



*Consiglio Regionale della Puglia*

**SEZIONE AFFARI E STUDI GIURIDICI E LEGISLATIVI**

## Tavolo paritetico AQP: società in house o azienda speciale

---

### *Osservazioni a margine della seduta del 17.05.2017*

All'esito della riunione del 17.05.2017 codesto ufficio, riportandosi a tutto quanto già argomentato nel sopra citato documento, d'intesa con gli uffici della Presidenza della Giunta regionale, ritiene dover ribadire che non esiste alcuna competenza legislativa da parte della Regione Puglia a trasformare la natura giuridica della società AQP S.p.A. essendo stata istituita con una fonte primaria dello Stato. Non ultimo, non è riscontrata alcuna competenza delle Regioni ad istituire un ente di diritto pubblico cui affidare direttamente la gestione del S.I.I. ovvero a determinare la rilevanza economica del servizio idrico.

Osservazioni a margine della seduta del 17.05.2017  
“Tavolo paritetico AQP: società *in house* o azienda speciale”

Nel corso della riunione del 17.05.2017, la Sezione Affari e Studi Giuridici e Legislativi del Consiglio regionale della Puglia, ha presentato un documento dal titolo: “Dall’Acquedotto Pugliese al Servizio Idrico Integrato in Puglia” nel quale, attraverso una ricostruzione storico-normativa dell’Ente acquedotto pugliese, ha elaborato le sue prime riflessioni in merito ai tre quesiti posti dalla Mozione del Consiglio regionale della Puglia approvata in data 21.02.2017.

All’esito della riunione del 17.05.2017 codesto ufficio, riportandosi a tutto quanto già argomentato nel sopra citato documento, d’intesa con gli uffici della Presidenza della Giunta regionale, ritiene dover ribadire quanto segue. Ovvero:

- a) **non esiste alcuna competenza legislativa da parte della Regione a trasformare la natura giuridica della società AQP S.p.A. essendo stata istituita con una fonte primaria dello Stato** (rif. D.lgs. n. 141 del 1999 “Trasformazione dell’Ente autonomo acquedotto pugliese in società per azioni, a norma dell’articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 15 marzo 1997, n. 59.”);
- b) **non esiste alcuna competenza legislativa da parte delle Regioni ad istituire un ente di diritto pubblico cui affidare direttamente la gestione del Servizio Idrico Integrato** (rif. sent. n. 62 del 2012 della Corte Costituzionale che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli art. 2, comma 1, artt. 5 e 9, comma 1, della legge della Regione Puglia 20 giugno 2011, n. 11; come successivamente richiamata nella sent. 228 del 2013 della Corte Costituzionale che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 79 della legge regionale Molise 26 gennaio 2012, n. 2);
- c) **non esiste alcuna competenza legislativa da parte delle Regioni a determinare la rilevanza economica del servizio pubblico locale, nel caso specifico del servizio idrico.**

\*\*\*

1. In riferimento al **punto a)**, si rinvia alla lettura di quanto argomentato all’interno della sez. B – pag. 33 della relazione depositata (da questo ufficio) nel corso della riunione del 17.05.2017; in questa sede riteniamo solo ricordare che: l’istituzione della società AQP S.p.A. con fonte primaria di rango statale (rif. art. 1 “Trasformazione in società per azioni” del D.lgs. n. 141 del 1999) condiziona ogni futura modifica della stessa al preventivo intervento del legislatore nazionale.

2. In merito al **punto b)**, rinviando alla lettura di quanto argomentato all'interno della relazione depositata (da questo ufficio) nel corso della riunione del 17.05.2017 (rif. da pag. 15 a 21), in questa sede si ribadisce che nel **nostro ordinamento il servizio idrico è un servizio a rilevanza economica**<sup>1</sup>; il legislatore italiano, a differenza di quanto accaduto in altri ordinamenti giuridici, che hanno optato per la regolazione della materia attraverso specifici codici di settore, ha esteso alla gestione della risorsa idrica la disciplina generale dei servizi pubblici locali.

