

SEZIONE SECONDA

Corte Costituzionale

RICORSO 30 maggio 2024 (depositato il 4 giugno 2024), n. 20

Ricorso per la declaratoria della illegittimità costituzionale della L.R. 28 marzo 2024, n.14 (“Disposizioni per la gestione unitaria ed efficiente delle funzioni afferenti al Servizio Idrico Integrato”).

Reg. Ric. n. 20/2024

A.L. 18158/24 – avv.ti Guida -Spina

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO

ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE

RICORSO

per

il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall’Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587) e presso la stessa domiciliato in Roma alla Via dei Portoghesi n. 12,

Ricorrente

contro

la **Regione Puglia**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica

Intimata

per la declaratoria della **illegittimità costituzionale della legge della Regione Puglia del 28 marzo 2024 n.14, pubblicata sul BUR del 2 aprile 2024, n.27** recante l’*“Disposizioni per la gestione unitaria ed efficiente delle funzioni afferenti al Servizio Idrico Integrato”*, per violazione dell’**art. 117, secondo comma, lett. e), l) ed s), Cost.**

* * * * *

FATTO

Con la legge n.14 del 28 marzo 2024 la Regione Puglia ha emanato disposizioni per *“la gestione unitaria ed efficiente delle funzioni afferenti al servizio idrico integrato”*.

• L’**art. 1** (“Oggetto e finalità”) enuncia le finalità che la legge intende perseguire, consistenti nel disciplinare: *“... incentivi ai Comuni pugliesi per la costituzione di una società nel rispetto dell’articolo 6, comma 2, ultimo periodo, del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 (Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), con la finalità di assicurare l’esercizio unitario ed efficiente delle funzioni comunali afferenti alla gestione del Servizio idrico integrato (SII) nell’ambito territoriale unico regionale, istituito con legge regionale 6 settembre 1999, n. 28 (Delimitazione degli ambiti territoriali ottimali e disciplina delle forme e dei modi di cooperazione tra gli enti locali, in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36), nonché con la finalità di creare le condizioni per l’individuazione, da parte dell’autorità idrica pugliese, nell’esercizio delle proprie competenze, delle modalità di affidamento del SII che ritiene più opportuna, tra quelle previste dal d.lgs. 201/2022 e dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale)”*;

- l'**art. 2** ("Società dei Comuni pugliesi") prevede che, per il raggiungimento delle finalità di cui all'art. 1: *"i Comuni pugliesi possono costituire, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, una società per azioni, denominata Società veicolo, a totale partecipazione pubblica e a controllo analogo congiunto di tutti i Comuni ricadenti nel territorio regionale, da esercitare indipendentemente dalla partecipazione al capitale sociale"*;
- l'**art. 3** ("Capitale sociale e finanziamento regionale") prevede lo stanziamento di somme da parte della Regione per le finalità della legge, consistenti in: a) 400.000 euro quale capitale sociale della società "da dividere tra tutti i comuni in base alla consistenza delle infrastrutture destinate alla gestione del SII". Sembra, quindi, trattarsi di una somma attribuita dalla Regione ai Comuni, e che questi a loro volta conferiranno alla costituenda società (art. 3, comma 1); b) contributo di 300.000 euro destinato dalla Regione direttamente alla costituenda società (art. 3, comma 3);
- l'**art. 4** ("Incentivi") prevede, al comma 2, che: *"[a] seguito della costituzione della Società veicolo nel termine previsto nell'articolo 2, la Regione avvierà il trasferimento graduale a titolo gratuito, nella misura massima del 20 per cento, delle azioni di Acquedotto Pugliese s.p.a. in favore dei Comuni aderenti, in proporzione alla consistenza delle infrastrutture destinate alla gestione del SII, come riportata nell'allegato A. Ciascun comune aderente si impegna a trasferire le suddette azioni alla Società veicolo entro trenta giorni dall'acquisizione, pena la decadenza dell'incentivo"*;
- gli **artt. 5, 6 e 7** disciplinano, poi, la costituzione, le elezioni e le funzioni del "Comitato di coordinamento e controllo".

In particolare, l'art. 5, comma 1, prevede che, nel caso in cui alla data del 30 giugno 2025 non tutti i Comuni pugliesi abbiano aderito alla Società veicolo, tutti i Comuni della Regione, ancorché non aderenti alla società veicolo, esercitano sulla detta società, tramite la partecipazione al detto Comitato, i poteri di *"indirizzo, coordinamento, controllo e supervisione sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più significative"*.

Come costantemente affermato da codesta Corte, la disciplina concernente l'affidamento del servizio idrico integrato attiene alle materie della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (ex art. 117, comma 2, lettere e) ed s), della Costituzione).

Le suddette disposizioni regionali appaiono inficiate dai seguenti plurimi vizi di legittimità costituzionale.

