



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

PARERE

ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287

relativo alla Deliberazione n. 51, assunta dal Consiglio Provinciale di Lecco, in data 3 agosto 2015 e avente a oggetto: *“Azienda speciale provinciale per la regolazione e in controllo della gestione del servizio idrico integrato – Ufficio d’ambito di Lecco – Deliberazione n. 52 del 30 giugno 2015 avente per oggetto: «Affidamento del servizio idrico integrato nell’ATO di Lecco». Esame e approvazione”*.

inviato al

Presidente del Consiglio Provinciale della Provincia di Lecco

Rif. S2357

00198 Roma
Piazza G. Verdi, 6/a - Tel. 068328211

Provincia di Lecco
Consiglio Provinciale
c.a. del Sig. Presidente Flavio Polano
Piazza Lega Lombarda, 4
23900 Lecco
VIA PEC: provincia.lecco@lc.legalmail.camcom.it

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a seguito della segnalazione pervenuta dalla Corte dei Conti – Sez. regionale di controllo per la Lombardia in data 8 settembre 2015, nella riunione del 21 ottobre 2015, ha deliberato di esprimere il proprio parere ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, così come introdotto dal Decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, relativamente al contenuto della alla Deliberazione n. 51, assunta dal Consiglio Provinciale di Lecco, in data 3 agosto 2015 (DCP) e avente a oggetto: *“Azienda speciale provinciale per la regolazione e in controllo della gestione del servizio idrico integrato – Ufficio d'ambito di Lecco - Deliberazione n. 52 del 30 giugno 2015 avente per oggetto: «Affidamento del servizio idrico integrato nell'ATO di Lecco». Esame e approvazione”*.

Con il richiamato provvedimento il Consiglio Provinciale di Lecco ha deliberato di affidare, per venti anni, la gestione del servizio idrico integrato (SII) dell'Ambito territoriale Ottimale (ATO) di Lecco alla società Lario Reti Holding S.p.A. (LRH) a condizioni che: (i) entro il 30 ottobre prossimo, la società proceda sia alla fusione per incorporazione della società Idroservice S.r.l. (attuale affidataria diretta del SII nell'ATO di Lecco) sia alla modifica del proprio Statuto e (ii) entro la data del *“entro il 30 novembre 2015, l'Ente affidante il servizio [i.e. la Provincia di Lecco tramite l'Azienda speciale - Ufficio d'ambito] acquisisca una partecipazione nel capitale sociale di LRH”*.

Per quanto riguarda l'oggetto sociale, la modifica di cui alla bozza del nuovo Statuto di LRH prevede che esso deve consistere *“in via prevalente nella gestione in affidamento diretto «in house» del servizio idrico integrato, come definito dal d.lgs. 152/2006 e successive modifiche, nell'ATO della provincia di Lecco o nel diverso perimetro territoriale definito ai sensi della normativa di tempo in tempo vigente, garantendone l'unicità della gestione”*. [...] *In ogni caso, la Società deve realizzare la parte prevalente e comunque non inferiore ai limiti eventualmente fissati dalla legge o dalla normativa/giurisprudenza di derivazione comunitaria del proprio fatturato dalla gestione delle attività che concorrono a formare il servizio idrico integrato, come definito dal d.lgs. 152/2006, affidato «in house» nell'ATO di competenza”* (art. 3).