Come la Corte<sup>2</sup> Costituzionale ha più volte affermato - **la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica:**

a) non è riferibile alla competenza legislativa statale in tema di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, secondo comma, lettera m, Cost.), perché riguarda, appunto, i servizi di rilevanza economica e non attiene, comunque, alla determinazione di livelli essenziali (sentenza n. 272 del 2004);

b) non può essere ascritta neppure all'ambito delle «funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e Città metropolitane» (art. 117, secondo comma, lettera p, Cost.), perché «la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale» (sentenza n. 272 del 2004) e, quindi, «non riguarda [...] profili funzionali degli enti locali» (sentenza n. 307 del 2009, al punto 6.1.);

c) **va ricondotta, invece, all'ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, «tutela della concorrenza», prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.,** tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato (*ex plurimis*, sentenze n. 314, n. 307, n. 304 e n. 160 del 2009; n. 326 del 2008; n. 401 del 2007; n. 80 e n. 29 del 2006; n. 272 del 2004);

si evince che la competenza statale prevale sulle invocate competenze legislative regionali e regolamentari degli enti locali e, in particolare, su quella in materia di servizi pubblici locali, proprio perché l'oggetto e gli

---

<sup>1</sup> La Corte Costituzionale ha costantemente qualificato il servizio idrico integrato come servizio pubblico locale di rilevanza economica, la cui disciplina ricade nelle materie della tutela della concorrenza e dell'ambiente, assegnate dall'art. 117 Cost. alla competenza esclusiva dello Stato. Cfr. *ex plurimis*: Corte Cost. 12 marzo 2015, n. 32 ; La Corte ha anche chiarito che la stessa determinazione della rilevanza economica di un servizio pubblico locale rientra nella materia della concorrenza di competenza legislativa esclusiva dello Stato; cfr. sul punto Corte cost. n. 325/2010. Inoltre, secondo la Corte costituzionale (sentenza 25 giugno 2015, n. 117) sono illegittime le norme regionali che assegnano alla Regione il compito di affidare direttamente il servizio idrico nonché di partecipare alla procedura di determinazione della tariffa. Diverso è il caso delle Regioni a Statuto speciale, il cui statuto (come avviene in Valle d'Aosta) assegna alla Regione competenza primaria in materia di acque pubbliche. La Corte costituzionale, con sentenza 9 luglio 2015, n. 142, ha ritenuto legittima la norma della Valle d'Aosta che assegna alla Giunta regionale la definizione dei modelli tariffari del servizio idrico.

<sup>2</sup> La Corte è stata chiamata a verificare se tale normativa rientra nell'ambito costituzionale della competenza esclusiva statale e, segnatamente, della tutela della concorrenza; o di quello della competenza regionale residuale e, segnatamente, della materia dei servizi pubblici locali; o, ancora, nell'ambito della potestà regolamentare degli enti locali di cui all'art. 117, sesto comma, Cost.; o, infine, se si tratti di un'ipotesi di concorso di competenze.

scopi che caratterizzano detta disciplina attengono in via primaria alla tutela e alla promozione della concorrenza (sentenze n. 142 del 2010, n. 246 e n. 148 del 2009, n. 411 e n. 322 del 2008).

**2.1. Tali conclusioni risultano avvalorate dalla «nozione comunitaria di concorrenza»**, che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., anche per il tramite del primo comma dello stesso art. 117 e dell'art. 11 Cost.; nozione richiamata anche dall'art. 1, comma 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato). Secondo tale nozione, la concorrenza presuppone «la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi» (sentenza n. 401 del 2007). Essa pertanto – come affermato in numerose pronunce di questa Corte (sentenze n. 270, n. 232 e n. 45 del 2010; n. 314 del 2009 e n. 148 del 2009; n. 63 del 2008; n. 430 e n. 401 del 2007; n. 272 del 2004) – può essere tutelata mediante tipi diversi di interventi regolatori, quali: 1) «misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati» (misure antitrust); 2) misure legislative di promozione, «che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (per lo più dirette a tutelare la concorrenza “nel” mercato); 3) misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (dirette a tutelare la concorrenza “per” il mercato).

Nell'ambito di tali misure e, in particolare, di quelle al punto 3), rientra espressamente la previsione di procedure concorsuali competitive di evidenza pubblica volte – come quelle di specie – a garantire il rispetto, per un verso, dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza e, per l'altro, delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri, al fine di assicurare la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione.

Anche **tali rilievi, basati sul diritto comunitario, confermano pertanto che la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali rientra nella materia «tutela della concorrenza» e che la concreta disciplina in esame prevale su altre competenze** (sentenze n. 270 del 2010; n. 307 e n. 283 del 2009; n. 320 e n. 51 del 2008; n.430 e n. 401 del 2007; n. 272 del 2004).