DIRITTO

Illegittimità degli articoli 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, della legge regionale n. 14/2024 per violazione dell'art. 117, primo comma e secondo comma, lettere e), l), ed s), Cost., in relazione agli artt.:

2, comma 1, e 4 DLGS 141/1999; 16-bis del D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla Legge 29 dicembre 2021, n. 233; 2, comma 1, lett. o), 4, comma 1, 15 e 16, comma 3, DLGS 19 agosto 2016, n. 175 (testo unico in materia di società a partecipazione pubblica); 12, paragrafi 1, 2 e 3 e 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE; 12 e 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE; 14 e 17 del D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201; 149-bis, comma 1, del TUA (d.lgs. n. 152 del 2006).

1.- Gli articoli 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, della legge n. 14/2024 violano l'art. 117, primo comma e secondo comma, lettere e), l), ed s), Cost., in quanto recano una disciplina incompatibile:

a) con le disposizioni statali che hanno disciplinato la gestione del servizio idrico integrato in Puglia, ossia il D.lgs. 11 maggio 1999, n. 141 e le successive disposizioni statali - da ultimo l'art. 16-bis del D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla Legge 29 dicembre 2021, n. 233 - che hanno prorogato l'affidamento ad Acquedotto pugliese s.p.a. dei compiti precedentemente svolti dall'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese;

b) con la disciplina contenuta nell'art. 149 bis del D.lgs. n. 152/2006 recante l'individuazione dei presupposti necessari per l'affidamento diretto dei servizi idrici integrati;

c) con i requisiti necessari per la configurabilità dell'*in house providing* come definito dagli artt. 2, comma 1, lettera o), 4, 15 e 16 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 e alle condizioni rispettivamente indicate dall'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall'articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall'articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE;

2.- Come noto, il D.lgs. 11 maggio 1999, n. 141, all'art. 1, ha disposto la trasformazione del preesistente Ente Autonomo Acquedotto Pugliese (EAAP) (costituito con Regio decreto-legge 19 ottobre 1919, n. 2060, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 settembre 1920, n. 1365) in società per azioni con la denominazione di «Acquedotto pugliese S.p.a.», le cui azioni, ai sensi dell'art. 4, D.lgs. n. 141/1999, sono state definitivamente trasferite senza oneri alle Regioni Puglia e Basilicata e, successivamente, sono interamente confluite nel patrimonio della Regione Puglia, che allo stato è l'unico azionista della società. Inizialmente, l'art. 4, comma 1, prevedeva, al secondo periodo, un obbligo per dette Regioni di dismettere, con procedure ad evidenza pubblica, tali partecipazioni azionarie; successivamente, l'articolo 149-bis del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, inserito

dall'articolo 7, comma 1, lettera d), del D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla Legge 11 novembre 2014, n. 164, ha abrogato tale previsione.

L'art. 2, comma 1 del predetto D.lgs. 141/1999, ha affidato ad Acquedotto pugliese s.p.a, sino al 31 dicembre 2018, la prosecuzione dei compiti precedentemente svolti dall'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese (EAAP) prima della trasformazione in Acquedotto pugliese s.p.a. L'art. 16-bis del D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla Legge 29 dicembre 2021, n. 233, ha prorogato più volte tale termine che, attualmente, è fissato al 31.12.2025 e al comma 2, ha altresì disposto, senza prevedere un termine di scadenza, che Acquedotto pugliese s.p.a. debba provvedere 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”*.

La Regione Puglia, nel tentativo di incidere sulla disciplina statale di cui al D.lgs. n. 141/1999, con la legge regionale 20 giugno 2011, n. 11, aveva istituito l'azienda pubblica regionale “Acquedotto pugliese – AQP” cui aveva affidato il servizio idrico integrato regionale (art. 2, comma 1), con subentro di tale azienda nel patrimonio e nei rapporti della Acquedotto pugliese s.p.a. (art. 5).

Codesta Corte costituzionale, con sentenza n.62/2012, ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni regionali in quanto la normativa statale non consente che la legge regionale individui direttamente il soggetto affidatario della gestione del SII e che stabilisca i requisiti generali dei soggetti affidatari di tale gestione.

Codesta Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima la normativa regionale del 2011 anche laddove ha inciso sull'assetto della società Acquedotto pugliese s.p.a. prevedendo il trasferimento del relativo patrimonio e dei rapporti ad altro ente.

A tale ultimo riguardo, è stato evidenziato che: *“...non è dubbio che detta normativa regionale 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 considerazione di tale contenuto e, in particolare, della sua attinenza (proprio perché trasferisce le risorse ed i rapporti dell'indicata società per azioni) alla gestione del servizio idrico integrato, 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). La previsione del subentro dell'AQP nel patrimonio e nei rapporti della s.p.a. Acquedotto pugliese, ponendosi in palese contrasto con la suddetta disciplina statale (che non prevede tale subentro), integra, perciò, la denunciata illegittimità costituzionale”.