Per quanto riguarda il controllo di LRH, la bozza del nuovo Statuto di LRH prevede che *“la Società è soggetta all'indirizzo e controllo analogo dell'ente pubblico azionista che affida il servizio idrico integrato. Il controllo analogo è esercitato, in conformità al presente statuto, in modo congiunto con gli altri Comuni azionisti appartenenti all'Ambito Territoriale Ottimale di competenza e si esprime nei poteri d'indirizzo, autorizzazione, controllo e supervisione sull'insieme dei più importanti atti di gestione del servizio oggetto di affidamento diretto “in house”* (art. 2). *“Fra le modalità di attuazione del controllo analogo e congiunto sulla gestione societaria del SSI [...] oggetto di affidamento diretto «in house» nell'ATO di competenza, è costituito il Comitato d'Indirizzo e Controllo [...]”* (art. 10-bis). *“Il Comitato d'Indirizzo e Controllo è composto da 9 membri [...] eletti dall'assemblea ordinaria, così come segue: 5 su designazione dell'Ente pubblico azionista che affida il SSI [i.e. la Provincia di Lecco attraverso l'azienda speciale - Ufficio d'ambito di Lecco], i rimanenti su designazione dei Comuni azionisti facenti parte dell'ATO di competenza. Le designazioni devono garantire un'adeguata rappresentatività territoriale [...]. Il Comitato delibera, nelle materie di propria competenza, con il voto favorevole di almeno 6 componenti”* (art. 10-ter).

La DCP in esame continua prevedendo *“di dare atto, pertanto, che il SII nell'ATO di Lecco verrà affidato in house, con separati e successivi atti deliberativi, alla società LRH per un periodo di 20 anni con decorrenza 1° gennaio 2016 a condizione che venga verificato, dall'Azienda Speciale Ufficio d'Ambito di Lecco il perfezionamento degli adempimenti di cui al punto 2, lett. A e B, entro i termini previsti. Di stabilire che, in relazione al*

da parte della Provincia, in qualità di Ente affidante, avvenga attraverso la propria Azienda Speciale - Ufficio d'Ambito di Lecco" (par. 3).

L'Autorità intende svolgere alcune considerazioni in merito al richiamato contenuto della DCP n. 51/2015 sotto il profilo della sua compatibilità con le regole in materia di affidamento dei servizi pubblici locali e che sono poste a garanzia e salvaguardia della cd. concorrenza per il mercato, l'unica possibile in contesti di monopolio naturale.

A questo proposito, l'Autorità rileva, in primo luogo, il *vulnus* che a tali regole procura la scelta, compiuta con la DCP in esame, di condizionare il perfezionamento dell'affidamento *in house* del SII dell'ATO di Lecco in favore della società LRH al verificarsi di un insieme di condizioni che attengono sia al suo oggetto sociale che alla sua *governance* e il cui avveramento è finalizzato a rendere compatibile la società stessa al modello della società cd. *in house providing*, caratterizzato dai tre requisiti cumulativi della proprietà pubblica, dello svolgimento dell'attività prevalente in favore dell'Ente affidante il servizio pubblico e del cd. controllo analogo.

In merito, infatti, ai cd. affidamenti diretti condizionati, la giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione di sanzionarne la contrarietà rispetto al modulo dell'affidamento cd. *in house*. Il Giudice amministrativo, in particolare, ha ritenuto che i requisiti per l'affidamento diretto debbano sussistere al momento dell'affidamento stesso "*senza che possa essere attribuita «rilevanza» sanante all'atto sopravvenuto*", in quanto "*il sistema di gestione dell'affidamento diretto è di stretta interpretazione rispetto al sistema della gara, la cui praticabilità dipende dalla sussistenza dei presupposti indicati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, che devono sussistere al momento dell'affidamento*". Di conseguenza, "*la tutela della concorrenza, eccezionalmente compressa nel regime di affidamento diretto, prevale rispetto a ogni altra esigenza di tutela laddove si accerti che non ricorrono le condizioni per la sua pretermissione*".¹

Tuttavia, anche in disparte della valutazione in ordine alla natura condizionata dell'affidamento diretto in esame, l'Autorità ritiene che, nel caso di specie, le condizioni legittimanti il ricorso all'*in house providing* non sarebbero soddisfatte neppure se le previste condizioni sospensive si avverassero nei tempi e modi previsti dalla DCP n. 51/2015.

¹ Cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 2154/2015 e Corte dei Conti Deliberazione n. 195/2015.

In particolare, continuerebbe a non ricorrere il requisito della cd. attività prevalente, posto che LRH controlla altre società attive sul mercato e con cui realizza una parte non marginale della propria attività.