**2.2. La Corte Costituzionale**, con riferimento specifico al settore del servizio idrico integrato ed in applicazione dei sopra richiamati principi della relazione depositata, da questo Ufficio, nel corso della riunione del 17.05.2017 (rif. pag. 7, 16 e 32), **con la sent. n. 62 del 2012** (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli art. 2, comma 1, artt. 5 e 9, comma 1, della legge della Regione Puglia 20 giugno 2011, n. 11) **successivamente richiamata nella sent. 228 del 2013** (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 79 della legge regionale Molise 26 gennaio 2012, n. 2) **ha affermato che: «la disciplina dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato attiene [...] alle materie tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (ex plurimis, sentenze n. 187 del 2011; n. 128 del 2011; n. 325 del 2010; n. 142 del 2010; n. 307 del 2009; n. 246 del 2009)»**. In base al disposto del terzo periodo del comma 186-bis dell'art. 2 della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2010), inserito dall'art. 1, comma 1-quinquies, del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 2 (Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni), convertito con modificazioni, dalla legge 26 marzo 2010, n. 42, ha altresì ribadito che: **«alla legge regionale spetta soltanto disporre l'attribuzione delle funzioni delle sopresse Autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO), “nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza”, e non spetta, di conseguenza, provvedere direttamente all'esercizio di tali funzioni affidando la gestione ad un soggetto determinato»**. In altri termini, in base alla normativa statale, la legge regionale deve limitarsi ad individuare l'ente od il soggetto che eserciti le competenze già spettanti all'AATO, al quale, quindi, spetta sia deliberare la forma di gestione del servizio idrico integrato, sia aggiudicarne la gestione.

**2.3.** La nozione di servizio pubblico di interesse economico adottata dal T.U. in materia di servizi pubblici locali, (oggi non promulgato per effetto della nota sent. della Corte Cost. n. 251 del 2016 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19 lettere b), c), d), g), h), l), m), n), o), p), s), t) e u) della legge delega n. 124 del 2015 nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa in-tesa, in sede di Conferenza unificata), replica la nozione europea e con riguardo specifico al servizio idrico integrato si limita a disciplinare i soli strumenti di affidamento.

In particolare al comma 2, dell'art. 3 (nel definire l'ambito di applicazione delle disposizioni) si chiarisce che: *“Salve le disposizioni in materia di modalità di affidamento dei servizi, per le quali le predette disposizioni integrano e prevalgono sulle normative di settore, e salve le modifiche e le abrogazioni espresse contenute nel presente decreto, rimangono disciplinati dalle rispettive normative di settore il servizio idrico integrato e il servizio di gestione integrata dei rifiuti di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e successive modificazioni (...)”*.

Pertanto, benché i termini della delega in materia di servizio pubblico locale contenuta nella legge n. 124 del 2015 siano scaduti, il percorso del legislatore in materia deve intendersi comunque già tracciato, dovendosi necessariamente collocare in linea con i processi di liberalizzazione promossi dall'Unione europea in materia. Tuttavia, rispetto al passato, è possibile constatare un ulteriore passo in avanti (da parte del legislatore) verso l'attribuzione di un margine più ampio di autonomia nella disciplina del settore del servizio idrico integrato.

Non solo, appare del tutto ingiustificato il timore paventato circa una possibile estensione ad AQP S.p.A. (società interamente partecipata da Regione Puglia) degli effetti delle procedure di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica, avviate con il D.lgs. 19 agosto 2016 n. 175.

Difatti, l'art. 20 "*Razionalizzazione periodica delle partecipate pubbliche*", del citato decreto, implicitamente indica le società che non potranno più essere mantenute e per le quali dovranno essere predisposti degli appositi piani di razionalizzazione, ovvero:

- a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie elencate all'articolo 4 del D.lgs. n. 175/2016<sup>3</sup>;
- b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- c) società che svolgano attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali;
- d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano avuto un fatturato medio non superiore a un milione di euro;
- e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale (riguarda quindi le società strumentali e non le società operanti nei seguenti settori: trasporto pubblico, idrico, energia, rifiuti) che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti;
- f) necessità di contenere i costi di funzionamento;
- g) necessità di aggregazione di società aventi a oggetto le attività consentite all'articolo 4.

