



Consiglio Regionale della Puglia

SEZIONE AFFARI E STUDI GIURIDICI E LEGISLATIVI

Dall'Acquedotto Pugliese al Servizio Idrico Integrato in Puglia

Prime riflessioni

Da una ricostruzione storico – normativa dell'Ente acquedotto pugliese, è emerso come lo stesso costituisca da sempre un unicum nello scenario nazionale e che di tale peculiarità si debba sempre tenere conto ogni qual volta si venga chiamati a proporre nuove soluzioni normative, a sostegno delle mutate e mutevoli condizioni socio-economiche.

L'ACQUEDOTTO PUGLIESE

(analisi storico – normativa)

Nel corso della XXI legislatura del Regno d'Italia, il 26 giugno del 1902, veniva approvato il progetto di legge, Atto C. 110 "Costruzione ed esercizio dell'Acquedotto pugliese e tutela della silvicoltura nel bacino del Sele" proposto dall'allora Presidente del Consiglio dei ministri, Giuseppe Zanardelli, e dal ministro dei lavori pubblici, Nicola Balenzano, il ministro dell'interno, Giovanni Giolitti, il ministro del tesoro, Ernesto Di Broglio, il ministro delle finanze, Paolo Carcano, ed il ministro dell'agricoltura, industria e commercio, Guido Baccelli; la **legge 26 giugno del 1902, n. 245** sanciva la nascita del consorzio tra lo Stato e le province di Bari, Foggia e Lecce per la costruzione e l'esercizio dell'Acquedotto pugliese.

Il consorzio tra enti territoriali, con il Regio Decreto legge 19 ottobre 1919, n. 2060, convertito con modifiche nella **legge 23 settembre 1920 n. 1365**, veniva poi trasformato in Ente Autonomo per l'Acquedotto Pugliese (E.A.A.P.) avente sede in Bari e con il compito di provvedere alla costruzione, manutenzione ed esercizio dell'acquedotto pugliese, nonché alla gestione del servizio idrico integrato, alla captazione, adduzione, potabilizzazione, accumulo, distribuzione e vendita di acqua ad usi civili, industriali, commerciali ed agricoli.

La **legge 28 maggio 1942, n. 664** estendeva agli acquedotti e fognature della Lucania i compiti già assegnati all'E.A.A.P.

L'E.A.A.P., quale ente pubblico strumentale diretto a realizzare finalità ed interessi assunti dallo Stato, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e per la prima volta con la **Legge 20 marzo 1975, n. 70** vedeva riconosciuta la sua natura di ente pubblico non economico (detto anche Ente del parastato)¹, in quanto inserito nella categoria² degli "Enti preposti a servizi di pubblico interesse" di cui alla sezione IV della Tabella degli Enti pubblici non economici allegata alla citata legge³.

Secondo gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca, l'Ente pubblico Economico (o ente del parastato) era individuato come l'ente istituzionale o corporativo dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, non avente natura territoriale, cui venivano attribuite competenze su attività che, sarebbero proprie dello Stato, della Regione o di altro Ente pubblico territoriale o locale, ma che

¹ Ai sensi dell'art. 20 della legge 20 marzo 1975 n. 70 l'Ente è stato dichiarato necessario e classificato di notevole rilievo con D.P.C.M. del 12 settembre 1975.

² La distinzione degli Enti in categorie, rispondente a fini eminentemente pratici, nasce dall'esigenza (del legislatore) di raggruppare gli enti per materie di competenza.

³ L'E.A.A.P., insieme all'Ente Acquedotti Siciliani, sono gli unici enti acquedottistici ad avere ottenuto tale riconoscimento legislativo.

venivano esercitate in modo autonomo nell'attuazione di un apposito ed esplicito decentramento di funzioni (dettato da esigenze di snellezza operativa).

Nella pratica si trattava di enti a cui veniva riconosciuta un'autonomia di natura operativa ed amministrativa ma non anche di natura politica in quanto strumenti dell'Amministrazione pubblica; nella maggior parte dei casi, ricevevano la loro autorità dal Governo che nominava i Consigli di Amministrazione o erano espressione di interessi economici e sociali settoriali i quali dovevano coordinarsi con l'interesse generale.

In questo senso, è stato anche detto che gli enti pubblici non economici erano enti strumentali dello Stato e per questo sottoposti ad una stringente forma di controllo e vigilanza governativa particolarmente penetrante, soprattutto quando si trattava di enti erogatori che gravavano in tutto o in parte sulla finanza pubblica.

È proprio il caso di E.A.A.P. che, prima ancora che fosse riconosciuto dal legislatore quale ente pubblico non economico, con D.P.R. del 20 giugno 1961 veniva sottoposto al controllo della Corte dei Conti ai sensi dell'art. 12 della Legge n. 259 del 1958.

La legge 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. Legge Galli), introducendo il concetto di Servizio Idrico Integrato (S.I.I.) comprensivo dell'insieme dei servizi di captazione, adduzione e distribuzione d'acqua di usi civili, fognatura e depurazione di acque reflue (art. 4, comma 1, lett. f), **affidava alle regioni il compito di individuare "le forme e modi di cooperazione"** affinché comuni e province potessero provvedere alla gestione del servizio idrico integrato tramite convenzioni (ex lege n. 142/1990). Più precisamente, introduceva il principio della divisione in ATO (art. 8, comma 1) e dell'unicità di gestione all'interno di ciascun ATO (art. 9, comma 4) riservando alle Regioni la determinazione degli ambiti territoriali ottimali per la gestione dei servizi idrici integrati. Per ciascuno di questi ATO la legge istituiva un'Autorità d'Ambito (AATO), dotata di personalità giuridica di diritto pubblico e costituita dai Comuni e dalle Province che compongono l'ATO. All'Autorità d'Ambito spettava la titolarità ed il compito di organizzare il S.I.I., individuandone il gestore e vigilando sull'attività di quest'ultimo (articolo 9, comma 1). Relativamente all'affidamento del S.I.I., **la legge Galli prevedeva che la gestione del SII potesse essere svolta attraverso l'azienda speciale consortile, la società a partecipazione pubblica locale prevalente o minoritaria e la concessione a terzi**, nel rispetto delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici (articolo 9, comma 2, e articolo 20).

Dopo pochi mesi il legislatore, con **Legge n. 28 dicembre 1995, n. 549 - art. 1, comma 83**, disponeva che "Al fine di favorire la privatizzazione e di evitare aggravii per la finanza pubblica, **gli enti acquedottistici, di cui all'articolo 10, comma 5, della legge 5 gennaio 1994, n. 36⁴, nonché quelli regionali e interregionali**

⁴ **Art. 10, comma 5, Legge n. 36 del 1994:** "Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro dei lavori pubblici, emanato d'intesa con il Ministro del tesoro, sentiti il Ministro dell'ambiente e le regioni interessate, nonché le competenti Commissioni parlamentari, nel limite degli ordinari stanziamenti di bilancio, **si provvede al riassetto funzionale ed organizzativo degli enti gestori di servizi di cui all'articolo 4, comma 1, lettera f), sottoposti a vigilanza statale,**

istituiti con legge statale o regionale, sono trasformati, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentiti le amministrazioni e gli enti competenti, in società per azioni, per le finalità di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 3 aprile 1993, n. 96, e successive modificazioni”.

A tale scopo la **legge 18 novembre 1998 n. 398** dispose erogazioni finanziarie a favore dell'ente stesso, consistenti nella concessione di un contributo ventennale di lire 30 miliardi annui a fronte degli oneri di ammortamento, per capitale ed interessi, derivanti da mutui che l'ente era stato autorizzato a stipulare con la stessa legge per pervenire al risanamento finanziario.

Senonché, contestualmente e per effetto di lunghe e travagliate discussioni politiche in materia di federalismo, al fine di dare corpo ad una redistribuzione delle funzioni pubbliche, con **l'art. 89, comma 1, lettera a), della legge 31 marzo 1998, n. 112 è stato disposto il trasferimento alle Regioni di tutte le funzioni relative “alla progettazione, realizzazione e gestione delle opere idrauliche di qualsiasi natura”, ribadendo** il potere legislativo delle Regioni in *subjecta* materia (art. 2, comma 2: “Nelle materie oggetto di conferimento, le regioni e gli enti locali esercitano funzioni legislative o normative ai sensi e nei limiti stabiliti dall'art. 2 della legge n. 59/1997”), **e chiarendo** che “in nessun caso le norme del presente decreto legislativo possono essere interpretate nel senso dell'attribuzione allo Stato, alle sue amministrazioni o ad enti pubblici nazionali, di funzioni, compiti e compiti trasferiti, delegati o comunque attribuiti alle regioni, agli enti locali e alle autonomie funzionali dalle disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo”.

È in attuazione della delega contenuta *nell'articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 15 marzo 1997, n. 59*”, concernente il riordino degli enti pubblici nazionali, che è stato emanato il **Decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 141**, dal titolo “*Trasformazione dell'Ente autonomo acquedotto pugliese in società per azioni*”.

Il citato decreto, omettendo di conferire alla Regione Puglia alcuna attribuzione specifica in sede di costituzione, amministrazione e gestione della società, trasformava l'E.A.A.P. in società per azioni attribuendo quest'ultime “al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, che esercita i diritti dell'azionista d'intesa con il Ministro dei lavori pubblici, sulla base delle direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri”; unica eccezione è data dalla previsione relativa al “primo esercizio

ridefinendone la natura giuridica e le competenze territoriali, nel rispetto dei criteri e delle modalità di gestione dei servizi di cui alla presente legge”.

dell'organo di amministrazione" nel corso del quale l'organo di amministrazione della società è "tenuto a presentare al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica un piano per la ristrutturazione e il risanamento della società, da approvare sentite le regioni Puglia e Basilicata".

Nella stessa norma veniva altresì stabilito che la società sarebbe subentrata in tutti i rapporti attivi e passivi di cui era titolare l'ente; e che inoltre essa avrebbe potuto avvalersi di tutti i beni pubblici già in godimento da parte di quest'ultimo.

L'art. 2, comma 1, del sopra richiamato D.lgs. n. 141/1999 ha di fatto stabilito l'affidamento alla nuova società, fino al 31 dicembre 2018, delle finalità istituzionali già attribuite all'ente E.A.A.P.⁵; disponendo altresì che per la realizzazione delle stesse avrebbero continuato a trovare applicazione le precedenti disposizioni in materia di dichiarazione di pubblica utilità e di espropriazione (art. 2, comma 3).

La società provvede, altresì, alla gestione del ciclo integrato dell'acqua e, nello specifico, la captazione, adduzione, potabilizzazione, distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e depurazione delle acque reflue (art. 2, comma 2).

Con **decreto n. 119979 del 10 giugno 1999** il Ministro del tesoro convocò la prima assemblea della S.p.A. Acquedotto pugliese che si concluse con l'approvazione dello statuto e con la successiva nomina di un amministratore unico - l'originario commissario straordinario di nomina ministeriale- titolare di tutti i poteri di amministrazione e gestione dell'ente costituito in S.p.A.

