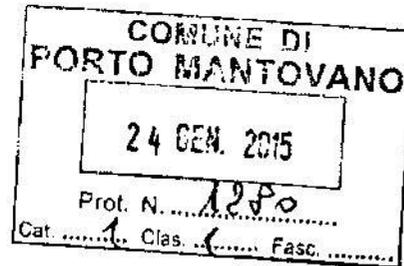


ALLEGATO "G"

Anna Torresan - Comune di Porto Mantovano

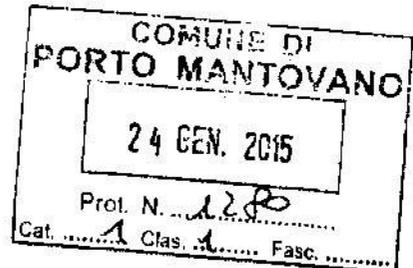
Da: paolo.colombo@pec.nctm.it
Inviato: venerdì 23 gennaio 2015 18:19
A: comuneportomantovano@legalmail.it
Oggetto: Parere pro veritate
Allegati: Parere pro veritate Comune Porto Mantovano.pdf

Invio in allegato il parere in oggetto.
Molti cordiali saluti.
Prof. Avv. Paolo Colombo



Mantova, 23 gennaio 2015

Spett.le
Comune di Porto Mantovano
Strada Cisa, 112
46047 PORTO MANTOVANO



Gestione del servizio idrico integrato e del servizio di distribuzione del gas naturale. Funzioni di A.S.E.P. S.p.a.

Parere pro veritate.

I. I quesiti.

Con delibera della G.C. n. 6 del 19 gennaio 2015, codesto Spett.le Comune mi chiede di rendere un parere *pro veritate* in ordine alla natura della società controllata A.S.E.P. S.p.a., in ordine all'attuale modello gestionale del servizio idrico integrato e del servizio di distribuzione del gas naturale, nonché in ordine alle soluzioni di carattere organizzativo idonee a porre rimedio ai possibili profili di criticità di cui darò conto ampiamente nell'espositiva che segue.

I quesiti formulati in detta delibera attengono sostanzialmente ai profili seguenti e comunque implicano una risposta ai seguenti interrogativi:

1. Quanto al servizio idrico integrato

a) quale sia la qualificazione giuridica della società A.S.E.P. s.p.a., in relazione ai modelli gestionali dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ammessi dal vigente ordinamento giuridico;

b) se detta società possa legittimamente pretendere di mantenere l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato fino a naturale scadenza del contratto stipulato con AATO il 6.8.2007;

c) in caso negativo, se il trasferimento a TEA Acque S.r.l., in aderenza all'offerta formulata da TEA S.p.a., del ramo d'azienda di A.S.E.P. S.p.a., relativo alla gestione del servizio idrico integrato, consenta di garantire la conformità alla legge del modello gestionale relativo a tale servizio;

MILANO

Via Agnello 12
20121 Milano
tel +39 02 7235111
fax +39 02 7235130

ROMA

Via delle Quattro Fontane, 161
00184 Roma
tel. +39 06 6784977
fax +39 06 6790964

VERONA

Sandone Porta Pilato 76
37122 Verona
tel. +39 045 8097000
fax +39 045 8097010

BRUXELLES

Avenue de la Joyeuse
Entrée, 1 b 11
B-1040 Bruxelles
tel. +32 (0) 2 2854685
fax +32 (0) 2 2854690

LONDON

St Michael's House
1 George Yard, Lombard Street
EC3V 9DF London
tel +44 (0) 2073759900
fax +44 (0) 2079296460

SHANGHAI

47th Floor, Hong Kong
New World Tower
300 Huaihai Zhong Road
Shanghai 200021 China
tel +86 21 51162807
fax +86 21 51162905

Sede legale Via Agnello 12, Milano

Codice Fiscale e Partita IVA: IT 12988470153

Lo studio opera nel Regno Unito come NCTM LLP e in Belgio come NCTM Association d'avocats. L'elenco soci è disponibile presso www.nctm.it

d) se detto trasferimento possa avvenire a prescindere dal ricorso a procedimenti ad evidenza pubblica.

2. Quanto al servizio di distribuzione del gas naturale

se il trasferimento a TEA Sei S.r.l., in aderenza all'offerta formulata da TEA S.p.a., del ramo d'azienda di A.S.E.P. S.p.a. relativo alla gestione del servizio di distribuzione del gas o la conseguente uscita di A.S.E.P. dall'ATI costituita con la stessa TEA Sei, aggiudicataria di detto servizio, consenta la legittima prosecuzione della gestione del servizio stesso.

3. In termini generali

se l'eventuale recesso del socio TEA S.p.a. dalla compagine sociale di A.S.E.P. costituisca condizione sufficiente a ricondurre la stessa A.S.E.P. al modello della società *in house*.