**2.4.** Quanto esposto nei punti 2.1, 2.2., 2.3. induce a rilevare, non solo che non esiste alcuna competenza legislativa da parte delle Regioni ad istituire un ente di diritto pubblico cui affidare direttamente la gestione del Servizio Idrico Integrato, ma l'eventuale trasformazione dell'ente gestore del S.I.I. da Società per azioni ad Azienda speciale (in quei casi in cui fosse praticabile) farebbe emergere due problemi, ovvero quello dell'impossibilità a poter ricorrere all'affidamento diretto del servizio (non sussistendo i requisiti prescritti

---

<sup>3</sup> da notare che il Consiglio di Stato, nel parere n. 968/2016, ha osservato che alla luce dell'articolo 4, comma 2, del D.lgs. n. 175 del 2016, deve ritenersi che non sarà più consentita la partecipazione in società pubbliche che svolgono attività di impresa.

dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*) nonché quello della partecipazione degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale (rif. art. 149 *bis* del Testo Unico dell'Ambiente).

Tali considerazioni trovano conferma nella esperienza anche di altre Regioni.

#### Il caso Molise:

L'Ente Risorse Idriche Molise (E.R.I.M.) istituito con L.R. n. 31 del 1980 ed avente personalità giuridica di diritto pubblico, dal 1980 fino al 1999 ha svolto presso la Regione Molise attività di "progettazione, realizzazione, esercizio e manutenzione delle opere di captazione, raccolta e distribuzione con acquedotti delle acque nella Regione" (art. 2, comma 1); all'E.R.I.M. furono trasferiti i rapporti giuridici attivi e passivi, i beni mobili ed immobili ed ogni altro rapporto di cui fosse titolare il Consorzio di 2° Grado per la valorizzazione economico – sociale del Molise, istituito con D.P.R. 17 ottobre 1961 e successive modificazioni, nonché il Consorzio per l'acquedotto per il Molise con sede in Campobasso ed il Consorzio per l'acquedotto Basso Larinese con sede in Termoli" nonché furono "trasferite le opere già realizzate dalla Cassa per il Mezzogiorno e quelle di cui all'art. 6 della legge 2 maggio 1976, n. 183, nelle materie di cui al comma 1 del precedente articolo 2 con le procedure e con le modalità previste dallo stesso art. 6" (art. 13, commi 3 e 1).

Con la successiva L.R. n. 37 del 1999 l'E.R.I.M. veniva trasformato in Azienda speciale, denominata "Molise Acque", ovvero in "ente pubblico economico dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di autonomia statutaria" (art. 1, commi 1 e 2) il cui statuto veniva approvato dal Consiglio regionale (art. 14). L'Azienda subentrava "in tutti i rapporti passivi ed attivi dell'E.R.I.M. istituito con L.R. 2 settembre 1980, n. 31, conservandone tutti i compiti istituzionali così come residuanti a seguito della L.R. 3 febbraio 1999, n. 5" (art. 3) ovvero venivano affidati all'Azienda speciale "... i servizi idrici di captazione e grande adduzione di rilevanza regionale ed interregionale, attualmente già svolta da E.R.I.M. ai sensi della legge regionale n. 31 del 1980" (art. 1, comma 4, della L.R. n. 5 del 1999); ad essa veniva assegnato (all'atto della costituzione) un capitale di dotazione pari a euro un milione (art. 6) il quale era costituito "dal capitale conferito dalla regione e dai beni immobili assegnati alla stessa". Il patrimonio conferito ad E.R.I.M. dall'art. 15 della legge regionale 2 settembre 1980, n. 31 era da intendersi "patrimonio dato in gestione all'Azienda per le sue finalità di legge" (art. 21, commi 1 e 2).

La Regione Molise, in ottemperanza alle leggi regionali n. 37/1999 e n. 38/2006 ed a seguito della consultazione referendaria del giugno 2011, nell'art. 79 (acqua e gestione del servizio idrico) della L.R. n. 2 del 2012, *Legge finanziaria regionale 2012*, attestò che "la proprietà pubblica delle reti e delle infrastrutture è inalienabile. La gestione del servizio idrico integrato è affidata all'Azienda speciale regionale Molise Acque, ente di diritto pubblico, la cui natura giuridica non può essere modificata".

La Corte Costituzionale con apposita sentenza n. 228 del 2013 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 79 della legge regionale Molise n. 2 del 2012, nella parte in cui affida, in via diretta, la gestione del servizio idrico integrato all'«Azienda speciale regionale Molise Acque», ente di diritto pubblico strumentale della Regione, in quanto si pone in contrasto con la normativa statale e quindi viola l'art. 117, secondo comma, lettere e) ed s), Cost.

Essa, infatti, da un lato, esclude che l'ente individuato dalla Regione come successore delle competenze dell'AATO deliberi, con un proprio atto, le forme di gestione del servizio idrico integrato e provveda all'aggiudicazione della gestione del servizio; dall'altro, con disposizione che tiene luogo di un provvedimento, stabilisce che il predetto

servizio sia affidato specificamente alla citata azienda pubblica regionale, individuata dalla medesima legge regionale del Molise.

In Regione Molise, a seguito della recente normativa ... e della sentenza della Corte Costituzionale n. 228 del 2013 di dichiarazione di illegittimità dell'art. 79 della L.R. n. 2 del 2012, è stato istituito un gruppo di lavoro per lo svolgimento dell'assistenza tecnico-amministrativa e metodologica inerente le attività ricognitive e preparatorie per la definizione di un nuovo assetto istituzionale nel comparto del servizio idrico integrato della regione Molise; gli esiti di tale attività si sono conclusi di recente con l'approvazione della **legge regionale n. 4 del 22 aprile 2017** (pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione Molise n. 18 del 29 aprile 2017).

Nel testo di legge, e più precisamente al **comma 2, dell'art. 11 (Gestione del servizio idrico integrato)** si legge che: "fatta salva, ai sensi dell'articolo 142 del decreto legislativo n. 152/2006, la funzione di scelta della forma di gestione del servizio idrico attribuita agli enti locali, **l'Azienda speciale regionale Molise Acque è autorizzata a partecipare all'eventuale costituzione con i Comuni di una società in house per la gestione del servizio idrico integrato regionale, mediante partecipazione minoritaria al capitale non superiore al 49 per cento.** Qualora l'EGAM scelga la forma di gestione mediante affidamento diretto alla società in house di cui al precedente periodo, le condizioni ed i termini della partecipazione dell'Azienda speciale Molise Acque saranno stabiliti in un accordo preliminare che l'Azienda speciale sottoporrà alla Giunta regionale per eventuali osservazioni e direttive".

Alla base dei diversi percorsi giuridici normativi adottati per la gestione del sistema idrico integrato in Puglia ed in Molise, vi sono circostanze che in questa sede non possono essere analizzate, tuttavia, pur nelle diverse premesse le due esperienze ci appaiono tra loro complementari.

Difatti, se per la Regione Molise è stato possibile costituire un'Azienda speciale fin dal 1999, con contestuale affidamento del patrimonio conferito ad E.R.I.M. dall'art. 15 della legge regionale 2 settembre 1980, n. 31, tanto non si è verificato per la Regione Puglia che, come ricostruito nel nostro precedente lavoro, in assenza di un effettivo trasferimento della proprietà degli impianti costruiti (rif. pag. 24 e 25 del contributo depositato da questo Ufficio nel corso della riunione del 17.05.2017) ha dovuto perfino agire legalmente per vedere riconosciuta una sua partecipazione azionaria nella società AQP S.p.A. nata, per volontà del legislatore nazionale (rif. art. 1 del Dlgs. n. 141 del 1999) dalla dismissione dell'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese.

Il riferimento al patrimonio appare, in questa sede opportuno per chiarire che **l'azienda speciale che risulterebbe dalla trasformazione della S.p.A. a totale partecipazione pubblica, dovrà essere dotata di un patrimonio separato a garanzia dei terzi e dei creditori** non essendo immaginabile che "in caso di insolvenza dell'azienda speciale (...) questa continui ad essere debitrice senza possibilità di traslare il debito sull'ente locale di riferimento".

Che la Corte dei conti, con deliberazione n. 4 del 2014, abbia ritenuto possibile la trasformazione di una Società per azioni in Azienda speciale è un dato condiviso, ma va opportunamente precisato che la Corte

dei Conti è intervenuta al solo scopo di verificarne la legittimità dell'operazione di trasformazione e non anche di valutarne la sostenibilità/opportunità in ambito di gestione del Servizio Idrico Integrato.

Difatti, l'idea di creare un'Azienda speciale (regionale e non) a cui affidare la gestione del servizio idrico integrato in Puglia, appare non risolutiva del secondo quesito posto con la Mozione approvata in Consiglio regionale nella seduta del 21.02.2017:

*“la possibilità che l'affidamento del S.I.I. nell'ATO Puglia oltre il 31/12/2018 possa avere luogo nei confronti di un soggetto di diritto pubblico mediante affidamento in house valutando, in tal caso, le modalità di trasformazione di AQP S.p.A.”*

stante l'impossibilità di dare corso alla lettera dell'art. 149 bis del T.U.A. che prevede **l'affidamento diretto** della gestione del S.I.I. solo a “società interamente pubbliche in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale” **e non anche ad Aziende speciali.**

Non è un caso che la Regione Molise, nell'impossibilità di affidare direttamente con legge regionale la gestione del S.I.I. alla previgente Azienda speciale regionale Molise Acque (rif. la citata sent. n. 228 del 2013 della Corte costituzionale), abbia provveduto a precisare al **comma 2, dell'art. 11 (Gestione del servizio idrico integrato)** legge regionale n. 4 del 2017 che “... l'Azienda speciale regionale Molise Acque è autorizzata a partecipare all'eventuale costituzione con i Comuni di una società *in house* per la gestione del servizio idrico integrato regionale, mediante partecipazione minoritaria al capitale non superiore al 49 per cento ...”.

Non solo, il legislatore per l'ipotesi che ci riguarda, con lo stesso d.l. n. 133/2014 che ha modificato l'art. 149 bis del Testo Unico dell'Ambiente, ha contestualmente disposto la soppressione dell'*ultimo periodo del comma 1 dell'articolo 4 del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 141*, operando una scelta sul futuro destino di AQP S.p.A. in Puglia; ovvero, il legislatore, abrogando l'inciso che costringeva la Regione Puglia e Basilicata, a dover ricorrere alla “dismissione delle rispettive partecipazioni azionarie entro i successivi sei mesi, con procedure di evidenza pubblica nel rispetto della disciplina comunitaria in materia” ha inteso favorire un eventuale futuro affidamento *in house* del S.I.I. in favore di AQP S.p.A. conformemente al disposto di cui al citato art. 149 bis.

**3.** In riferimento al **punto c)** resta ancora da verificare se allo Stato compete, in via esclusiva, anche il potere di indicare le condizioni per le quali debba ritenersi sussistente detta «rilevanza economica» oppure se la decisione di attribuire al servizio locale una siffatta qualificazione sia riservata, dal diritto comunitario o comunque dalla Costituzione, alla Regione od all'ente locale.

A tal fine è necessario, innanzitutto, valutare la portata della nozione di «rilevanza economica» nel sistema della normativa statale sui SPL; successivamente, individuare il fondamento costituzionale di tale nozione e, infine, trarre le conclusioni in ordine alla competenza a determinare la sussistenza dell'indicata «rilevanza».

Quanto al primo profilo, va osservato che né il censurato art. 23 *bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, in entrambe le sue versioni, né l'art. 113 TUEL, nel disciplinare l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali «di rilevanza economica», forniscono una esplicita definizione di tale «rilevanza».

Tuttavia, lo stesso art. 23 *bis* fornisce all'interprete alcuni elementi utili per giungere a tale definizione, precisando che: a) l'articolo ha come fine (tra l'altro) di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti «gli operatori economici interessati alla gestione di servizi pubblici di interesse generale in ambito locale» (comma 1); b) la presenza di situazioni tali da non permettere – in relazione alle caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento – «un efficace ed utile ricorso al mercato del servizio», non rende il servizio stesso privo di rilevanza economica, ma ne consente solo l'affidamento della gestione con modalità derogatorie rispetto a quelle ordinarie (comma 3); c) la «rilevanza economica» dei servizi non ha nulla a che vedere con le soglie oltre le quali gli affidamenti dei medesimi servizi «assumono rilevanza» ai fini dell'espressione del parere preventivo che l'AGCM deve rendere in ordine alla scelta dell'ente locale di affidare la gestione di un servizio pubblico «di rilevanza economica» secondo modalità derogatorie rispetto a quelle ordinarie (commi 4 e 4-bis, nella versione vigente).