Considerando che il soddisfacimento del requisito della cd. attività prevalente deve essere valutato prendendo in considerazione anche le attività delle società controllate dall'affidataria *in house*², vale osservare che LRH risulta ad esempio attiva, con una propria controllata al 92,4%, nella distribuzione del gas naturale, dell'energia elettrica e nel settore della riqualificazione energetica anche al di fuori del territorio della provincia di Lecco. Questa società ha, nel corso dell'esercizio chiuso al 31 dicembre 2014, realizzato ricavi per oltre 92 milioni di euro a fronte dei circa 49 milioni di euro di ricavi registrati dalla società Idroservice S.r.l., attuale affidataria del SII nell'ATO di Lecco, interamente controllata da LRH e che la dovrà incorporare entro il 30 ottobre prossimo.³ In ogni caso, dai dati di bilancio relativi all'esercizio 2014 emerge, più in generale, che il fatturato realizzato da Idroservice S.r.l. rappresenta non più del 32% circa del fatturato consolidato da LRH.⁴

Con riguardo, poi, al requisito del controllo analogo - previsto dalla stessa DCP come condizione di legittimità dell'affidamento diretto in favore di LRH - l'Autorità dubita del fatto che esso risulterebbe soddisfatto anche in caso di avveramento delle predette condizioni sospensive. Una valutazione in tal senso, infatti, non può prescindere da necessari chiarimenti in ordine tanto alla sussistenza o meno di un eventuale ruolo di prevalenza della provincia in seno al Comitato di Controllo, quanto alla effettiva conformità dell'assetto societario di LRH rispetto alla normativa vigente⁵, alla luce della assenza, nel capitale sociale, di almeno venti Comuni compresi nell'ATO di Lecco e, dall'altro, della presenza nello stesso di alcuni Comuni appartenenti al diverso ATO di Como.

L'Autorità, infine, rileva che, in caso di non avveramento degli eventi che condizionano sospensivamente l'operatività dell'affidamento del SII nell'ATO di Lecco a LRH, non solo risulterà, nella sostanza, aggirato il termine perentorio del 30 settembre 2015 entro cui gli enti di governo degli ATO devono scegliere la forma di gestione del SII e avviare la procedura di

² Cfr. Deliberazione AVCP (ora ANAC) n. 78/2010.

³ Cfr. dati di Bilancio pubblicati sul sito internet <http://www.larioreti.it/investor-relation/bilanci/>.

⁴ Cfr. dati di Bilancio pubblicati sul sito internet <http://www.larioreti.it/investor-relation/bilanci/>.

⁵ Cfr. art. 149-bis del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e s.m.i., recante "Norme in materia ambientale", e art. 3, comma 27, della legge n. 244/2007 e s.m.i., recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)".

affidamento (art. 172 D.Lgs. n. 152/06) ma sarà, altresì, procrastinato l'affidamento temporaneo del SII in favore di Idroservice S.r.l., di cui è dubbio il rispetto dei requisiti dell'*in house providing* e che sarebbe anche in violazione con quanto prescritto dal richiamato art. 172, D.Lgs. n. 152/06.

L'Autorità, in conclusione, ritiene che la Deliberazione del Consiglio Provinciale di Lecco n. 51, assunta dal Consiglio Provinciale di Lecco, in data 3 agosto 2015, volta ad affidare condizionatamente il SII nell'ATO di Lecco alla società LRH, costituisca per le ragioni esposte una violazione delle regole a presidio della concorrenza potenziale propria dei mercati in condizione di monopolio naturale e, in particolare, delle regole in materia di affidamento diretto cd. *in house providing*, così come elaborate dalla giurisprudenza europea e nazionale e recepite dal Legislatore nazionale anche nell'ambito del D.Lgs. n. 152/06.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/90, la Provincia di Lecco dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere la violazione della concorrenza sopra esposta. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

Il presente parere verrà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità ai sensi dell'articolo 26 della legge n. 287/90.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella