordinarie tra gli attuali gestori e il nuovo gestore di ambito, che rimangono nella piena discrezionalità delle società eventualmente interessate.

#### **Sull'atto di intervento nel procedimento di Lura Ambiente datato 12.5.2015**

1. L'atto di intervento di Lura Ambiente è volto a dimostrare l'attuale configurazione "in house" della società. Tuttavia, nonostante l'attuale configurazione "in house", Lura Ambiente non rientra comunque nelle previsioni di salvaguardia della gestione di cui all'art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006, per le motivazioni esposte nella Parte Seconda al paragrafo 4 ed al paragrafo 3.3, in relazione a quanto esposto nella Parte Prima.
2. Nel rinviare, per l'esposizione delle ragioni ostative alla prosecuzione della gestione di Lura Ambiente, a quanto esposto nella Parte Seconda al paragrafo 4 ed al paragrafo 3.3, si replica specificamente alle considerazioni svolte nell'atto di intervento, rilevando quanto segue.
3. Con riferimento particolare alla configurazione "in house", si rinvia a quanto rilevato nella Parte Seconda ai paragrafi 4.3. e 4.4.
4. Non è condivisibile la tesi secondo la quale dopo l'entrata in vigore della legge n. 36/1994 "era ammesso l'affidamento del servizio da parte dei Comuni", che doveva invece essere disposto dalla "forma di cooperazione" fra i Comuni prevista dall'articolo 9, comma 3, della legge n. 36/1994 (come rilevato nella parte Prima al paragrafo 7).
5. Gli affidamenti dei Comuni a Lura Ambiente sono successivi all'entrata in vigore della legge n. 36/1994, per cui la decadenza discende da quanto rilevato nella Parte Seconda al paragrafo 4.2, in relazione alle motivazioni esplicate nella Parte Prima ai paragrafi 10, 15 e 17.
6. Lura Ambiente è una società a totale partecipazione pubblica, per cui la decadenza discende da quanto rilevato nella Parte Seconda al paragrafo 4.1, in relazione alle motivazioni esplicate nella Parte Prima ai paragrafi 14, 15 e 16.
7. L'affidamento del servizio di depurazione da parte del Comune di



Saronno concerne, appunto, un unico segmento del servizio idrico integrato, per cui la decadenza discende da quanto rilevato nella Parte Seconda al paragrafo 2, in relazione alle motivazioni esplicitate nella Parte Prima al paragrafo 13.

8. La possibilità prevista dall'art. 156 del D.Lgs. n. 152/2006 di gestioni separate di singoli segmenti del servizio è una norma di carattere eccezionale, dettata nel caso di “particolari” convenzioni o concessioni, che, in ogni caso, non prevale sulle disposizioni di cui all'art. 172 del D.Lgs. n. 152/2006 per la disciplina della sorte delle gestioni esistenti al momento dell'affidamento del servizio idrico integrato al gestore unico di ambito da parte dell'ente di governo dell'ambito.
9. Sull'esclusione dalla cessazione delle gestioni “in house” prevista dalla disposizione di cui al comma 15-bis dell'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000, si rinvia a quanto esposto nella Parte Prima ai paragrafi 14, 15 e 16, ove si afferma la tesi secondo cui decadono gli affidamenti disposti dai Comuni in epoca successiva all'entrata in vigore della legge n. 36/1994 di “matrice pubblicistica”.
10. Per quanto concerne la nuova definizione di “ente di governo dell'ambito” (che deve essere partecipato obbligatoriamente da tutti gli enti locali ricadenti nell'ATO ai sensi dell'art. 147 del D.Lgs. n. 152/2006), si rileva che la legge della Regione Lombardia n. 29 del 26 novembre 2014 di modifica di alcune disposizioni della legge n. 26/2003, ha confermato l'individuazione della Provincia quale ente di governo dell'ambito, la quale esercita le proprie funzioni mediante l'Ufficio d'ambito e con coinvolgimento decisionale di tutti i Comuni attraverso la Conferenza dei Comuni, i cui provvedimenti, pur formalmente di natura consultiva, hanno carattere vincolante.
11. Per quanto sopra rilevato al punto 10, risulta pertanto legittima la nomina dei membri del consiglio di amministrazione da parte del Presidente della Provincia, nomina che, del resto, ha un rilievo soltanto formale, dal momento che 3 membri sono designati e quindi espressione della Conferenza dei Comuni.

**Sull'atto di intervento nel procedimento di Verbano s.p.a. tramite lettera datata 16.5.2015**

1. La società Verbano S.p.A. non rivendica alcun diritto alla prosecuzione delle gestioni che le sono state affidate dai Comuni, ma, anzi, conferma di essere un mero “soggetto transitorio al perfezionamento del gestore

unico”, confermando pertanto la legittimità della sua dichiarazione di decadenza.

2. Proprio in considerazione dell’adesione di Verbano alla dichiarazione della propria decadenza, non è questa la sede per replicare ad alcune affermazioni contenute nella lettera che non appaiono condivisibili.

#### **Sull’atto di intervento nel procedimento del Comune di Mornago**

Il Comune di Mornago non rivendica il diritto alla prosecuzione di alcuna gestione esistente, ma chiede “che venga valutata la possibilità di subentrare nei rapporti contrattuali [da parte del nuovo gestore di ambito], secondo esigenze e per il periodo strettamente necessario a garantire piena autonomia alla Società in house”, nonché, “in sede di prima applicazione e fino a quando il sistema gestionale d’ambito non entrerà pienamente a regime” di “fare riferimento, qualora presenti, alle Società/Operatori economici già individuati dai singoli Enti”.

#### **Sull’atto di intervento nel procedimento del Comune di Induno Olona**

Il Comune di Induno Olona non rivendica il diritto alla prosecuzione di alcuna gestione esistente, ma chiede all’Ufficio d’ambito di inserire nel Piano degli interventi determinati investimenti.

#### **Sull’atto di intervento nel procedimento del Comune di Cocquio Trevisago**

Il Comune di Cocquio Trevisago non rivendica il diritto alla prosecuzione di alcuna gestione esistente, ma chiede anzi l’immediata attivazione della gestione da parte del gestore di ambito.

#### **Sull’atto di intervento nel procedimento del Comune di Cassano Magnago**

Il Comune di Cassano Magnago non rivendica il diritto alla prosecuzione di alcuna gestione esistente, ma rileva che la società “in house” dovrebbe essere partecipata dalla sola Provincia di Varese.