2. La ricostruzione in via di fatto della fattispecie oggetto del presente parere.

Ai fini della miglior comprensione della vicenda che ci occupa, ricordo in via di fatto ed in dettaglio, nei limiti della documentazione e delle informazioni fornitemi e di quanto qui più rileva, che:

- A.S.E.P. S.p.a. è una società mista pubblico - privata, il cui capitale sociale è detenuto dal Comune in indirizzo nella misura del 66,45%, da TEA S.p.a. nella misura del 27,22%, dalla Provincia di Mantova nella misura del 2,95%, da altri enti locali e da persone fisiche private in misura minore;
- A.S.E.P. è una tipica *multifutlity*, dal momento che, in conformità alle proprie previsioni statutarie, opera quale erogatrice di vari servizi pubblici locali (servizio idrico integrato, servizio di distribuzione del gas naturale, farmacia comunale), nonché di vari servizi strumentali nell'interesse del Comune di Porto Mantovano;
- con delibera della Conferenza d'Ambito in data 18.11.2005, l'Autorità dell'ATO della provincia di Mantova ha disposto di affidare la gestione delle reti e degli impianti volti all'erogazione del servizio idrico integrato, relativi all'area omogenea 2 (denominata medio mantovano e viadanese), alla stessa A.S.E.P., quanto al territorio dei Comuni di Porto Mantovano e San Giorgio, e a TEA S.p.a. per tutti gli altri Comuni compresi in detta area;
- la concessione del servizio di distribuzione del gas naturale è stato affidato all'ATI composta dalla mandataria TEA Sei S.r.l., società controllata da TEA S.p.a., e dalla mandante A.S.E.P., all'esito di una gara d'appalto;
- TEA S.p.a., altra *multifutlity* della Provincia di Mantova, ha oggi natura di *holding pura*,

posto che non svolge attività di natura operativa e si limita a detenere la partecipazione al capitale di una serie di società divisionali, che svolgono compiti operativi, tra l'altro, nell'erogazione di servizi pubblici locali di rilevanza economica;

- fra dette società operative divisionali rientrano, tra le altre, TEA Acque s.r.l., subentrata a TEA S.p.a. nella gestione delle reti e degli impianti volti all'erogazione del servizio idrico integrato, sopra richiamati, e TEA Sci s.r.l., odierna affidataria, in ATI con A.S.E.P., del servizio di distribuzione del gas naturale del Comune in indirizzo e del Comune di San Giorgio;
- con nota congiunta in data 7 dicembre 2010, inviata all'Autorità dell'ATO di Mantova, A.S.E.P. e Tea Acque hanno manifestato un comune intendimento, consistente nella prosecuzione da parte di A.S.E.P. nella gestione del servizio idrico integrato dei Comuni di Porto Mantovano e San Giorgio sino alla scadenza del relativo regime transitorio, e nella gestione di tale servizio da parte di Tea Acque all'indomani di tale scadenza;
- con deliberazione dell'Assemblea consortile n. 22 del 30.12.2010, l'Autorità dell'ATO della Provincia di Mantova ha preso atto di tale nota congiunta ed ha dato atto che il percorso in essa prospettato appare conforme al vigente disposto normativo e suscettibile di attuazione;
- con deliberazione del Consiglio di amministrazione n. 33 del 20.12.2013, l'Autorità dell'ATO della Provincia di Mantova ha approvato la relazione di cui all'art. 20 del d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni in l. n. 221/2012, nella quale si rilevano plurimi profili di non conformità dell'affidamento ad A.S.E.P. della gestione del servizio idrico integrato dei Comuni di Porto Mantovano e San Giorgio, rispetto ai modelli gestionali imposti dalla normativa europea e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E.;
- oltre che nell'affidamento ad operatori privati a seguito di normali gare d'appalto (ipotesi che, per quanto qui rileva, ricorre nel caso dell'affidamento del servizio di distribuzione del gas di codesto Comune), detti modelli gestionali consistono tra l'altro, come è noto, in conformità al consolidato e noto orientamento della Corte di giustizia U.E. ed in termini oggi ribaditi dall'art. 34, comma 21 del d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 221/2012, nell'affidamento del servizio a società mista pubblico privata, all'esito di una gara avente ad oggetto tanto tale affidamento, quanto la scelta di un socio privato operativo, o in alternativa nell'affidamento diretto ad una società avente i requisiti dell'*in house*;
- più in dettaglio, tale relazione rileva che A.S.E.P. non ha natura di società mista, conforme all'ordinamento europeo, in quanto: a) TEA s.p.a. ha natura di mera holding e non svolge alcuna attività gestionale; b) la stessa TEA s.p.a. è interamente partecipata da enti pubblici, per cui può dubitarsi della sua natura di socio privato; c) le gare indette dal Comune di Porto Mantovano per la cessione di parte delle proprie azioni in A.S.E.P. non prevedevano alcuna modifica statutaria, volta a consentire l'ingresso di un socio non meramente finanziario, né l'obbligatoria previsione della natura a termine dell'assunzione della qualità di socio, coincidente con la durata dell'affidamento del

servizio;

- inoltre, tale relazione rileva che A.S.E.P. non ha natura di società *in house*, posto che: a) parte del capitale, seppure di scarsa entità, è detenuto da privati e lo Statuto non limita l'ingresso di altri soci di analoga natura; b) lo Statuto non prevede alcun meccanismo che renda effettivo il "controllo analogo"; c) lo Statuto consente lo svolgimento di plurime attività anche di carattere commerciale, comunque estranee agli interessi pubblici affidati dalla legge ai Comuni soci, e contrastanti con il disposto di cui all'art. 151, comma 7 del D. lgs. n. 152/2006;
- in forza dell'attuale disposto dell'art. 34, comma 21 del d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni nella l. n. 221/2012, e della deroga ad esso apportata in forza dell'art. 13 del d.l. n. 150/2013, convertito con modificazioni in l. n. 15/2014, le gestioni esistenti del servizio idrico integrato, ancorché non conformi al vigente modello normativo, sono state prorogate al 31.12.2014;
- il secondo periodo del comma 1 dell'art. 149 bis del D.lgs. n. 152/2006, come sostituito dall'art. 1, comma 615 della l. n. 190/2014, consente l'affidamento diretto del servizio idrico integrato a società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale;
- con nota in data 4 dicembre 2014, inviata ad A.S.E.P. e al Comune in indirizzo, il Presidente dell'Ufficio d'ambito della Provincia di Mantova ha contestato il mancato adeguamento della soluzione organizzativa in essere, relativa alla gestione del servizio idrico integrato dei Comuni di Porto Mantovano e San Giorgio, ai modelli gestionali consentiti dalla normativa europea e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. e sopra richiamati e ha diffidato i medesimi soggetti a dare comunicazione, entro e non oltre il 31.12.2014, delle iniziative volte a dare avvio al processo di adeguamento citato, preavvertendo che, in difetto, A.S.E.P. dovrà considerarsi decaduta dall'affidamento;
- con nota 5 dicembre 2014, Prot. n. 2722 a firma del Presidente Dott. Luigi Gualerzi, TEA S.p.a., per conto delle controllate Tea Acque S.r.l. e Tea Sei S.r.l., ha formulato ad A.S.E.P. proposta di acquisto dei rami d'azienda afferenti al ciclo idrico integrato e alla distribuzione del gas; la proposta aveva validità fino al 31.12.2014 (poi, a quanto consta, prorogato al 31.1.2015) ed è condizionata al verificarsi dei requisiti che consentano l'esercizio del diritto di recesso da parte della stessa TEA S.p.a. sulla base del valore complessivo dell'azienda, stimato dai consulenti all'uopo nominati in € 7.808.000,00;
- con delibera 11.12.2014, n. 156 la G.C. di Porto Mantovano ha individuato nella dismissione del ramo d'azienda di A.S.E.P., relativo alla gestione del servizio idrico integrato, la soluzione economicamente sostenibile al fine di adeguare il modello gestionale di tale servizio alla normativa vigente, ha preso atto dell'offerta formulata da TEA S.p.a. con nota 4.12.2014, ha preso atto della stima del valore di A.S.E.P. e dei relativi rami d'azienda, contenuta nell'allegata relazione redatta dalla Società M.G. Consulting S.r.l., nonché del valore della partecipazione di TEA S.p.a. e

dell'ammontare del conguaglio in danaro che dovrebbe versare detto socio recedente, in caso di acquisto dei rami d'azienda idrico e gas;

- sulla base di tali presupposti, la G.C. di Posto Mantovano ha quindi deliberato di proporre tale soluzione al Consiglio del medesimo Comune, al fine di ottenerne l'approvazione;
- con note 17 e 22 dicembre 2014 A.S.E.P. ha comunicato all'Autorità dell'ATO di Mantova la propria intenzione di procedere alla cessione del ramo aziendale, relativo al ciclo idrico integrato, a società avente le caratteristiche previste dalla normativa vigente ai fini della relativa gestione;
- con delibera n. 1 del 16.1.2015 il Consiglio di amministrazione dell'Azienda speciale "Ufficio d'Ambito" della Provincia di Mantova ha valutato la prospettata cessione a TEA Acque del ramo d'azienda di A.S.E.P., relativo alla gestione del servizio idrico integrato, come conforme al disposto del comma 2 bis dell'art. 3 bis del d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni nella l. n. 148/2011, introdotto dall'art. 1, comma 609 della l. n. 190/2014, e come conforme al progetto di riorganizzazione del servizio stesso, volto ad individuare un unico gestore per l'intero ATO; con la stessa delibera ha quindi dato atto che nulla osta, per quanto di sua competenza, alla cessione del citato ramo d'azienda, individuando quale termine ultimo per la conclusione del relativo procedimento il 31.3.2015 e ribadendo che in difetto, e salvo motivata proroga, A.S.E.P. dovrà considerarsi decaduta dal relativo affidamento.

3. Presupposti principali ed avvertenze

La ricostruzione dei fatti e le considerazioni riportate in questo parere si basano sulla documentazione consegnatami da Codesto Spett.le Comune.

Con riserva di quanto anzidetto:

- i) il sottoscritto Prof. Avv. Paolo Colombo e lo Studio legale NCTM non assumono alcuna responsabilità in ordine alla completezza ed alla correttezza delle informazioni riportate nei documenti forniti;
- ii) potrebbero esistere documenti e/o informazioni pertinenti alla materia oggetto del presente parere che allo stato non sono in possesso e/o a conoscenza del Prof. Avv. Paolo Colombo e dello Studio legale NCTM;
- iii) il presente parere è stato redatto sulla scorta della documentazione e delle informazioni in possesso dello scrivente alla data della sua sottoscrizione e, pertanto, nel caso di nuove e/o diverse informazioni, o di nuovi e/o diversi documenti, il contenuto del parere medesimo potrebbe essere oggetto di modifiche e/o integrazioni;

- iv) il Prof. Avv. Paolo Colombo e lo Studio legale NCTM, ai fini della redazione del presente parere, hanno ritenuto che tutti i documenti forniti in copia siano conformi agli originali, che tutte le informazioni rese siano veritiere, complete e non fuorvianti, che nessun atto o documento sia stato oggetto di parziale o completa modifica, revisione, revoca o risoluzione, dopo l'esame effettuato dallo scrivente.

4. Sul questi relativi alla gestione del servizio idrico integrato.

a) quale sia la qualificazione giuridica della società A.S.E.P. s.p.a. in relazione ai modelli gestionali dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ammessi dal vigente ordinamento giuridico.

Come è noto, la vigente normativa europea, operante nel nostro Paese a seguito dei ripetuti interventi abrogativi effettuati dalla Corte costituzionale ed oggi espressamente richiamata dall'art. 34, comma 21 del d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 221/2012, consente l'erogazione di servizi pubblici locali di rilevanza economica mediante l'utilizzazione dei seguenti modelli gestionali:

- a) affidamento ad un operatore privato, a seguito di una procedura ad evidenza pubblica;
- b) affidamento ad una società a capitale misto pubblico - privato, a seguito di una gara c.d. a doppio oggetto, a condizione che il socio privato, scelto in esito a detta gara, assuma veste di socio operativo e il socio pubblico eserciti funzioni di mero controllo;
- c) affidamento diretto ad una società avente i requisiti della società *in house* (capitale interamente pubblico, netta maggioranza della propria attività svolta nell'interesse dell'ente o degli enti soci, c.d. controllo analogo);
- d) gestione diretta o in economia.

A.S.E.P. ha certamente natura di società mista, nel senso che il suo capitale è detenuto da soci pubblici e da soci privati. Vi è però fondato motivo per dubitare che la composizione del suo capitale e il modo in cui i soci privati hanno acquisito le relative partecipazioni corrispondano al modello di cui alla precedente lettera b). In termini largamente conformi a quanto obiettato nella relazione di cui all'art. 20 del d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni in l. n. 221/2012, approvata con deliberazione del Consiglio di amministrazione n. 33 del 20.12.2013 dell'Autorità dell'ATO di Mantova e come si evince anche dalla relazione redatta dalla Società M.G. Consulting S.r.l. allegata alla delibera G.C. 11.12.2014, n. 156, devo infatti rilevare che TEA S.p.a. è oggi pacificamente una *holding* pura, che la stessa detiene quindi esclusivamente partecipazioni nel capitale di altre società e non svolge né può svolgere alcun compito di natura operativa, che la partecipazione di TEA S.p.a. in A.S.E.P., come la partecipazione di altri soci privati, è stata ceduta all'esito di una gara riferita a profili di ordine meramente finanziario, priva dei contenuti (individuazione dei compiti tecnico operativi affidati al socio privato,

individuazione del servizio oggetto di contestuale affidamento, obbligo di dismissione della partecipazione al termine dell'affidamento), necessari a caratterizzare una gara a doppio oggetto e che la natura di socio finanziario, attribuibile alla stessa TEA S.p.a., è rimasta tale anche a seguito dell'acquisto, da parte della stessa TEA S.p.a., delle azioni di A.S.E.P. cedutele da AIMAG nel 2010.

Escludo anche che A.S.E.P. abbia natura di società *in house*. Come pure è stato rilevato nelle relazioni appena richiamate e come non mi pare seriamente contestabile, essa difetta del requisito della integrale pubblicità del capitale sociale, ha un oggetto sociale che consente lo svolgimento di attività estranee alla nozione di servizio pubblica locale di rilevanza economica e alla sfera giuridica degli enti soci, non presenta clausole statutarie né è oggetto di patti parasociali idonei a garantire la sussistenza di meccanismi di *governance* idonei a garantire, in capo al Comune di Porto Mantovano, il citato controllo analogo.