Entrambi i decreti, il decreto legislativo n. 141/99 (per illegittimità diretta) e il decreto del 10 giugno 1999 di approvazione dello statuto (per conflitto di attribuzione), sono stati impugnati dalla Regione Puglia innanzi alla Corte costituzionale⁶ unitamente al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri datato 9 marzo 2000 con il quale, accantonata repentinamente la prospettiva del risanamento e della ristrutturazione dell'ente pur espressamente contemplata all'art. 1, comma 5, del decreto legislativo n. 141/1991, sono state individuate le "modalità di dismissione dell'Acquedotto pugliese S.p.A." ovvero della sua cessione per affidamento diretto all'ENEL S.p.A. ("alienazione sospensivamente condizionata alla determinazione definitiva del capitale ai sensi dell'art. 3, comma 4, del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 141")⁷.

⁵ dalla Legge 23 settembre 1921 n. 1365 di conversione del Regio Decreto 19 ottobre 1919 n. 2060 e s.m.i. , nonché dalla legge 16 gennaio 1939 n. 74, di conversione del Regio decreto legge 2 agosto 1938 n. 1464, e dalla Legge 28 maggio 1942 n. 664 e s.m.i.

⁶ In quei giudizi si è costituita l'Avvocatura dello Stato per la Presidenza del Consiglio dei Ministri propugnando la tesi della separazione tra proprietà dell'ente, appartenente al Ministero del tesoro in quanto ricompreso nel c.d. "parastato" *ex lege* n. 70/1975, e gestione dell'attività acquedottistica che - si riconosce *ex adverso* - non potrebbe che essere esercitata sotto la guida delle Regioni Puglia e Basilicata, poiché l'acquedotto pugliese serve anche il territorio di quest'ultima regione.

⁷ Nei fatti, il DPCM del 9 marzo 2000 impugnato, individuava definitivamente - a "trattativa diretta" ex "art. 1, comma 2, legge 30 luglio 1994, n. 474" - l'acquirente dell'Acquedotto pugliese S.p.A. nell'ENEL S.p.A. sull'esile presupposto per il quale lo stesso ENEL "esercita la propria attività anche nel settore idrico" e avendo "ritenuto di procedere ad una razionalizzazione delle partecipazioni detenute dallo Stato nel settore idrico, assicurandone una gestione efficiente, anche in considerazione degli interessi generali connessi". Del resto l'accorpamento tra ENEL e Acquedotto pugliese S.p.A., non poteva essere giustificato dalla presunta analogia delle attività svolte dalle due società "nel settore idrico", l'una occupandosi della produzione dell'energia elettrica, l'altra

Di fatto la Regione Puglia pur essendo titolare, al pari di tutte le Regioni a Statuto ordinario, del potere legislativo in materia di acquedotti (rif. artt. 117 e 118 della Costituzione repubblicana antecedente alla modifica intervenuta con L. cost. n. 3 del 2001) nonché gestore *ex lege* di tutte le opere idrauliche (art. 89, 1 comma lettera a), decreto legislativo n. 112/1998) e promotore del servizio idrico integrato (legge n. 36/1994) e, più in generale, affidataria di "tutte le funzioni e i compiti relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità" (art. 1, comma 2, legge n. 59/1997), è stata inopinatamente pretermessa dallo Stato nella fase di privatizzazione dell'E.A.A.P.⁸

Con i sopra richiamati ricorsi, ed in particolare con il ricorso per conflitto di attribuzione alla Corte Costituzionale n. 24 del 2000, la Regione Puglia ha evidentemente inteso rivendicare il suo ruolo di interlocutore necessario dello Stato nella fase di privatizzazione dell'Acquedotto pugliese; essa infatti avrebbe potuto partecipare attivamente alla procedura per l'acquisizione dell'Acquedotto pugliese S.p.A. se (assunte le vesti della società a capitale misto) la trattativa si fosse effettivamente svolta ai sensi dell'art. 1, comma 2 e 3, della legge n. 474/1994 nonché nel rispetto dei precetti contenuti nell'art. 41 della Costituzione.

Non solo, con il citato ricorso, la Regione ha altresì rivendicato il diritto ad essere destinataria di una quota delle azioni della S.p.A. sì da poterne tutelare lo sviluppo e verificarne la correttezza nella gestione dal suo interno anche ai fini previsti, con riferimento ai servizi pubblici essenziali, dagli artt. 2 e 3 della legge 30 luglio 1994, n. 474; nella sostanza si trattava di concedere una possibilità, per Stato o enti di riferimento, di conservare una anche modesta partecipazione azionaria al fine di garantirsi un diritto di intervento sulle scelte fondamentali della nuova S.p.A. erogatrice di un pregnante servizio di pubblico interesse.

L'opportunità a la necessità di dover creare, da parte del Governo, una interlocuzione diretta tra gli enti territoriali di riferimento (le Regioni Puglia e Basilicata) era resa ancora più evidente dalla situazione peculiare dell'Acquedotto pugliese che, essendo il più grande acquedotto d'Europa a servizio di due regioni del meridione d'Italia, certamente sarebbe stato destinato ad agire in regime monopolistico per i prossimi decenni. Difatti, tale forma di partecipazione della Regione costituisce la modalità concreta mediante la quale realizzare il contemperamento dei diversi interessi portati dallo Stato e dall'ente regionale, confronto che (evidentemente) deve essere informato dal principio costituzionale della leale cooperazione, essendo lo Stato tenuto a "riconoscere e promuovere le autonomie locali" e, proprio a tal fine, ad "adeguare i principi e metodi della sua legislazione" (art. 5 Cost.)⁹.

Nel caso specifico lo Stato stava cedendo l'E.A.A.P. all'ENEL S.p.A., oltre che in palese violazione dei profili summenzionati, anche in violazione dell'art. 1, comma 5, del d.lgs. n. 141/1999 che, come accennato, prevedeva la redazione di un piano di ristrutturazione e di

dell'erogazione del servizio acquedottistico. Né mai, il fine di razionalizzare le partecipazioni statali, si sarebbe potuto attuare e si potrebbe ritenere attuato mediante l'accorpamento ad altro soggetto - qualsiasi soggetto - dell'Acquedotto pugliese S.p.A., vista la sua assoluta condizione peculiare di più grande Acquedotto europeo a servizio di due regioni del meridione d'Italia.

⁸ Costituisce unica eccezione il parere richiesto alla Regione Puglia in merito al "piano di ristrutturazione e risanamento" che doveva essere predisposto dall'organo amministrativo durante "il primo esercizio della società" (art. 1, comma 5, del D.lgs. n. 141/99).

⁹ Inoltre, ai sensi dell'accordo di programma stipulato, ex art. 17, legge 5 gennaio 1994, n. 36, tra regione Puglia e Basilicata e il Ministero dei lavori pubblici del 5 agosto 1999, lo stesso Ministro "si impegna ad esprimere l'intesa con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica per l'esercizio dei diritti dell'azionista dell'EAAP (art. 3, comma 2, d.lgs. 11 maggio 1999, n. 141), dopo aver sentito le Regioni Puglia e Basilicata".

risanamento dell'E.A.A.P. da attuarsi durante il primo esercizio da parte dell'organo di amministrazione e da "approvare sentite le regioni Puglia e Basilicata"¹⁰.

Lo scenario fin qui rappresentato ha costituito e costituisce tutt'oggi un tipico caso di totale abbandono del servizio pubblico essenziale nelle mani di un soggetto parzialmente privato - con la prospettiva di divenire privato del tutto - ed estraneo alla materia acquedottistica; difatti, come è noto, la competenza in materia "idrica" dell'ENEL riguardava e riguarda ancora oggi l'utilizzazione dell'acqua al fine della produzione di energia elettrica non già l'adduzione ai fini dell'approvvigionamento idrico e dell'irrigazione, attività che invece svolge - unitamente a quella della gestione di reti fognarie e depuratori - l'Acquedotto pugliese S.p.A.).

Il giudizio promosso dalla Regione Puglia con ricorso per conflitto di attribuzione, sorto a seguito del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 9 marzo 2000 recante "Definizione dei criteri di privatizzazione e delle modalità di dismissione dell'Acquedotto pugliese S.p.A." ed iscritto al n. 24 del registro conflitti 2000, si è concluso in data 16 dicembre 2002 con il deposito da parte della Regione Puglia dell'atto di rinuncia al ricorso *de quo*, motivato dalla piena soddisfazione dell'interesse da essa fatto valere per effetto del mutamento del quadro normativo intervenuto nelle more del giudizio.

Con la **Legge n. 448 del 2001**, (legge finanziaria per il 2002) l'articolo 4 del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 141, è stato sostituito dal seguente: art. 4. – (Attribuzione delle azioni alle regioni). – 1. Compiuti gli adempimenti di cui all'articolo 3, commi 3 e 4, **le azioni** inizialmente attribuite ai sensi del comma 2 del predetto articolo 3 **sono definitivamente trasferite senza oneri**, entro il 31 gennaio 2002, **alle regioni Puglia e Basilicata**, con una ripartizione in ragione del numero dei rispettivi abitanti. Le regioni avviano la dismissione delle rispettive partecipazioni azionarie entro i successivi sei mesi, con procedure di evidenza pubblica nel rispetto della disciplina comunitaria in materia.

Nel mese di gennaio 2002 il Ministero dell'Economia ha assegnato alle Regioni Puglia e Basilicata l'intero capitale della società in base alla popolazione residente: circa l'87% alla Puglia e il 13% alla Basilicata ed il 30 settembre 2002 è stata sottoscritta ai sensi della legge n. 36/94 (c.d. legge Galli) la convenzione con la quale è stata affidata all'AQP S.p.A. la gestione del servizio idrico integrato, (S.I.I.) per la Puglia fino al 31 dicembre 2018.

¹⁰ Ciò, per di più, in violazione della disciplina vigente per la cessione delle società erogatrici di servizi essenziali, che prevede la previa costituzione degli "organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi" (art. 1-bis, legge n. 30 luglio 1994, n. 474) e, inoltre, una serie di cautele riferite all'ordinamento societario interno (art. 2) che, vista appunto l'essenzialità del servizio svolto dall'ente societario in via di privatizzazione, deve riservare alla mano pubblica, "(Stato o ente), speciali poteri anche nel caso che per effetto della cessione di azioni perda la sua posizione di maggioranza o comunque di controllo in sede di assemblea degli azionisti.

Un decisivo passo in avanti, sotto il profilo della certezza del quadro normativo di riferimento in cui opera la società AQP S.p.A., si è avuto in virtù del **d.l. n.133/2014 c.d. Sblocca Italia, convertito nella legge n. 164/2014**¹¹ con cui **è stata eliminata la previsione dell'obbligo di cessione delle azioni**, il comma 2-ter recita: “ *L'ultimo periodo del comma 1 dell'articolo 4 del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 141, come sostituito dal comma 4 dell'articolo 25 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, è soppresso*”. Per effetto di tale intervento, da parte del legislatore nazionale, è venuto meno l'obbligo da parte della Regione Puglia e Basilicata di 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”.

All'esito dei diversi interventi normativi del legislatore statale, l'AQP S.p.A. è oggi una società per azioni regolata in parte da norme speciali ed in parte dal diritto comune societario.