Dall'evidente omologia posta da tale articolo tra «servizi pubblici locali di rilevanza economica» e «servizi pubblici di interesse generale in ambito locale» si desume, innanzitutto, che la nozione di «servizio pubblico locale di rilevanza economica» rimanda a quella, più ampia, di «servizio di interesse economico generale» (SIEG), impiegata nell'ordinamento comunitario e già esaminata al punto 2.1. Del resto, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 272 del 2004, aveva già sottolineato l'omologia esistente anche tra la nozione di «rilevanza economica», utilizzata nell'art. 113 *bis* TUEL (relativo ai servizi pubblici locali «privi di rilevanza economica» e dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla stessa sentenza), e quella comunitaria di «interesse economico generale», interpretata anche dalla Commissione europea nel Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003. In particolare, secondo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea, per «interesse economico generale» si intende un interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato», anche potenziale (sentenza Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, § 2.3, punto 44) e, quindi, secondo un metodo economico,

finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi. Si tratta dunque di una nozione oggettiva.

Quanto al secondo profilo da esaminare, relativo al fondamento costituzionale della legge statale che fissa il contenuto della suddetta nozione oggettiva di «rilevanza economica», va preso atto che detta nozione, al pari di quella omologa di «interesse economico» propria del diritto comunitario, va utilizzata, nell'ambito della disciplina del mercato dei servizi pubblici, quale criterio discrezionale per l'applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi (come, del resto, esplicitamente affermato dal comma 1 dell'art. 23-bis). Ne deriva che, proprio per tale suo ambito di utilizzazione, **la determinazione delle condizioni di rilevanza economica è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato** in tema di «tutela della concorrenza», ai sensi del secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost. Poiché **l'ordinamento comunitario esclude che gli Stati membri, ivi compresi gli enti infrastatali, possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza dell'interesse economico del servizio**, conseguentemente il legislatore statale si è adeguato a tale principio dell'ordinamento comunitario nel promuovere l'applicazione delle regole concorrenziali e ha escluso che gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza della rilevanza economica del servizio (rilevanza che, come più volte sottolineato, corrisponde per il diritto interno all'interesse economico considerato dal diritto comunitario).<sup>4</sup>

### In conclusione

Verificato che la trasformazione della società AQP S.p.A. in Azienda Speciale, alla luce dell'art. 149 *bis* del T.U.A. come modificato dal d.l. n.133/2014 c.d. sblocca Italia **non sia di alcuna utilità giuridico – amministrativa tale da poter giustificare il richiesto intervento legislativo** da parte della Regione Puglia, all'esito delle analisi effettuate appare opportuno suggerire di operare in direzione di una proroga del termine oltre 31.12.2018, indicato in convenzione, per l'affidamento del S.I.I. in favore di AQP S.p.A.

Difatti, alla luce di tutti i dati raccolti e documentati nel precedente nostro documento, la previsione di un termine, riportata al comma 1 dell'art. 2 "Attività della società", secondo il quale "sono affidate alla società, fino al 31 dicembre 2018, le finalità già attribuite all'ente dalla normativa riguardante l'ente stesso" deve ritenersi indicativa di una volontà del legislatore a non voler condizionare la durata dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato, di fatto non prevista, nel secondo comma del citato art. 2 del D.lgs. n. 141 del 1999 nel quale si legge che "la società provvede, altresì, alla gestione dell'acqua e, in particolare, alla captazione, adduzione, potabilizzazione, distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e depurazione delle acque reflue."

---

<sup>4</sup> Rif. ddl A.S. 2343 "Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque" dal 19.04.2017 in discussione in commissione al Senato (assegnata alla 13° Commissione permanente (Territorio, ambiente, beni ambientali) **in sede referente** il 3 maggio 2016).

Pertanto, il termine di cui al “31 dicembre 2018” indicato nella convenzione sottoscritta il 30 settembre 2002 ai sensi della legge n. 36/94 (c.d. legge Galli), dovrà intendersi convenzionale e come tale prorogabile per volontà delle parti ovvero tra: l’A.I.P., in qualità di Ente di governo d’Ambito, e l’AQP S.p.A., quale Ente gestore del servizio idrico integrato.

A tal fine, su domanda di A.I.P., dovrà essere preventivamente verificata con A.N.A.C. l’iscrizione nell’elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* ex art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016.