* * * * *

b) se A.S.E.P. S.p.a. possa legittimamente pretendere mantenere l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato fino a naturale scadenza del contratto stipulato con l'Autorità dell'ATO della provincia di Mantova il 6.8.2007.

Le decisioni che codesto Spett.le Comune intende assumere in ordine alla gestione del servizio idrico integrato, di pertinenza sua e del Comune di San Giorgio, conseguono alla posizione ripetutamente assunta dall'Autorità d'ambito, volta da un lato a dare conto dell'illegittimità dell'attuale modello gestionale e, dall'altro, a sollecitare l'adeguamento a legge del modello stesso, pena la decadenza dell'assegnazione.

Secondo detta Autorità, la contestata illegittimità dell'attuale modello gestionale consegue alla natura dell'affidataria A.S.E.P. e alle modalità attraverso le quali il servizio è stato ad essa affidato. Natura e modalità sulle quali mi sono largamente soffermato e che non mette conto ribadire.

La pretesa richiamata nel quesito implica in sostanza, in capo ad A.S.E.P. e a codesto Spett.le Comune, la scelta di non dare seguito alle ripetute intimazioni e diffide dell'Autorità d'ambito, mantenendo invariato l'attuale assetto organizzativo.

Ciò determinerà, se l'Autorità mantiene il proprio ribadito orientamento e se non intervengono modifiche normative, in ipotesi suscettibili di prorogare ad altra data il termine del 31.12.2014, fissato per la scadenza delle gestioni non conformi a legge dall'attuale disposto dell'art. 34, comma 21, della l. n. 221/2012, come derogato dall'art. 13 del d.l. n. 178/2013, convertito con modificazioni in l. n. 15/2014, la declaratoria di decadenza dell'affidamento.

Naturalmente avverso detta decadenza A.S.E.P. e il Comune in indirizzo sarebbero legittimati a reagire, con ricorso al TAR Brescia.

Rilevo per altro che detta eventuale vicenda giurisdizionale appare, oggi, di esito dubbio e che la scelta organizzativa qui esaminata appare comunque fuori di possibile responsabilità amministrativa.

Infatti, sotto il primo profilo:

- non vi è dubbio che l'affidamento ad A.S.E.P. del servizio idrico dei due Comuni più volte citati sia avvenuto in via diretta e non all'esito di una gara a doppio oggetto;
- tale circostanza, e dunque la mancanza di una gara a doppio oggetto, escluderebbe la natura legittima dell'affidamento anche nell'ipotesi in cui A.S.E.P. avesse natura di società mista, nei termini richiesti dalla normativa comunitaria;
- non mi pare che ad A.S.E.P. possa riconoscersi detta natura, per le ragioni tutte esposte rispondendo al quesito che precede;
- la legittimità dell'affidamento presuppone quindi che A.S.E.P. abbia natura di società *in house*, ma anche questa ipotesi mi sembra non sostenibile, per le ragioni pure già esposte. Come pure è stato rilevato nelle relazioni appena citate, difettano infatti, nel caso di specie, il requisito della pubblicità dell'intero capitale sociale, le necessarie limitazioni statutarie all'ingresso di altri soci privati, meccanismi di *governance* che rendano effettivo il c.d. *controllo analogo*, le altrettanto necessarie limitazioni statutarie, volte a non consentire lo svolgimento di attività di carattere commerciale, o comunque di attività estranee agli interessi pubblici affidati dalla legge ai Comuni soci;

Sotto il secondo profilo, rilevo invece che l'eventuale esito negativo dell'ipotizzato contenzioso sarebbe suscettibile di determinare l'insorgere di responsabilità amministrativa per danno erariale presumibilmente in capo agli amministratori di A.S.E.P. e ai Consiglieri di codesto Comune.

In detta ipotesi, infatti, la decadenza dell'assegnazione comporterebbe da un lato l'automatica svalutazione del ramo d'azienda di A.S.E.P. relativo al servizio idrico; dall'altro il mancato introito della somma corrispondente alla differenza fra il valore stimato dei due rami d'azienda in argomento, oggetto di offerta da parte di TEA S.p.a., e il valore della partecipazione di TEA S.p.a. Differenza che, stando alla valutazione effettuata ad oggi, richiamata nella citata delibera G.C. n. 156/2014 e che non ho motivo di contestare, ammonta ad € 1.475.106,18.

c) in caso negativo, se il trasferimento a TEA Acque S.r.l. in aderenza all'offerta formulata da TEA S.p.a. del ramo d'azienda di A.S.E.P. S.p.a. relativo alla gestione del servizio idrico integrato, consenta di garantire la conformità alla legge del modello gestionale relativo a tale servizio.

Il quesito in esame si sostanzia nello stabilire se TEA Acque abbia le caratteristiche richieste dalla legge per gestire il servizio idrico integrato dei Comuni di Porto Mantovano e di San Giorgio, in forza di un subentro conseguente all'acquisto del citato ramo d'azienda.