La Regione Puglia dal suo canto, azionista di maggioranza sin dal 2001 e dal 24.6.2011 unico azionista dell'AQP S.p.A., attraverso alcune modifiche apportate allo statuto societario (avvenute in data 3 novembre 2010) tentò di anticipare il processo di pubblicizzazione della società; tale processo, successivamente definito dalla legge regionale n. 11 del 14.6.2011, si è concluso con la dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcuni articoli (rif. sentenza n. 62 del 2012 della Corte costituzionale). Tale iniziativa, per effetto della citata sentenza della Corte Costituzionale, dovette ben presto essere rivista poiché le modifiche apportate allo statuto dell'AQP S.p.A. risultarono essere in aperto contrasto con la legge statale n. 448 del 2011.

È così che la normativa regionale successivamente prodotta, afferente direttamente o indirettamente ad AQP S.p.A., ha sempre tenuto conto dei vincoli posti dalle leggi statali alla disciplina dei controlli sulle società pubbliche, delle sentenze della Corte costituzionale, dei rilievi della Corte dei conti, nonché delle sentenze rese dalla Corte di Giustizia UE in sede di infrazione ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Ad esempio, con la **Legge Regionale n. 26 del 2013, art. 25** è stata introdotta una **nuova disciplina in materia di controlli** - al dichiarato fine di dare concreta e piena applicazione alle disposizioni normative nazionali che hanno introdotto forme più intense di controllo in capo al socio pubblico sulle società partecipate.

Con **deliberazione di Giunta regionale n. 812 del 25 maggio 2014** sono state approvate delle linee di indirizzo per le società controllate e per le società *in house* della Regione Puglia, atto di cui AQP S.p.A. è evidentemente destinataria in quanto società totalmente partecipata dalla Regione Puglia. Si tratta di un

¹¹ Il DECRETO-LEGGE 12 settembre 2014, n. 133 (in G.U. 12/09/2014, n.212) , convertito con modificazioni dalla L. 11 novembre 2014, n. 164 (in S.O. n. 85, relativo alla G.U. 11/11/2014, n. 262), **nell'introdurre l'art. 149-bis al D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152** (in S.O. n. 96 relativo alla G.U. 14/04/2006, n. 88) **ha conseguentemente disposto** (con l'art. 7, comma 1, lettera d)) **la modifica dell'art. 4.**

atto di indirizzo che, pur riconoscendo la competenza esclusiva del legislatore nazionale in materia, detta tuttavia una serie di principi che si affiancano a quelli dettati dal codice civile in materia di esercizio dei poteri del socio.

Trattandosi di atto amministrativo, se pur adottato in base alla Legge regionale, a propria volta attuativa di legislazione nazionale, lo stesso può essere applicato solo nella misura in cui non si ponga in contrasto con la normativa generale afferente le società pubbliche. Al riguardo, la Corte reitera alcune osservazioni già formulate nell'ultimo referto circa la necessità che nella disciplina delle società pubbliche e nel concreto esercizio delle prerogative spettanti agli azionisti pubblici si tenga presente che gli amministratori devono gestire la società in vista esclusiva della realizzazione dell'interesse sociale.

Altri interventi normativi hanno riguardato il sostegno da parte del socio Regione Puglia ai piani d'intervento di AQP S.p.A. per investimenti.

Ulteriori previsioni normative riguardanti AQP S.p.A. sono contenute nella **legge regionale n. 37 del 2014**¹. Gli interventi da finanziare attraverso l'anticipazione di cui alla normativa citata in nota sono una parte del "Programma degli interventi (PDI) predisposto dall'Autorità Idrica Pugliese secondo lo schema regolatorio previsto dalla delibera AEEGSI n.643/2013/R/IDR ed approvato da AEEGSI con delibera n.432/2014/R/IDR.

Altro atto di rilievo è la **Delibera della Giunta Regione Puglia n. 1036 del 19 maggio del 2015** recante linee di indirizzo a valere per l'anno 2015 volte al contenimento della spesa per il personale i cui effetti nei confronti di AQP S.p.A. sono stati oggetto di valutazione da parte dall'assemblea dei soci del 3 agosto 2015.

Dalla ricostruzione storico-normativa di AQP S.p.A., fin qui esposta, appare evidente come la società sia stata costretta ad operare all'interno di un quadro normativo incerto ed in continua evoluzione che solo di recente può ritenersi superato, ovvero, grazie all'intervento del legislatore statale che dall'agosto 2014 ha eliminato l'obbligo di dismissione delle partecipazioni azionarie da parte di AQP S.p.A.

Tuttavia l'approssimarsi del termine di scadenza della concessione del S.I.I., prevista per il prossimo 31.12.2018, impone un'analisi rigorosa della sostenibilità finanziaria degli interventi programmati (investimenti e interventi infrastrutturali e di adeguamento degli impianti) alcuni dei quali resi ineludibili alla luce della pendenza di alcune procedure di infrazione in sede europea, nonché sulla valorizzazione del regime monopolistico che - giocoforza - ha caratterizzato e caratterizzerà in ogni epoca l'attività dell'Acquedotto pugliese S.p.A.

*** * ***

Alla luce dell'analisi storico – normativa di AQP S.p.A. si dovrà valutare la possibilità di percorrere o meno le opzioni prospettate al Gruppo di Lavoro congiunto istituito, a seguito della Mozione del Consiglio regionale del 21/02/2017 per la definizione delle procedure di trasformazione della società partecipata Acquedotto Pugliese S.p.A. secondo il modello dell'affidamento "in house".

Le opzioni oggetto di valutazione, sono qui di seguito riportate:

- la possibilità che l'affidamento del S.I.I. nell'ATO Puglia oltre il 31/12/2018 possa essere confermato ad AQP S.p.A. attraverso la elisione della scadenza prevista dal D.Lgs. n.141/99;
- 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.;
- la possibilità che l'affidamento del S.I.I. nell'ATO Puglia oltre il 31/12/2018 possa avvenire ad AQP S.p.A. mediante affidamento in house attraverso la partecipazione dei comuni al capitale della società, valutando le eventuali modalità di partecipazione.

Il servizio idrico

Come si è avuto occasione di anticipare la società AQP S.p.A. ha operato all'interno di un contesto normativo incerto ed in continua evoluzione che ha riguardato non solo la legislazione statale e regionale concernente specificatamente l'organizzazione e la gestione di AQP S.p.A. ma anche, più in generale, le società pubbliche, la normativa in materia di servizio idrico integrato¹², la normativa in materia di procedure di gara e la normativa in materia di servizi pubblici locali di cui al T.U.E.L.; norme, con le quali la società AQP S.p.A., in qualità di ente gestore del Servizio Idrico Integrato in Puglia, è chiamata quotidianamente a confrontarsi.

Pertanto al fine di poter dare al tavolo tecnico paritetico un'utile supporto giuridico-amministrativo, verificato il percorso storico – normativo di AQP S.p.A., nella seguente parte del lavoro di analisi verranno messi in rilievo gli ambiti di competenza della Regione, ed in particolare della Regione Puglia, in relazione al vasto contesto normativo sopra richiamato, così come connesso alla gestione del Servizio Idrico Integrato.

La disciplina di settore, relativa al servizio idrico, è stata interessata da una evoluzione legislativa caratterizzata dall'alternanza di lunghi periodi di stasi e di brevi periodi in cui si sono concentrati repentini e confusi mutamenti normativi: un succedersi di riforme che hanno reso la disciplina frammentata e disomogenea.

Il quadro normativo, infatti, risente della permanente tensione tra istanze di pubblicizzazione e di liberalizzazione¹³.

Preliminarmente può dirsi che **il servizio idrico è un servizio pubblico e, più precisamente, un servizio pubblico locale a rete** le cui attività e prestazioni sono erogate su iniziativa dei pubblici poteri per soddisfare, in modo diretto e immediato, un bisogno assunto come primario della collettività su un determinato territorio. I servizi pubblici locali – difatti - possono avere ad oggetto attività, con o senza rilevanza economica, finalizzate al perseguimento di interessi collettivi e suscettibili di essere organizzati in forma di impresa¹⁴.

¹² In particolare, il nuovo metodo tariffario transitorio ai fini dell'applicazione della tariffa.

¹³ Diversi i tentativi di aumentare la concorrenza nel mercato (*rectius*, per il mercato), per favorire un sistema più attento all'efficienza e all'economicità del servizio, poi frenati dalle vicende referendarie che, oltre ad aver acceso il dibattito politico e giuridico sul servizio idrico, hanno aperto la strada a successive riforme che hanno contribuito a produrre instabilità sistemica.

¹⁴ La Giurisprudenza sia interna che della Corte di Giustizia UE ha ricondotto la rilevanza economica di un servizio pubblico all'esercizio di un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi, assunti dall'Amministrazione come necessari, in quanto diretti a realizzare anche fini sociali, nei

Nel **nostro ordinamento il servizio idrico è un servizio a rilevanza economica**¹⁵; 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. Tale scelta ha dato luogo a problemi di stabilità sistemica quando, a seguito del referendum del 2011, è stato abrogato l'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, cd. Decreto Ronchi, che regolava l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, incluso il servizio idrico integrato.

Il servizio idrico nel nostro ordinamento si caratterizza per la forte presenza pubblica sia nell'attività di gestione sia in quella di regolazione. Tale fenomeno è il risultato di una storia che parte dall'inizio del Novecento quando, agli albori del *Welfare State*, lo Stato decise di intervenire nella gestione di servizi essenziali per la collettività, tra cui quello idrico, al fine di superare il regime monopolistico privato, inadeguato a rispondere alle istanze di maggiore efficienza del sistema economico e di miglior qualità della vita dei cittadini. In quella fase i comuni ebbero un ruolo decisivo perché individuati quali enti gestori dei servizi pubblici, incluso quello idrico. Tale assetto istituzionale venne codificato dalla legge del 29 marzo 1903, n. 103 (legge Giolitti), che istituì le aziende municipalizzate, strumento attraverso cui i comuni potevano assumere in modo diretto la gestione dei servizi.

Già allora, però, era in *nuce* un modello incentrato sulla separazione tra titolarità e gestione del servizio: la prima necessariamente pubblica, la seconda poteva essere affidata ai privati.

Il modello delineato dalla legge Giolitti dovette negli anni fare i conti con problemi di sostenibilità economica, stante il crescente indebitamento delle aziende municipalizzate. E' così che a partire dagli anni novanta del secolo scorso si è affermata la tendenza alla liberalizzazione dei servizi pubblici. Ciò sia ai fini di una maggiore efficienza della loro gestione, che per un tentativo di contenimento della crescita del debito pubblico.

In tale contesto si colloca la legge 8 giugno 1990 n. 142 sull'ordinamento delle autonomie locali, tesa a definire nuovi strumenti di collaborazione tra pubblico e privato nell'economia; essa pur mantenendo inalterata la possibilità di gestione diretta dei servizi da parte degli enti locali, vi affianca due modelli di

confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni, su un determinato mercato, anche potenziale.

¹⁵ 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.

gestione che permettono la collaborazione tra pubblico e privato, ovvero: l'affidamento a terzi mediante contratto o concessione (collaborazione di tipo contrattuale) e la costituzione di società mista di diritto privato con partecipazione pubblica o soggetta al controllo pubblico (cooperazione istituzionale).

L'allora legge sull'ordinamento delle autonomie locali (L. n. 142 del 1990), conteneva il germe di quella che poi sarà ricordata con il nome della Legge Galli (legge 5 gennaio 1994, n. 36), difatti il comma 2 dell'art. 9, della legge sulle autonomie locali, disponeva che *"Il comune, per l'esercizio delle funzioni in ambiti territoriali adeguati, attua forme sia di decentramento che di cooperazione con altri comuni e con la provincia.*

Tra i grandi meriti che sono stati riconosciuti alla già citata legge 5 gennaio 1994, n. 36 *"Disposizioni in materia di risorse idriche"*, vi è certamente quello dell'organizzazione del servizio idrico integrato ed in particolare: l'integrazione delle varie fasi del ciclo dell'acqua (captazione, adduzione, distribuzione, depurazione e fognatura) e la limitazione del numero di soggetti coinvolti nella gestione del servizio attraverso l'introduzione di una nuova dimensione di governo della risorsa, ovvero l'Ambito territoriale ottimale (ATO), con la rispettiva Autorità. Le AATO, preposte al governo della risorsa idrica su base tendenzialmente provinciale, avrebbero dovuto porre fine al *"protagonismo municipale"*, ovviando, quanto meno per la gestione di tale servizio¹⁶, al fenomeno evidenziato da Giannini già negli anni sessanta del XX secolo, ovvero la polverizzazione dei comuni e della loro inadeguatezza a garantire un efficace espletamento delle funzioni loro assegnate.

Una successione repentina di diversi interventi legislativi, di disciplina dei servizi pubblici, si è avuta sotto la pressione delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea fino all'emanazione **dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112**, convertito con modificazioni nella legge 6 agosto 2008, n. 133, relativo ai *"servizi pubblici di rilevanza economica"*. L'obiettivo del Legislatore era introdurre meccanismi concorrenziali per l'affidamento della gestione del servizio, al fine di incentivare l'ingresso dei privati nel settore, aumentare l'efficienza della gestione, ridurre gli sprechi, garantire le risorse per gli investimenti.

Secondo lo schema delineato dall'art. 23-bis, **il servizio pubblico locale andava affidato, in via ordinaria, mediante procedure competitive ad evidenza pubblica a "imprenditori o (...) società in qualunque forma costituite"** (comma 2); poteva inoltre essere affidato direttamente a società miste, a capitale pubblico-privato, partecipate dall'ente affidante, a condizione che il socio privato fosse stato scelto mediante procedure competitive ad evidenza pubblica riguardanti non solo la qualità di socio, ma anche

¹⁶ Quanto alle forme di gestione ed alle modalità di affidamento del servizio, la legge Galli richiamava le forme di gestione dei servizi pubblici locali disciplinate dalla legge 142/1990. Pertanto la gestione del servizio idrico poteva avvenire: in economia, a mezzo di azienda speciale, a mezzo di società a prevalente capitale pubblico locale, in concessione a terzi. Tale modello, confluito poi negli artt. 112 e seguenti del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (testo unico sull'ordinamento degli enti locali), presentava profili di incompatibilità con le regole comunitarie in materia di concorrenza; ciò in ragione degli ampi margini lasciati all'affidamento diretto del servizio senza l'indizione di una gara.

l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, e che la partecipazione dello stesso non fosse inferiore al 40% del capitale sociale (comma 2, lettera b) 23; in tal modo **l'affidamento diretto a società interamente partecipate dall'ente affidante, veniva rappresentata dalla norma come un'ipotesi assolutamente eccezionale.**

Il quadro normativo doveva però essere integrato dalle discipline di settore e, con riguardo al servizio idrico, da quanto disposto dal **d.lgs. 152/2006 (cd. codice dell'ambiente).**

Infatti, il servizio idrico integrato doveva essere affidato tenendo conto della ripartizione del territorio nazionale in ambiti territoriali ottimali, del principio di unitarietà della gestione, nel rispetto del piano d'ambito. Inoltre, **con riferimento al solo servizio idrico, il regolamento di attuazione dell'art. 23-bis, d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, prevedeva un regime più favorevole per il ricorso all'*in house providing*** perché, oltre alle ipotesi di fallimento del mercato, l'ente poteva essere autorizzato dall'Antitrust a continuare la gestione diretta del servizio nel caso in cui questa risultasse efficiente, rispettosa dell'effettività degli investimenti e della sostenibilità della tariffa (art. 4, comma 3).

Dal momento che l'art. 23-bis aveva sostanzialmente superato il vaglio della Corte costituzionale, al quale era stato sottoposto dai numerosi ricorsi da parte delle regioni¹⁷, il sistema sembrava aver raggiunto un certo grado di stabilità; una stabilità destinata ad essere solo apparente atteso **l'esito delle consultazioni referendarie dell'11 e 12 giugno 2011**, che l'avevano visto protagonista.

Come chiarito dalla Corte costituzionale, non avendo trovato il favore del corpo elettorale chiamato a esprimersi in occasione della consultazione referendaria, **l'abrogazione dell'art. 23-bis** ha avuto **l'effetto di ampliare la possibilità per gli enti locali di ricorrere all'*in house providing* per la gestione dei servizi** poiché alla base del referendum c'era l'«*intento di escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art. 23-bis che limitano rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)*».

Il referendum del 2011, difatti, non ha inciso sulla presenza dei privati nella gestione dei servizi attraverso la concessione, né sul regime giuridico delle reti e della risorsa.

Al referendum ed al venire meno dell'art. 23-bis del d.l. 112/2008, è seguito un periodo di inerzia del Legislatore in ordine alla disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. In questo periodo si è fatto riferimento direttamente all'ordinamento comunitario; in particolare, si è fatta applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 49 e 56 del T.F.U.E., che vietano le restrizioni alla libertà di stabilimento, all'accesso alle attività economiche e alla libera prestazione di servizi

¹⁷ La Corte, infatti, con la sentenza del 17 novembre 2010, n. 325 aveva chiarito che la scelta del Legislatore, pur non rappresentando una applicazione necessaria della normativa comunitaria, non ne costituiva neanche una violazione, integrando una delle diverse discipline possibili della materia.

all'interno dell'Unione, tutelando la concorrenza e la *par condicio* degli operatori privati. Da tali disposizioni, tuttavia, non emerge il *favor* verso un modello pubblico o privato di gestione.

Tra le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica secondo la disciplina europea figura: a) la procedura ad evidenza pubblica, per la scelta della società concessionaria del servizio; b) l'affidamento a società mista previa gara a doppio oggetto, che riguardi cioè sia l'individuazione del socio privato, che la determinazione precisa e temporalmente delimitata delle prestazioni e dei servizi da svolgere; c) l'affidamento diretto, senza il preventivo esperimento della gara, laddove sussistano i requisiti che permettono di ricorrere all'*in house providing*.

L'esito referendario ha notevolmente ampliato il ricorso a tale ultimo modello perché, venute meno tutte le limitazioni previste dall'art. 23-bis e dal regolamento attuativo, trovano applicazione esclusivamente i principi fissati dalla giurisprudenza comunitaria, a partire dalla nota sentenza sul caso *Teckal*, in ragione dei quali non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti e concessioni pubblici quando ricorrano le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sull'aggiudicatario un "**controllo analogo**" a quello esercitato sui propri servizi; b) l'aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'amministrazione aggiudicatrice; c) il soggetto aggiudicatario è a capitale totalmente pubblico.

Secondo la Giurisprudenza, l'affidamento diretto in house quindi – lungi dal configurarsi come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali – **costituisce** – in ambito comunitario- **una delle tre normali forme organizzative degli stessi**.

Da ciò consegue che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento *in house*, costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti.

Significative innovazioni normative, nell'ambito dell'organizzazione e gestione del Servizio Idrico Integrato, sono state introdotte dalla **legge 11 novembre 2014 n. 164**, che ha convertito, con modificazioni, il decreto legge 11 settembre 2014 n. 133 (cd. Sblocca Italia), il cui **art. 7 ha modificato la sezione III del d.lgs. n. 152/2006 che disciplina, appunto, la gestione del servizio idrico.**

Rimane ferma la nozione di servizio idrico integrato prevista dall'art. 141, comma 2, inteso come insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, che deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed

economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie. Inoltre, è confermata la scelta di organizzare il servizio sulla base degli ambiti territoriali ottimali, tant'è che, abolite le AATO, spetta alle Regioni organizzare il servizio definendo gli ambiti territoriali ottimali e individuando i relativi enti di governo. Il d.l. n. 133/2014 ha modificato l'art. 147 del d.lgs. n. 152/2006 confermando la partecipazione obbligatoria degli enti locali all'ente di governo dell'ambito e prevedendo il potere sostitutivo del Presidente della Regione in caso di inadempimento. Inoltre, è stato affermato il principio dell'unicità della gestione all'interno degli ambiti ottimali, in luogo di quello dell'unitarietà, consentendosi, nel caso in cui l'ambito territoriale coincida con l'intero territorio regionale, l'affidamento del servizio idrico integrato in ambiti territoriali di dimensioni comunque non inferiori a quelle delle provincie e delle città metropolitane.

In particolare, **il decreto Sblocca Italia ha inciso sulle modalità di affidamento del servizio**, abrogando l'art. 150 del d.lgs. 152/2006, rubricato *"Scelte della forma di gestione e procedure di affidamento"*, ed **introducendo nel codice un nuovo articolo: l'art. 149-bis.**

Secondo l'art. 149-bis la gestione del Servizio Idrico Integrato deve avvenire nel rispetto del piano d'ambito (disciplinato dall'art. 149 del codice) e del principio di unicità della gestione, senza che per questo sia indicato esplicitamente quali debbano essere gli strumenti di affidamento del servizio, limitandosi a richiamare le forme di gestione *"previste dall'ordinamento europeo"*; solo con specifico riguardo all'affidamento diretto del servizio, si limita a ribadire che questo possa avvenire a favore di 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".

*

(...) 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.

- 1) Con riferimento all'opzione sopra richiamata, occorre premettere che **non esiste alcuna competenza in capo alla Regione tale da legittimare un suo intervento normativo finalizzato alla ri-pubblicizzazione di AQP S.p.A. ovvero all'individuazione di un nuovo soggetto di diritto pubblico a cui affidare in house la gestione del Servizio Idrico Integrato.**

La Giunta Regionale Puglia già con il d.d.l 11 maggio 2010 n. 8 "Governo e gestione del servizio idrico integrato; costituzione dell'azienda pubblica regionale Acquedotto pugliese - AQP", contenente importanti principi sul bene acqua oltre a numerose disposizioni per l'organizzazione e la gestione del servizio idrico

integrato, avviò un acceso dibattito con l'opposizione in Consiglio Regionale circa la possibilità di ri-pubblicizzare la gestione del S.I.I.

L'iter normativo del d.d.l. n. 8/2010, benché in data 20 giugno 2011 si sia concluso con la promulgazione della legge regionale n. 11 (in Boll. Uff. Regione Puglia n. 96 del 20 giugno 2011), di fatto non ha superato il sindacato della Corte costituzionale che, a seguito di ricorso in via principale sollevato dal Presidente del Consiglio dei ministri, con la sentenza 21 marzo 2012, n. 62, 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.

L'accoglimento del ricorso è stato così motivato:

a) Con riferimento alla previsione contenuta nell'articolo 2, co. 1, la Corte ha affermato che essa risulta in contrasto con l'articolo 117, secondo comma, lettere e) ed s) della Costituzione. Al riguardo, **la Corte osserva**, in primo luogo, **che «la disciplina dell'affidamento della gestione del S.I.I. attiene**, come più volte affermato da questa Corte, **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). **Nella specie, anche dopo l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis del decreto legge n. 112 del 2008** (con effetto dal 21 luglio 2011, ad opera dell'art. 1, commi 1 e 2, del D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, recante "Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica"), resta vigente il disposto del terzo periodo del comma 186-bis dell'art. 2 della legge n. 191 del 2009 (inserito dall'art. 1, comma 1-*quinquies*, del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 2, convertito con modificazioni, dalla legge 26 marzo 2010, n. 42), in forza del quale **alla legge regionale spetta soltanto disporre l'attribuzione delle funzioni delle soppresse 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».

Alla luce di tale ricostruzione, dunque, la Corte rileva che «la norma regionale impugnata si pone in contrasto con la suddetta normativa statale, perché – disponendo che la gestione del S.I.I. è affidata ad un'azienda pubblica regionale avente determinate caratteristiche – da un lato esclude che l'ente regionale successore delle competenze dell'AATO (ossia l'Autorità idrica pugliese) deliberi con un proprio atto le forme di gestione del S.I.I. e provveda all'aggiudicazione della gestione del servizio al soggetto affidatario e dall'altro, con disposizione che tiene luogo di un provvedimento, stabilisce essa stessa che il S.I.I. sia affidato ad un'azienda pubblica regionale, da identificarsi necessariamente nell'unica (a quanto consta) azienda pubblica regionale istituita al fine di detta gestione, cioè

nell'azienda denominata "Acquedotto pugliese – AQP", prevista dalla medesima legge reg. Puglia n. 11 del 2011 (artt. da 5 a 14).

Poiché, come già rilevato, la normativa statale non consente che la legge regionale individui direttamente il soggetto affidatario della gestione del S.I.I. e che stabilisca i requisiti generali dei soggetti affidatari di tale gestione (così terminando, indirettamente, anche le forme di gestione), appare evidente la violazione dell'evocato art. 117, secondo comma, lettere e) ed s), Costituzione».

- b)** Con riferimento alla previsione contenuta nell'articolo 5, nella pronuncia si osserva che tale disposizione «incide sul patrimonio e sui rapporti attivi e passivi di una società per azioni costituita con legge statale; **società nel cui oggetto sociale rientra la "gestione del ciclo integrato dell'acqua" e che è destinata ad operare (in base al citato d.lgs. n. 141 del 1999) ALMENO fino al 31 dicembre 2018**». In tale linea di ragionamento, continua la Corte «... la norma regionale impugnata è riconducibile – oltre che alla materia ordinamento civile – alle materie tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, entrambe riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in base agli evocati parametri costituzionali (come evidenziato dalle sopra citate 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)».
- c)** Infine, in riferimento all'articolo 9, c. 1, la Corte ha rilevato il contrasto con l'articolo 97 della Costituzione nella misura in cui «La normativa impugnata dispone un generale ed automatico transito del personale di una persona giuridica di diritto privato, la S.p.A. Acquedotto pugliese, nell'organico di un soggetto pubblico regionale, l'Azienda pubblica regionale denominata AQP, senza il previo espletamento di alcuna procedura selettiva. Le modalità di tale transito costituiscono, pertanto, una palese deroga al principio del concorso pubblico, al quale debbono conformarsi – come più volte affermato da questa Corte – le procedure di assunzione del personale delle pubbliche amministrazioni (*ex plurimis*, sentenza n. 190 del 2005). Il mancato ricorso a tale forma generale e ordinaria di reclutamento del personale della pubblica amministrazione non trova, nella specie, alcuna peculiare e straordinaria ragione giustificatrice (che non risulta dal testo della legge regionale, non è indicata dalla Regione resistente e, allo stato degli atti, neppure appare ricavabile *aliunde*), tanto da risolversi in un privilegio indebito per i soggetti che possono beneficiare della norma impugnata (sulla necessità che le eccezioni alla regola di cui all'art. 97 Costituzione rispondano a peculiari e straordinarie esigenze diservizio, *ex plurimis*, sentenze n. 363, n. 205 e n. 81 del 2006)».
- 2) Accertato che la disciplina dell'affidamento della gestione del S.I.I. attiene alle materie tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, occorre verificare se vi sia una volontà del legislatore nazionale a trasformare l'AQP S.p.A., gestore del S.I.I. in

Puglia, in un ente con personalità giuridica di diritto pubblico; ovvero se, come emerso dalla discussione del 27.04.2017, sia possibile che AQP S.p.A. venga trasformata in un'Azienda Speciale.

Con riferimento all'ipotesi che lo Stato possa discutere una eventuale ripubblicizzazione di AQP S.p.A. va riscontrato che il 25 giugno 2013 è stato comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica d.d.l. n. 876 avente ad oggetto "Trasformazione della società Acquedotto pugliese S.p.A. in Ente autonomo e abrogazione del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 141".

Allo stato attuale, benché non risulti ancora iniziato l'esame del citato d.d.l., è tuttavia possibile rilevare che una proposta di trasformazione di AQP S.p.A. in Ente autonomo di diritto pubblico, non possa di fatto prescindere da un successivo confronto in sede comunitaria.

Invece, in ordine alla possibilità paventata nella riunione del 27 aprile scorso, che AQP S.p.A. possa essere trasformata in un'Azienda Speciale occorre analizzare l'**art. 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124 che ha delegato il Governo a redigere un testo unico in materia di servizi pubblici locali** – attualmente approvato dal C.d.M. del 24.11.2016 ma non promulgato per effetto del deposito della sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale¹⁸.

Il richiamato intervento normativo, incideva sul servizio idrico integrato con specifico riguardo al profilo dell'affidamento del servizio¹⁹ (rif. art. 3, comma 1, ed art. 7 del T.U.P.S.L. approvato ma non promulgato) da leggersi in combinato disposto con le nuove disposizioni contenute nel D.lgs. n. 175 del 2016 "Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica", anch'esso approvato dal C.d.M. in attuazione della delega legislativa di cui alla l. n. 124/2015²⁰.

Lo schema di T.U.²¹ non contiene un catalogo dei servizi oggetto dell'intervento legislativo ma si rivolge a tutti i servizi suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non

¹⁸ La citata sentenza della Corte ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione del principio di leale collaborazione, di alcuni articoli della Legge n. 124/2015 (c.d. Legge delega Madia di riforma della Pubblica Amministrazione) fra i quali è ricompreso l'art. 19 (servizi pubblici locali di interesse economico generale).

¹⁹ **L'affidamento del servizio**, secondo la definizione contenuta nell'art. 2 del T.U. , **consiste nella fase riguardante la scelta, secondo le forme consentite dall'ordinamento, del soggetto con cui stipulare il contratto a titolo oneroso di appalto o concessione** in virtù del quale gli enti pubblici competenti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione dei servizi, nonché l'esecuzione di lavori e opere pubbliche a esse strutturalmente e direttamente collegati, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo .

²⁰ Fra gli articoli dichiarati incostituzionali è ricompreso anche l'art. 18, cioè la norma in attuazione della quale è stato emanato dal Governo il D.Lgs. n. 175/2016 "Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica". L'illegittimità costituzionale dell'art. 18 è stata dichiarata nella parte in cui prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi "previo parere", anziché "previa intesa", in sede di Conferenza Unificata.

Al punto 9 della richiamata sentenza, la Corte afferma che "Le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione". In sostanza, la Corte Costituzionale interverrà sul D.Lgs. n. 175/2016 solo se verrà impugnato; nel frattempo, per tale decreto e per gli altri già in vigore, il Governo potrà procedere ad acquisire l'intesa in sede di correttivo.

sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza.

Il T.U. definisce la nozione di servizio pubblico di interesse economico replicando la nozione europea. Invero, l'ordinamento comunitario non utilizza l'espressione "*servizio pubblico*", ricorrendo alle nozioni di servizio d'interesse generale (SIG) e di servizio di interesse economico generale (SIEG), ma la Corte costituzionale ha chiarito che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica hanno "*contenuto omologo*". La linea di demarcazione tra i SIG e i SIEG sta nella valenza economica e nella redditività (anche solo potenziale) del servizio. Peraltro, proprio il carattere solo economico di tale distinzione rende i servizi riconducibili alle due categorie esposti a evoluzioni dinamiche, potendo un'attività avere un mercato in un determinato contesto o epoca o non averlo in differenti condizioni o momenti.

Il testo unico sui servizi pubblici, in linea con i processi di liberalizzazione promossi dall'Unione europea in materia si doveva muovere nel senso di razionalizzare l'attività di gestione dei servizi pubblici, al fine di contenere la spesa pubblica e limitare l'intervento statale ai soli casi in cui la tutela dell'interesse pubblico giustifichi il mancato ricorso al mercato. Infatti, sono tracciate regole per l'affidamento del servizio che riducono la gestione pubblica ai soli casi di stretta necessità, in modo da rafforzare il ruolo dei privati e valorizzare la concorrenza.

È in questa prospettiva che devono essere letti gli strumenti di affidamento del servizio disciplinati **dall'art. 7 del decreto**, che demandava agli enti competenti l'organizzazione del servizio secondo specifiche e tassative modalità ovvero: **l'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica**, in applicazione delle disposizioni in materia di contratto pubblico; **l'affidamento a società mista**, con gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato; **la gestione diretta**, mediante affidamento *in house* che deve avvenire del rispetto delle condizioni fissate dal diritto dell'Unione europea e dalle disposizioni contenute nel testo unico sulle partecipazioni pubbliche. **Solo per i servizi diversi da quelli a rete, veniva prevista la gestione in economia o mediante azienda speciale.**

Il *favor* per il ricorso al mercato per l'erogazione del servizio sta quindi nella disciplina dell'obbligo di motivazione del provvedimento di affidamento. La motivazione deve essere particolarmente pregnante nel caso in cui l'ente decida di non ricorrere al mercato, perché, in tale eventualità, il provvedimento deve dare conto del fatto che la scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini in termini di standard del servizio, di efficienza ed economicità dello stesso, di impiego delle risorse pubbliche.

Nel caso di servizi pubblici locali a rete, come quello idrico, l'affidamento deve essere accompagnato da un piano economico-finanziario, contenente la proiezione dei costi e dei ricavi per l'intero periodo di durata dello stesso, ciò anche al fine di garantire una maggiore trasparenza economica nella gestione e nella

realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte dell'affidatario. Nel caso specifico di società *in house*, il piano finanziario è necessario per determinare l'assetto economico-patrimoniale della società, sia in termini di capitale che di indebitamento.

Queste precisazioni, contenute tutte nell'art. 7 del decreto, sono rilevanti perché qualificano la natura della riforma legislativa in atto; la serietà della motivazione del provvedimento è garantita dal comma 4 dell'art. 7, che subordina l'adozione del provvedimento a un parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Per definire l'organizzazione del servizio idrico, le disposizioni del T.U. devono/andranno poi coordinate con quanto abbiamo già previsto in materia dal d.lgs. 152/2006, in quanto le relative norme non vengono abrogate.

In conclusione, fermo restando che l'organizzazione del servizio idrico integrato rimane una prerogativa dell'ente di governo dell'ambito individuato dalle Regioni, partecipato (ex art. 147 del codice dell'ambiente) dagli enti locali inclusi nel territorio di competenza dell'ente, **si rileva che l'intento del legislatore statale palesatosi nello schema di decreto legislativo in materia di servizi pubblici locali è perfettamente coerente con la disciplina europea in materia di affidamento di servizi di interesse economico generale, ispirata a favorire la concorrenza tra gli operatori.**

Il legislatore pur potendo, senza contraddire l'ordinamento comunitario, disciplinare diversamente il servizio idrico, imponendo il carattere necessariamente pubblico anche della sua gestione ha fatto una scelta diversa, garantendo in altro modo l'universalità del servizio.

L'art. 106, comma 2, del T.F.U.E. dispone infatti, che *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati e, in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

La norma europea consente, quindi, di derogare alle regole della concorrenza nei casi e nei limiti in cui ciò sia giustificato dalla necessità che il servizio di interesse economico generale adempia alla propria specifica missione. Si tratta di previsione la cui genericità ed elasticità ben consentirebbe di organizzare in forma esclusivamente pubblicistica un servizio, come quello idrico, necessariamente universale, che deve essere assicurato su tutto il territorio nazionale a condizioni di qualità simili e con tariffe uniformi, abbordabili e trasparenti, ovvero gratuitamente per chi non è in grado di sostenerne i costi.

Quel che il Legislatore ci propone, invece, è un servizio pubblico locale di interesse economico generale privo, per dettato normativo, di remuneratività, neanche potenziale. Condizione che ha portato parte della dottrina ad affermare che il servizio potesse essere gestito mediante azienda speciale; ipotesi oggi

comunque preclusa dall'art. 7 dello schema di testo unico, che limita la gestione in economia o mediante azienda speciale ai servizi diversi da quelli a rete.

Pur volendo ritenere astrattamente praticabile, in assenza di una espressa efficacia vincolante del limite posto dall'art. 7 di cui allo schema del T.U. sui servizi pubblici locali, viene spontaneo interrogarsi su quale possa essere il percorso giuridico-amministrativo che il legislatore statale dovrebbe intraprendere al fine di formalizzare la trasformazione di AQP S.p.A., con unico azionista Regione Puglia, in Azienda Speciale; difatti il legislatore, all'interno del testo unico degli enti locali (rif. art. 114 e 115 T.U.E.L.), ha inteso disciplinare l'azienda speciale quale ente strumentale del Comune al fine di creare un collegamento inscindibile tra l'azienda e l'ente locale, favorendone al più la sua trasformazione in società per azioni.

Allo stato attuale, la **deliberazione n. 2/2014 della Corte dei conti** offre rilevanti chiarimenti in merito alla possibile trasformazione eterogenea di una società di capitali che gestisce un servizio pubblico in azienda speciale; tale trasformazione è infatti ritenuta compatibile sia con le norme civilistiche, trattandosi di organismi entrambi dotati di patrimonio separato a garanzia dei creditori, sia con le disposizioni pubblicistiche, intese a ricondurre tali organismi a un regime uniforme, quanto al rispetto dei vincoli di finanza pubblica. Non solo, come la Corte ha rilevato, dal 1° gennaio 2014 è possibile anche mettere in liquidazione una società di capitali e costituire *ex novo* un'azienda speciale, grazie all'abrogazione dell'articolo 9, comma 6 del DI 95/2012.

L'ipotesi di trasformare una società di capitali in un'azienda speciale costituisce oggi per gli enti un'interessante opzione, che potrebbe essere valutata soprattutto per la gestione di servizi sociali, culturali ed educativi, ma non solo.

Ovviamente la scelta va adeguatamente motivata, tenuto conto della convenienza economica dell'operazione e di una valutazione prospettica, anche alla luce dell'articolo 153 del Tuel sulla tenuta e sulla salvaguardia degli equilibri finanziari complessivi della gestione e dei vincoli di finanza pubblica. La scelta in merito all'individuazione del modello gestionale più idoneo è sempre ammessa, purché si dimostri che ne conseguiranno risultati migliori dal punto di vista dell'efficienza, efficacia ed economicità della gestione, oltre al mantenimento o implementazione della qualità dei servizi erogati.

Tuttavia, pur ritenendo possibile trasformare una S.p.A. in Azienda Speciale, non è ben chiaro se tale facoltà incontri il *favor* del legislatore nella sola ipotesi in cui si tratti di dover gestire servizi pubblici locali privi di rilevanza economica²².

²² L'art. 113-bis del T.u.e.l., secondo il quale, in alternativa all'affidamento diretto a società *in house* o a istituzioni, era possibile procedere con l'affidamento diretto ad aziende speciali (anche consortili) per la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza

**

(...) la possibilità che l'affidamento del S.I.I. nell'ATO Puglia oltre il 31/12/2018 possa avvenire ad AQP S.p.A. mediante affidamento *in house* attraverso la partecipazione dei comuni al capitale della società, valutando le eventuali modalità di partecipazione.

- 1) In tale ultima ipotesi, al fine di valutare una eventuale partecipazione dei comuni al capitale della società AQP S.p.A., non vi è dubbio che si debba fin da subito procedere con la lettura dell'art. 149 *bis* del T.U. dell'Ambiente.

In particolare, secondo **il comma 1, dell'art. 149 *bis*, del D.lgs. n. 152 del 2006** come modificato dall'art. 1, comma 615, legge n. 190 del 23.12.2014 "... l'affidamento diretto può avvenire a favore di 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".

Da un'interpretazione letterale della citata norma, non appare necessaria la partecipazione degli enti locali al capitale societario dell'ente gestore cui viene affidato (*in house*) la gestione del S.I.I.

A tale conclusione si perviene non solo perché la norma non prevede espressamente alcuna obbligatorietà, come invece accade per le altre disposizioni dello stesso T.U. dell'Ambiente (es. art. 147 "Organizzazione territoriale del Servizio Idrico Integrato"), ma anche perché il comma 1, dell'art. 149 *bis*, **nel 2014 è stato oggetto di due revisioni da parte del legislatore, l'una a distanza di poco più di un mese dall'altra.**

Ovvero, stante la prima versione del comma 1, dell'art. 149 *bis* (introdotto dall'art. 7, comma 1, lettera d), legge n. 164 dell' 11.11.2014) secondo la quale "... L'affidamento diretto può avvenire a favore di società in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, **partecipate esclusivamente e direttamente** da enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale", si evince che l'intenzione riformatrice del legislatore sia stata quella di favorire una qualunque forma di partecipazione degli enti locali negli organi di governo delle società interamente pubbliche, a cui affidare *in house* la gestione del servizio idrico integrato.

Non essendo necessaria la partecipazione degli Enti locali all'interno dell'assetto societario, forme di Governo partecipativo del servizio idrico integrato potrebbero essere garantite: a) al fine di favorire la partecipazione democratica, che lo Stato e gli enti locali applicano nella redazione degli strumenti di pianificazione quanto previsto dall'articolo 14 della direttiva 2000/60/CE; b) in materia di informazione e

economica. Per tali servizi era, inoltre, consentita la gestione in economia (gestione diretta da parte dell'ente locale) quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non fosse opportuno procedere ad affidamento ai richiamati soggetti (istituzioni, aziende speciali, società *in house*).

Essendo precluso al giudice costituzionale sindacare il merito della scelta legislativa, questi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 113 *bis* "Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica" del D.Lgs. n. 267/2000, in quanto "il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale, costituito dalla tutela della concorrenza, non è applicabile a questo tipo di servizi (i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica) proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale".

consultazione pubblica, garantendo massima trasparenza e adeguati strumenti di coinvolgimento anche nel processo decisionale relativo alla pianificazione, in conformità a quanto previsto dalla Convenzione di Aarhus.

Una riflessione a parte merita di essere fatta in ordine all'ipotesi che siano verificati i presupposti dell'affidamento ***in house providing senza*** che vi sia l'ingresso degli **Enti locali nel capitale di AQP S.p.A.** A tal fine, si rinvia per la trattazione alla SEZIONE A del presente elaborato.

- 2) Verificato che non sussiste alcun obbligo di legge che imponga la partecipazione degli enti locali all'interno della compagine societaria dell'ente gestore del S.I.I., occorre valutare quali siano i presupposti giuridici minimi per favorire un'eventuale partecipazione azionaria degli enti locali nel capitale della società, ovvero se vi sia la piena trasferibilità del patrimonio immobiliare ovvero delle quote azionarie di AQP S.p.A. così come da questi acquisiti per effetto dei numerosi interventi normativi, succedutisi nel tempo.

A tal fine, occorre ribadire che il gruppo Acquedotto Pugliese S.p.A. opera nel settore dei servizi idrici con un bacino di utenza di oltre 4 milioni di abitanti residenti ed ha assunto l'attuale forma societaria a seguito dell'emanazione del D.Lgs. 141/99 e s.m.i., con il quale le sono state affidate fino al 31 dicembre 2018 le finalità già attribuite all'Ente Autonomo per l'Acquedotto Pugliese (E.A.A.P.) ed effettua le seguenti attività²³:

- gestisce il servizio idrico integrato nell'ATO Unico Puglia ai sensi della Convenzione di gestione sottoscritta nel 2002 ed il servizio di approvvigionamento in sub distribuzione (acqua all'ingrosso) per alcuni Comuni pugliesi;
- gestisce il servizio idrico in alcuni Comuni della Campania ricadenti nell'ATO 1 Campania Calore Irpino;
- assicura l'approvvigionamento all'ingrosso di risorsa idrica ad Acquedotto Lucano S.p.A., gestore del servizio idrico integrato nell'ATO Unico Basilicata.

L'espletamento di tali attività avviene attraverso la gestione di un complesso sistema interconnesso di acquedotti che assicura l'approvvigionamento della risorsa prevalentemente da fonti esterne alla Regione Puglia ed il vettoriamento della stessa, tramite opere di grande adduzione, verso i territori gestiti da AQP.

Lo schema di approvvigionamento e grande vettoriamento interregionale gestito da AQP S.p.A., con sistemi ad uso plurimo posti a monte del sistema potabile, rappresenta un *unicum* a livello nazionale.

A causa delle note caratteristiche idrogeologiche della Puglia, infatti, l'Acquedotto Pugliese preleva la gran parte delle proprie risorse idriche da fonti extraregionali quali sorgenti (grandi derivazioni del Sele Calore e

²³ Il 30 settembre 2002 è stata sottoscritta, ai sensi del D.Lgs. n. 141/99, la Convenzione per l'affidamento ad AQP della gestione del servizio idrico integrato in Puglia fino al 31 dicembre 2018.

La costituzione dell'Autorità d'Ambito Territoriale per la Puglia (AATO Puglia) è avvenuta il 20 dicembre 2002 attraverso la stipula della Convenzione per la cooperazione regolante i rapporti tra gli enti locali nell'ATO della Regione Puglia.

di Cassano Irpino in Campania) e invasi (Pertusillo e Sinni in Basilicata) oltre che da prelievi da falda sotterranea in Puglia.

Dalla ricostruzione storico-normativa di AQP S.p.A. è poi possibile risalire ai diversi Enti pubblici che hanno contribuito, nel corso di un secolo, alla realizzazione e al finanziamento delle infrastrutture attualmente affidate in gestione ad AQP S.p.A.

L'assetto proprietario dei beni in godimento da parte di AQP S.p.A. va infatti delineato alla luce delle interpretazioni fornite dal Ministero dei Lavori Pubblici con propria nota del 22 maggio 1982, dal Ministero delle Finanze con proprie note del 26 maggio e del 7 agosto 1982, nonché dalla Corte dei Conti con la Determinazione n. 21/97, secondo le quali gli acquedotti sono di proprietà del soggetto che ha finanziato la loro costruzione.

Pertanto, **la titolarità dei beni** che il D.Lgs. n. 141/99 e s.m.i. ha attribuito **in uso ad AQP S.p.A.** a titolo gratuito **è dello Stato, delle Regioni e dei Comuni**, a seconda del soggetto che ne ha finanziato la costruzione.

Lo schema operativo, attraverso il quale sono state realizzate molte opere idriche, prevedeva che la costruzione avvenisse generalmente attraverso l'E.A.A.P. sulla base di concessioni di costruzione rilasciate dallo Stato, che peraltro provvedeva a finanziarle.

Si segnala che solo la Cassa per il Mezzogiorno e l'Agenzia per la Promozione dello Sviluppo nel Mezzogiorno (che ha sostituito la stessa Cassa per il Mezzogiorno) hanno consentito, nel tempo, la realizzazione di oltre 650 progetti speciali in Puglia e Basilicata finalizzati ad aumentare la disponibilità della risorsa idrica.

Si rammenta che tali Istituti furono creati per superare i limiti posti dalla settorialità delle competenze delle Amministrazioni ordinarie e dall'annualità del finanziamento della spesa pubblica in modo da impostare ed attuare un intervento intersettoriale e a lungo termine di opere infrastrutturali a carattere straordinario nel Mezzogiorno.

Tali Istituti erano provvisti di una propria organizzazione nazionale, gestivano direttamente l'erogazione dei finanziamenti a fondo perduto ed erano dotati di una propria contabilità analitica per ogni progetto finanziato. Per opere di importanza strategica particolarmente complesse o nei casi in cui fosse difficoltoso individuare un unico Ente concessionario (ad es. vasti schemi regionali o interregionali), la Cassa per il Mezzogiorno ha persino realizzato le opere in gestione diretta, svolgendo dunque essa stessa i compiti di Stazione appaltante ed esecutrice.

Corre l'obbligo di ricordare, che gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli **articoli 822 e seguenti del codice civile**, e pertanto, sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge (rif. Art. 143, comma 1, del D.lgs. n. 152 del 2006).

Ne consegue, che nessun trasferimento della proprietà degli impianti acquedottistici potrà mai essere effettuata se non per effetto di una specifica norma statale, non potendo questa essere individuata nel comma 13 dell'art. 113 del TUEL.

Come argomentato dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 320 del 2011: "Detto comma 13, infatti, non poteva costituire il fondamento della competenza legislativa regionale in tema di regime proprietario delle infrastrutture idriche, perché doveva ritenersi già tacitamente abrogato, per incompatibilità, dal comma 5 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, il quale aveva stabilito il principio secondo cui le reti sono di "proprietà pubblica"; principio evidentemente in contrasto con il richiamato comma 13, che consentiva, invece, il conferimento delle reti in proprietà a società di diritto privato a capitale interamente pubblico."

In conclusione, considerato il regime pubblico della proprietà, nessuna legge potrà conferire in proprietà le reti idriche ad un soggetto di diritto privato perché (trasferendole) le trasformerebbe in patrimonio aziendale privato e le renderebbe pertanto soggette a trasferimento in favore di un terzo o ad azioni esecutive, con violazione degli artt. 822, 823 e 824 del codice civile.

L'AQP S.p.A., subentrata all'Ente Autonomo per l'Acquedotto Pugliese, ai sensi dell'art. 1, comma 4, del D.Lgs. n. 141/1999, si avvale di tutti i beni pubblici già in godimento dell'ente; a seguito di tale disposizione normativa gli impianti sono poi stati conferiti in uso da Aip ad AQP S.p.A. con la Convenzione sottoscritta il 30.09.2002 per la gestione del Servizio Idrico Integrato.

- 3) Anche per quanto concerne la circolazione delle quote sociali di AQP S.p.A., oggi tutte in capo alla Regione Puglia, non si ritiene che vi sia/vi sia stata una piena autonomia decisionale da parte della Regione, dipendendo la sua stessa volontà condizionata da quella del legislatore statale.

Già in data 3 novembre 2010, nelle more dell'approvazione del disegno di legge regionale n. 8/2010 istitutivo dell'Azienda pubblica regionale «Acquedotto pugliese (AQP)», l'assemblea straordinaria dei soci ebbe occasione di esprimere voto favorevole alle modifiche dello Statuto sulla base della relazione dell'Amministratore Unico, che illustrava la *ratio* complessiva delle stesse indicando quale unico fine quello di armonizzare lo statuto al citato disegno di legge regionale n. 8/2010.

Tra le modifiche statutarie approvate nell'assemblea straordinaria dei soci del 3 novembre 2010, quella che in questa sede si vuole ricordare è quella relativa all'art. 7 (Titolo III, Capitale-Azioni-Obbligazioni, dello Statuto); le modifiche approvate introducevano una riserva di maggioranza del capitale sociale a favore della Regione Puglia ed un limite alla circolazione delle azioni che potevano essere trasferite solo ad enti pubblici.

Tali modifiche, nella misura in cui limitavano la circolazione delle azioni ed il loro trasferimento in capo a soggetti privati nonché garantivano che la maggioranza del capitale sociale fosse sempre detenuta dalla Regione Puglia, furono ritenute dalla Corte dei Conti in contrasto con la normativa statale (rif. delibera n. 38 del 2012).

Ricordiamo infatti che l'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese è stato trasformato in società per azioni con il D.lgs. n. 141/1999; l'art. 4, come modificato dalla legge n. 448/2001, aveva posto a carico delle Regioni Puglia e Basilicata, beneficiarie del trasferimento senza oneri delle azioni di proprietà del Ministero del Tesoro, l'onere di procedere (entro il termine di sei mesi) alla dismissione (con procedure di evidenza pubblica) delle partecipazioni possedute.

La legge statale che ha trasformato l'ente in società per azioni (impresa pubblica) ne ha determinato, in linea di principio, l'assoggettamento al diritto comune societario e al rispetto delle regole comunitarie della concorrenza e del mercato e la stessa devoluzione delle azioni alle Regioni Puglia e Basilicata da parte del Ministero del tesoro è avvenuta in vista delle procedure di dismissione delle partecipazioni azionarie.

Il contesto istituzionale e normativo in profonda evoluzione e trasformazione, sia per quanto attiene gli assetti proprietari delle aziende cui è affidata l'erogazione del servizio idrico integrato, sia per quel che concerne le modalità della gestione (pubblica o privata) del servizio, ha indotto la Corte dei conti a non ritenere coerente un'opzione statutaria limitativa del principio cardine della libera trasferibilità e circolazione delle azioni, in difetto di una espressa copertura legislativa che, nella specie era esistente ma, di fatto, si muoveva in senso contrario e quindi non favorevole alla privatizzazione.

Un decisivo passo in avanti, sotto il profilo della certezza del quadro normativo di riferimento in cui opera la società AQP S.p.A., si è avuto in virtù del **d.l. n.133/2014 c.d. Sblocca Italia, convertito nella legge n. 164/2014²⁴** con cui **è stata eliminata la previsione dell'obbligo di cessione delle azioni**, il comma 2-ter recita: *“ L'ultimo periodo del comma 1 dell'articolo 4 del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 141, come sostituito dal comma 4 dell'articolo 25 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, è soppresso”*. Per effetto di tale intervento da parte del legislatore nazionale, è venuto meno l'obbligo a carico delle Regioni 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”*.

²⁴ Il DECRETO-LEGGE 12 settembre 2014, n. 133 (in G.U. 12/09/2014, n.212) , convertito con modificazioni dalla L. 11 novembre 2014, n. 164 (in S.O. n. 85, relativo alla G.U. 11/11/2014, n. 262), **nell'introdurre l'art. 149-bis al D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152** (in S.O. n. 96 relativo alla G.U. 14/04/2006, n. 88) **ha conseguentemente disposto** (con l'art. 7, comma 1, lettera d)) **la modifica dell'art. 4.**

Oggi, l'art. 7 dello Statuto di Aqp S.p.A. dispone che: "7.1 Quando siano interamente liberate, e qualora la legge lo consenta, le azioni possono essere al portatore. Le azioni al portatore possono essere convertite in nominative e viceversa".

Nel rispetto delle disposizioni sopra richiamate, una possibile cessione di quote sociali agli Enti Locali ricadenti all'interno dei confini dell'ATO, non è escluso che comporti (altresi) un ripensamento da parte dello Stato circa un suo eventuale ruolo nell'ambito della compagine societaria di AQP S.p.A.. Difatti, lo Stato non solo ha disposto con fonte primaria la trasformazione di E.A.A.P. in AQP S.p.A. ma ha altresì continuato a d avvalersi della proprietà degli impianti concessi in uso all'acquedotto pugliese.

SEZIONE A: affidamento *in house* senza la partecipazione dei comuni al capitale della società.

L'istituto dell'*in house providing* ha ricevuto una prima codificazione normativa con il nuovo pacchetto di direttive europee sugli appalti e le concessioni del 2014. Le direttive europee, sebbene non utilizzino l'espressione «*in house*», regolano tale istituto con riguardo alle concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'**art. 17 della direttiva concessioni 2014/23/UE**, agli appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'**art. 12 della direttiva appalti 2014/24/UE** e agli appalti tra amministrazioni aggiudicatrici di cui all'**art. 28 della direttiva settori speciali 2014/25/UE**, con disposizioni pressoché di analogo tenore. In tali articoli i principi precedentemente affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di *in house* sono stati in gran parte recepiti con alcune precisazioni e novità.