Ritengo che il quesito possa avere risposta positiva per varie e concorrenti ragioni.

Rilevo, a tale proposito, che detta società è già oggi affidataria del medesimo servizio, nel territorio dei restanti Comuni compresi nell'area omogenea 2 (denominata medio mantovano e

viadanesi), in esito al più volte citato affidamento diretto, avvenuto a favore di TEA S.p.a. e al successivo scorporo del relativo ramo d'azienda, ed ha posto a gara il servizio stesso nell'ambito di una gara a doppio oggetto, così uniformandosi alla vigente normativa europea e al disposto del più volte citato art. 34, comma 21 del d.l. n. 178/2011, convertito in l. n. 221/2011.

La stessa ha quindi ad ogni effetto veste di gestore del servizio in argomento e soddisfa, nella relativa gestione, i presupposti di ordine organizzativo richiesti dalla normativa europea e domestica più volte citate.

Ebbene, l'art. 172, comma 2 del d. lgs. n. 152/2006 prevede, come principio di carattere generale, che, alla cessazione delle gestioni esistenti, il gestore del servizio idrico integrato subentra agli ulteriori soggetti, operanti all'interno del medesimo ambito territoriale.

Il successivo comma 3 conferma sostanzialmente, anche in sede di prima applicazione e con differenze che non assumono rilievo nell'economia della presente vicenda, il meccanismo testé menzionato, al dichiarato scopo di garantire il conseguimento del principio di unicità della gestione all'interno dell'ambito territoriale ottimale.

Detta previsione normativa risulta espressamente riferita alle gestioni conseguenti ad affidamenti effettuati in conformità alla normativa vigente, ma è evidente che la stessa trova applicazione anche nel caso di gestioni difformi da detta normativa. La ratio della norma non consiste infatti nel distinguere tra l'uno e l'altro tipo di gestione, ma nel garantire che alla scadenza delle stesse, o a prescindere dal fatto che detta scadenza sia conforme a legittime previsioni contrattuali, o sia disposta per legge come conseguenza dell'accertata illegittimità della gestione, trovi applicazione il citato principio di unicità della gestione.

Sotto altro profilo, merita rilevare che l'art. 1, comma 609 della l. n. 190/2014, richiamato nella delibera n. 1/2015 del Consiglio di amministrazione dell'Azienda speciale "Ufficio d'ambito" di Mantova, si applica dichiaratamente ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, di cui si propone di "promuovere processi di aggregazione e di rafforzare la gestione industriale". A tal fine, detta disposizione ha introdotto, dopo il comma 2 dell'art. 3 bis del d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, il comma 2 bis, ai sensi del quale "L'operatore economico succeduto 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, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze stabilite".

Tale previsione normativa sembra palesemente applicarsi all'ipotesi che ci occupa. Detta ipotesi, infatti, prevede che un operatore economico (Tea Acque), in grado di garantire il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente (circostanza, questa, accertata dalla stessa Autorità d'ambito), succeda al precedente concessionario (A.S.E.P.) nella gestione del servizio idrico, a seguito di un'operazione societaria effettuata con procedura trasparente (la cessione del ramo d'azienda relativo a tale servizio).

Per cui, conclusivamente, può ritenersi che il disposto delle norme in argomento imponga, da un lato, la successione di TEA Acque nella gestione del servizio idrico integrato relativo ai Comuni di Porto Mantovano e San Giorgio, una volta cessata l'attuale gestione di A.S.E.P.; dall'altro,

che detta successione possa avvenire in forza della prevista operazione societaria, consistente nella cessione del ramo d'azienda più volte menzionato.

* * * * *

di se detto trasferimento possa avvenire a prescindere dal ricorso a procedimenti ad evidenza pubblica.

Il quesito in esame trova il proprio ovvio fondamento nella circostanza che A.S.E.P. è una società a partecipazione pubblica e che quindi è necessario stabilire se e in che misura la stessa risulti assoggettata al rispetto di norme di diritto pubblico, volte a disciplinare l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni.

Ho già avuto modo di dare conto delle ragioni in forza delle quali non ritengo che ad A.S.E.P. vada attribuita natura di società *in house*. Ho anche spiegato perché essa non abbia natura di società mista, nei termini richiesti dalla normativa europea e dall'art. 34, comma 21 del d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 221/2012, al fine di corrispondere all'ulteriore modello gestionale previsto in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

A.S.E.P. è però, indubbiamente, una società mista, nel senso che il suo capitale sociale è detenuto da soggetti pubblici e da soggetti privati; in quanto tale, essa ha natura di impresa, idonea ad operare sul mercato e libera, come qualsivoglia altro operatore economico, di prendere parte a gare d'appalto pubbliche o private.