In particolare, il legislatore europeo, dopo aver ribadito la libertà degli Stati membri in ordine alla scelta tra l'autoproduzione di beni e servizi e l'esternalizzazione degli stessi, prevede l'applicazione delle nuove direttive solo nei casi in cui le amministrazioni decidano di rivolgersi al mercato e individua negli articoli sopra richiamati gli ambiti esclusi dall'applicazione delle stesse. Al paragrafo 1 dell'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE sono elencate le condizioni, di seguito riportate, che devono essere contemporaneamente soddisfatte affinché possa essere escluso dall'ambito di applicazione della direttiva l'affidamento di un appalto da parte di un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o privato:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore di cui trattasi;

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

La prima novità rispetto alle regole fissate dalla giurisprudenza europea riguarda il requisito della **partecipazione pubblica totalitaria**: sono esclusi, infatti, gli obblighi di evidenza pubblica disciplinati dalle nuove direttive europee non solo in caso di affidamenti a soggetti interamente partecipati dal soggetto pubblico committente ma anche in caso di affidamenti a soggetti che presentano **partecipazioni di capitali privati, purché siano osservate le condizioni prescritte dal legislatore europeo** (ossia, che tali partecipazioni private non comportino controllo o potere di veto, che siano prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati e che non determinino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata)²⁵.

La seconda novità riguarda il requisito della prevalenza dell'attività svolta dalla società *in house*: è stato fissato, infatti, nell'**80% il valore quantitativo dell'attività da svolgere in favore del soggetto controllante**.²⁶

Le direttive europee forniscono, inoltre, una compiuta definizione del «controllo analogo», nella quale sono recepiti gli ultimi arresti in materia della giurisprudenza della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, Sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13). Il **controllo analogo** ricorre quando l'amministrazione aggiudicatrice esercita un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

²⁵ Sul punto, il considerando 32 della dir. 2014/24/UE fornisce ulteriori indicazioni. Il legislatore europeo osserva, infatti, che - in via generale - in caso di partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Tuttavia, *«date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata»*. In tale considerando si chiarisce, quindi, che il legislatore europeo intende riferirsi esclusivamente ai casi in cui la partecipazione di privati al capitale della società pubblica è resa «obbligatoria» da una disposizione legislativa nazionale. Si aggiunge altresì che ad essere rilevante è esclusivamente la partecipazione privata diretta al capitale della persona giuridica controllata e non anche la partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante. In tale ultimo caso, quindi, non è preclusa l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva, in quanto tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati.

²⁶ Al riguardo, il legislatore ha precisato che per la determinazione di tale percentuale **si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto**. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile.

Occorre evidenziare, altresì, l'espresso riconoscimento normativo da parte del legislatore europeo di differenti modi di configurazione dell'istituto dell'*in house*.

All'art. 12, par. 1, Dir. 2014/24/UE è previsto il cd. **in house «a cascata»**, che ricorre quando il controllo analogo è esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice. In tal caso, c'è un'amministrazione capofila che esercita un controllo analogo su un ente che, a sua volta, esercita un controllo analogo sulla società *in house* ed è consentito l'affidamento diretto anche se tra l'amministrazione capofila e la società *in house* non sussiste una relazione diretta.

Al paragrafo 2 della Dir. 2014/24/UE è riconosciuto, inoltre, il cd. «**in house verticale invertito**» o «**in house capovolto**», che ricorre quando una persona giuridica controllata, che è un'amministrazione aggiudicatrice, aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante. Pertanto, è consentita una sorta di bidirezionalità dell'affidamento *in house*.

Al medesimo paragrafo è prevista anche la legittimità del cd. «**in house orizzontale**», che ricorre quando una persona giuridica controllata, che è un'amministrazione aggiudicatrice, aggiudica un appalto a un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione (di quella) aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. In tal caso, ritorna come nel caso dell'affidamento *in house* a cascata, la presenza di tre soggetti. **Tuttavia tra il soggetto che affida l'appalto e quello affidatario non sussiste una relazione di *in house*, nemmeno indiretta o a cascata, ma entrambi sono in relazione *in house* con un terzo soggetto che esercita il controllo analogo su entrambi**²⁷.

Sicché, **in questo contesto e su queste basi, l'affidamento *in house* – al pari dell'autoproduzione del bene o del servizio da parte della stessa P.A. – ha finito per rappresentare una delle possibili forme organizzative dell'attività pubblicitica di acquisizione di beni e servizi**, alla stessa stregua dell'esternalizzazione verso il mercato, che si effettua tramite procedure di evidenza pubblica tese a

²⁷ Quindi l'*in house* "orizzontale", si verifica quando il soggetto giuridico controllato, che è un'amministrazione aggiudicatrice, affida direttamente un contratto ad un soggetto giuridico diverso dall'ente controllante, ma a sua volta controllato in forma analoga da quest'ultimo. Qui i soggetti sono tre, e non due, e la relazione tra affidante ed affidatario sta nel fatto che sono entrambi controllati in forma analoga dallo stesso soggetto pubblico.

ricercare un contraente episodico(per un singolo appalto o per una singola concessione) oppure un *partner* stabile (come nel caso del c.d. partenariato pubblico-privato e delle società miste).

Il d.lgs. 50/2016 di attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25 UE in materia di concessioni e appalti pubblici ricalcano sostanzialmente le previsioni delle direttive europee, riprendendo i principi ivi affermati con riferimento al controllo analogo, all'attività prevalente in favore dell'amministrazione controllante e, seppur con qualche significativa differenza, alla partecipazione dei privati.

2) A parte il sopra descritto art. 5, il Codice disciplina gli affidamenti *in house* anche nella Parte IV dedicata al partenariato pubblico privato e al contraente generale e, in particolare, nel Titolo II, all'**art. 192**. La norma **introduce una serie di garanzie finalizzate a controbilanciare la possibilità di procedere ad affidamenti diretti con la previsione di adeguate forme di pubblicità e trasparenza** (iscrizione nell'elenco istituito presso l'ANAC e obbligo di pubblicazione e aggiornamento di tutti i dati concernenti l'affidamento), oltre che il rispetto dei principi di economicità ed efficienza (richiedendo la preventiva valutazione di congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house* in caso di servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza). Con particolare riferimento all'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, la norma in esame prevede che l'iscrizione avvenga a domanda, dopo la verifica della sussistenza dei requisiti che giustificano l'affidamento *in house*, da effettuarsi secondo modalità e criteri definiti dall'Autorità con proprio atto.

3) **Le disposizioni del nuovo Codice degli appalti vanno poi coordinate con le previsioni del d.lgs. 175/2016 e**, in particolare, con l'art. 4, che individua le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche e l'art. 16 che reca la disciplina delle società *in house*.

L'art. 4, al comma 4, stabilisce che le società *in house* hanno come **oggetto sociale esclusivo** una o più delle attività di cui al comma 2, lettere a), b), d) ed e) del medesimo articolo. Pertanto, dette società possono occuparsi:

- della produzione di un servizio di interesse generale²⁸, ivi compresa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

²⁸ L'art. 2, lett. h) del d.lgs. 175/2016 definisce i «servizi di interesse generale» come le «attività di produzione e fornitura di beni e servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e della coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale».

- della progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 50/2016;
- dell'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente partecipante;
- di servizi di committenza, ivi compresa la committenza ausiliaria, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

La disposizione precisa altresì che tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, salvo quanto previsto dall'art. 16. Detto art. 16, infatti, oltre a prevedere – in conformità al Codice – che oltre l'80% del fatturato delle società *in house* sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci, fornisce ulteriori indicazioni sulla possibilità di svolgimento della «**produzione ulteriore**» (per la residua quota inferiore al 20%) stabilendo che tale attività è consentita soltanto a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società. Il mancato rispetto del limite quantitativo descritto non comporta lo scioglimento del rapporto, ma configura una grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del cod. civ. e dell'art. 15 del T.U. A detta situazione consegue, quindi, la possibilità di denunciare i fatti al tribunale competente da parte dei soci che rappresentano le percentuali del capitale sociale previste dalla norma o dallo statuto, del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero. All'esito della denuncia, il tribunale può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società oppure, sospendere temporaneamente il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute. Se le violazioni denunciate sussistono ovvero se gli accertamenti e le attività compiute ai sensi del terzo comma risultano insufficienti alla loro eliminazione, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata.

L'art. 16 prevede, inoltre, che la suddetta irregolarità possa essere sanata (...).

- 4) Alla luce delle disposizioni fin qui rappresentate appare opportuno che Aip **verifichi con ANAC** se, ai fini dell'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, sussistano gli elementi per individuare una forma di affidamento *in house* di tipo orizzontale, nell'ambito dei rapporti istituzionali intercorrenti tra Regione Puglia, Aip ed AQP S.p.A. in materia di gestione del Servizio Idrico Integrato.

Nel nostro caso specifico, il verificarsi di tale circostanza (ovvero del ricorrere delle ipotesi dell'affidamento *in house* di tipo orizzontale) renderebbe di fatto non necessaria, la cessione delle quote sociali di AQP S.p.A. agli Enti locali – risultando sufficiente la individuazione di altre forme di partecipazione.

SEZIONE B: affidamento *in house* con proroga del termine convenzionale del 31.12.2018.

Ancorché dalla pronuncia della Corte costituzionale 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) possa trarsi, sia pur in via indiretta, conferma della perdurante operatività della norma che ha disposto l'affidamento ad AQP S.p.A. della gestione del servizio idrico integrato **almeno** fino al 31.12.2018, si è cercato di analizzare la natura convenzionale o meno del citato termine alla luce dell'evoluzione storico-normativa di AQP S.p.A – così come ricostruita nella prima parte del presente elaborato.

Dalla lettura del comma 1, dell'art. 2 del D.lgs. n. 141 del 1999 (che ha sancito la Trasformazione dell'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese in AQP S.p.A.) si evince una **volontà del legislatore a tenere distinte le finalità istituzionali già attribuite ad E.A.A.P.** con legge 23 settembre 1920 n. 1365 ed ora "affidate ad Aqp S.p.A. fino al 31.12.2018", dalle attività di gestione del ciclo integrato dell'acqua alla quale trattazione, il legislatore, dedica il solo secondo comma , dell' art. 2 del D.lgs. n. 141 del 1999.

Difatti, il comma 2, dell'art. 2 del D.lgs. n. 141 del 1999 così dispone: "La società provvede, **altresì**, alla gestione del ciclo integrato dell'acqua e, in particolare, alla captazione, adduzione, potabilizzazione, distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e depurazione delle acque reflue".

A riprova che questa sia l'unica interpretazione possibile, da dare al testo della norma, è opportuno ricordare che tra i compiti istituzionali affidati all'E.A.A.P. con legge 23 settembre 1920 n. 1365 vi era "*la costruzione, manutenzione ed esercizio dell'acquedotto pugliese, nonché la gestione del servizio idrico integrato alla captazione, adduzione, potabilizzazione, accumulo, distribuzione e vendita di acqua ad usi civili, industriali, commerciali ed agricoli*" (rif. delibera Corte dei Conti n. 348 del 2005) attività queste, abrogate dall'articolo 8 del Decreto Legislativo n. 141/99 e riaffidate con separati commi (per la precisione il comma 1 ed il comma 2, dell'art. 2 del D.lgs. n. 141 del 1999).

Pertanto la data di scadenza, riportata nella Convenzione sottoscritta da AQP S.p.A. il 30.09.2002, per la gestione del Servizio Idrico Integrato nell'ambito territoriale ottimale Puglia, deve ritenersi coincidente con quella stabilita dal legislatore all'art. 2, comma 1, del D.lgs. n. 141 del 1999, per il trasferimento ad AQP S.p.A. delle "finalità istituzionali già attribuite ad E.A.A.P."