Più in particolare, e con specifico riferimento alla materia che viene qui in rilievo, essa è riconducibile alla nozione di "impresa pubblica" ai sensi dell'art. 3, comma 28 del D. lgs. n. 163/2006, dal momento che il Comune di Porto Mantovano, avente veste di amministrazione aggiudicatrice, esercita su di essa un'influenza dominante, per il solo fatto di detenere la maggioranza del relativo capitale sottoscritto.

La sua natura di impresa, esclude per altro che la stessa sia soggetta alle norme di carattere generale, applicabili alle pubbliche amministrazioni che non esercitano attività di impresa e che sono quindi qualificabili come pubbliche autorità. Al contrario, essa, in forza di detta natura, risulta quindi soggetta alle sole norme di diritto, specificamente volte a disciplinare l'attività delle imprese pubbliche.

Ciò rilevato, necessita poi aggiungere che le norme pubblicistiche, volte a sottoporre le imprese pubbliche al rispetto del codice dei contratti in relazione all'affidamento di appalti (d. lgs. n. 163/2006), trovano il proprio presupposto nella circostanza che dette imprese operano, in taluni settori, in posizione dominante. Ma detta ipotesi non ricorre, nel caso che ci occupa, sotto un duplice profilo. Da un lato, infatti, la cessione di ramo d'azienda è un contratto riconducibile alla nozione di compravendita e del tutto estraneo alla nozione di appalto pubblico. Dall'altro, o

¹ In senso analogo, si veda la "Comunicazione interpretativa della Commissione europea sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati", in data 5 febbraio 2008.

di conseguenza, A.S.E.P., nella stipulazione di tale contratto, non esercita alcuna posizione dominante, e dunque non è suscettibile di alterare le regole della concorrenza.

A ciò si aggiunga, in termini non meno decisivi, che detto ramo d'azienda, in virtù di quanto disposto dall'art. 172 del d. lgs. n. 152/2006 e dall'art. 3 bis, comma 2 bis della l. n. 148/2011, non è suscettibile di venire alienato ad alcun altro soggetto che non sia TEA Acque. Nessun altro soggetto, al di fuori di tale società, è oggi infatti in condizione di gestire legittimamente il servizio idrico integrato dei Comuni di Porto Mantovano e di San Giorgio, e dunque di rendersi acquirente dei beni di cui si compone il ramo d'azienda in esame.

Per cui, non essendovi esigenze di concorrenza da tutelare, non si vede la ragione in forza della quale si debba fare ricorso a procedure (quelle di evidenza pubblica), specificamente preordinate a garantire la tutela delle esigenze citate.

5. Sul quesito relativo alla gestione del servizio di distribuzione del gas.

Se il trasferimento a TEA Sei S.r.l. in aderenza all'offerta formulata da TEA S.p.a. del ramo d'azienda di A.S.E.P. S.p.a. relativo alla gestione del servizio di distribuzione del gas e la conseguente uscita di A.S.E.P. dall'ATI costituita con la stessa TEA Sei, aggiudicataria di detto servizio, consenta la legittima prosecuzione della gestione del servizio stesso.

L'offerta formulata da TEA S.p.a. per conto di TEA Sei S.r.l., relativa all'acquisto del ramo d'azienda in oggetto, implica altresì, ovviamente, l'acquisto della partecipazione di A.S.E.P. nell'ATI, costituita in qualità di mandante dalla stessa A.S.E.P. con la stessa mandataria TEA Sei, resasi aggiudicataria della concessione del servizio di distribuzione del gas naturale all'esito di una gara d'appalto bandita dal Comune in indirizzo.

Detto ramo d'azienda comprende infatti, fra l'altro, l'affidamento del servizio in esame, la cui gestione, per la parte di competenza di A.S.E.P., non può dunque che trasferirsi in una con il ramo d'azienda di cui fa parte.

Il quesito propostomi consiste perciò nello stabilire se, in detta ipotesi, l'odierna gestione possa proseguire legittimamente, avuto riguardo alla circostanza che la compagine dell'ATI aggiudicataria verrebbe, in esito a tale trasferimento, a modificarsi, o se invece, in tale ipotesi, l'affidamento sia soggetto a decadenza, o si risolva *ex lege* il relativo contratto di servizio.

L'art. 37, comma 9 del d. lgs. n. 163/2006 vieta qualsiasi modificazione della composizione soggettiva di un'ATI, resasi aggiudicataria di un appalto pubblico, dopo l'intervenuta aggiudicazione.

La portata e il senso di tale previsione normativa è stata però oggetto di ripetute decisioni del Consiglio di Stato. Secondo il costante orientamento di tale consesso, il principio di immodificabilità soggettiva delle ATI trova la propria ragione d'essere nella necessità che la sostituzione o l'aggiunta, di imprese partecipanti ad un medesimo raggruppamento, valga ad

eludere i controlli, necessariamente effettuati su detti partecipanti in sede di gara, e dunque nella necessità di evitare che, così facendo, si rendano di fatto aggiudicatari di appalti pubblici anche soggetti che alla gara non hanno preso parte e che, in ipotesi, non vantano i requisiti richiesti per la partecipazione alla stessa e per la relativa aggiudicazione.

In applicazione del medesimo principio, il Consiglio di Stato ha quindi affermato che l'aggiudicazione legittimamente effettuata in favore di un'ATI non è soggetta a decadenza, nell'eventualità che taluno dei componenti dell'ATI stessa receda dalla compagine associativa, a patto che il recesso non sia preordinato ad eludere la *lex specialis* di gara e le norme vigenti e che i componenti restanti vantino i requisiti e le qualificazioni, sufficienti a garantire comunque la regolare esecuzione del contratto².

Vero è che la gestione del servizio in argomento è oggetto di una concessione di servizi e non di un appalto. Ma l'applicazione al caso di specie di detta previsione normativa risulta espressamente disposta dall'art. 11.7 del disciplinare di gara e non può quindi essere seriamente contestata.

Ciò rilevato, necessita quindi ora stabilire se il recesso di A.S.E.P. dall'ATI costituita con TEA Sei sia preordinata ad eludere la *lex specialis* di gara e le norme vigenti e se TEA Sei vanti, da sola, i requisiti richiesti ai fini della partecipazione alla gara stessa e della relativa aggiudicazione.

La prima di dette ipotesi potrebbe riferirsi alla necessità di sanare, mediante la fuoriuscita di A.S.E.P., profili di illegittimità relativi alla partecipazione alla gara di detta società.

Ma una simile eventualità pare esclusa alla luce del contenuto del citato disciplinare di gara, e dell'offerta formulata dall'ATI in argomento.

Infatti:

- gli artt. 10 e 11 del disciplinare imponevano a ciascun componente di un'ATI di possedere tutti i requisiti richiesti ai fini della partecipazione, fatta eccezione per quelli di cui al punto 11.1, lett. l) ed m), il cui possesso poteva essere riferito alla mandataria nella misura di almeno il 40% e comunque in misura maggioritaria;
- l'offerta dimostra che ambedue le società partecipanti all'ATI disponevano di tutti i requisiti richiesti dal disciplinare;
- TEA Sei avrebbe potuto partecipare alla gara a titolo individuale e comunque la partecipazione alla stessa della mandante A.S.E.P. non ha determinato profili di

² L'orientamento qui riassunto deve ritenersi oggi definitivamente acquisito, in forza della condivisione manifestata al riguardo da Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8, ove si dà conto dei contrastanti orientamenti precedenti. Nel medesimo senso si vedano altresì, per tutte, Cons. Stato, Sez. IV, 23.7.2007, n. 4101; Sez. VI, 13.5.2009, n. 2964; Sez. V, 28.9.2011, n. 5406.

In termini analoghi al richiamato orientamento dell'Adunanza Plenaria si vedano anche le determinazioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 3 del 6.11.2013 e n. 4 del 10.10.2012

illegittimità di sorta, riferibili alla composizione di tale raggruppamento e all'intervenuta aggiudicazione del servizio al medesimo.

Le considerazioni appena svolte valgono a sciogliere positivamente anche il secondo interrogativo.

La dimostrata ed accertata titolarità, da parte di TEA Sei, di tutti i requisiti richiesti, ai fini della partecipazione alla gara e della relativa aggiudicazione, consente di qualificare come ininfluente il recesso di A.S.E.P. dalla compagine associativa e come legittima la prosecuzione della gestione da parte della sola TEA Sei, in conformità al consolidato e autorevolissimo orientamento giurisprudenziale, di cui si è dato conto in precedenza.

6. Sul quesito proposto in termini generali

se l'eventuale recesso del socio TEA S.p.a. dalla compagine sociale di A.S.E.P. costituisca condizione sufficiente a ricondurre la stessa A.S.E.P. al modello della società *in house*.

Nelle pagine che precedono ho già avuto odo di dare conto, sia pure nei termini sintetici imposti dalla natura e dalle finalità del presente parere, dei connotati costantemente attribuiti dalla giurisprudenza tanto della Corte di Giustizia U.E., quanto del Giudice amministrativo italiano, alle società *in house*.

Trattasi di connotati che attengono sia al fatto che il capitale delle stesse deve essere necessariamente e totalmente in mano pubblica, sia al contenuto della relativa attività, sia, ancora, alla necessaria sussistenza di meccanismi di *governance* che garantiscano su di essa, da parte dell'ente o degli enti soci, il c.d. controllo analogo.

L'eventuale fuoriuscita di TEA S.p.a. dalla compagine sociale di A.S.E.P. non è quindi idonea, di per sé, a determinare la trasformazione *in house* di detta società. Resterebbe infatti la necessità di assolvere comunque ai restanti requisiti.

Ritengo con ciò di aver dato risposta ai molti quesiti sottopostimi. Resto a disposizione per qualsivoglia ulteriore necessità o chiarimento e, grato della fiducia accordatami, porgo

molti cordiali saluti

Prof. Avv. Paolo Colombo