2.1.- Con la legge in esame, il legislatore regionale incide nuovamente, seppure con diverse modalità, sulle norme statali che disciplinano l'affidamento del SII nella regione fino al 31 dicembre 2025.

Infatti, l'art. 4 della l. r. impugnata si pone in contrasto con il citato art. 2 comma 2 del Dlgs 141/1999, la cui disciplina è espressione della potestà legislativa statale in materia di ordinamento civile, tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente.

In tal modo la Regione Puglia reitera un comportamento violativo delle competenze legislative fissate dall'art.117, commi 1 e 2, lett. e), l) ed s) Cost.

Infatti, come costantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale, la disciplina concernente l'affidamento del servizio idrico integrato attiene alle materie della tutela concorrenza e della tutela dell'ambiente riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art.117, comma, e) ed s) Cost.)

In questo contesto, la legge regionale deve limitarsi a individuare l'ente o il soggetto preposto a deliberare la forma di gestione del servizio idrico integrato e ad aggiudicare la gestione di detto servizio, ma non può direttamente provvedere all'esercizio di tali funzioni, neanche preconstituendone le condizioni, come, invece, ha fatto il legislatore pugliese con la legge regionale in esame.

Le sopra citate disposizioni della l.r. n. 27/2024 sono costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 117, primo comma e secondo comma , lettere e), l) , ed s) della Costituzione, con riferimento al rispetto del diritto europeo e alla competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, dell'ordinamento civile e della tutela dell'ambiente, in quanto recano una disciplina incompatibile con i requisiti necessari per la configurabilità dell'*in house providing* come definito dal Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, nonché con le disposizioni statali che disciplinano la gestione del servizio idrico integrato in Puglia, e, infine, con la disciplina contenuta nell'art. 149 – bis del D.lgs. n. 152 del 2006 recante l'individuazione dei presupposti necessari per l'affidamento diretto dei servizi idrici integrati.

Come si è sopra illustrato, la legge statale ha costituito la società Acquedotto pugliese s.p.a., attribuendone interamente le azioni alle Regioni interessate, ed affidando a detta società i servizi in materia di SII, per la durata - almeno con riguardo ai “*compiti precedentemente svolti dall'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese*”, fino al 31.12.2025.

La norma originaria, prima delle ulteriori modifiche che hanno prorogato la data finale di affidamento, prevedeva espressamente le modalità con le quali si poteva procedere alla cessione delle quote di AQP.

Ne deriva che la modifica della composizione della compagine sociale può essere definita solo con legge dello Stato.

L'art. 4 della legge regionale in esame, pur non incidendo formalmente sul contenuto delle richiamate norme statali, modifica nella sostanza l'assetto dato dal legislatore statale alla società Acquedotto pugliese s.p.a., prevedendo la modifica degli assetti proprietari con il trasferimento del 20 per cento del pacchetto azionario dalla Regione Puglia ai Comuni e, quindi, da questi alla società cd. veicolo che verrà costituita dai Comuni medesimi.

L'obiettivo finale del legislatore regionale è quello di assicurare che l'affidamento del servizio avvenga ad un soggetto in house individuato dalla regione medesima.

Tanto emerge anche dai lavori preparatori della legge che, nella proposta originaria era intitolata *“Costituzione del Comitato per il controllo di Acquedotto Pugliese s.p.a. (AQP) e gestione in house del servizio idrico integrato”* e aveva quale finalità, dichiarata nella relazione di accompagnamento sottoscritta dai consiglieri regionali proponenti, quella di *“affidare dal 1° gennaio 2026 al 31 dicembre 2046 ad Acquedotto pugliese S.p.A., società pubblica detenuta al 100% dalla Regione Puglia, il servizio idrico integrato della Puglia, preservare il regime interamente pubblicistico della gestione del servizio in Puglia, posto in discussione qualora dovesse intervenire la scadenza (31.12.2025) della concessione attuale in favore di AQP, in costanza dell'attuale ordinamento”*.

Anche a seguito dei rilievi critici mossi alla proposta di legge dal Referto tecnico adottato dagli uffici regionali e dalla relazione del Servizio Affari e Studi Giuridici del Consiglio regionale della Puglia, il testo della legge definitivamente approvato, pur essendo modificato rispetto alla proposta originaria, presenta rilevanti profili di incostituzionalità.

2.2.- Sebbene il legislatore regionale non abbia disposto direttamente l'affidamento del servizio ad un nuovo ente - come aveva invece fatto con la l. r. n. 11/2011 - tuttavia, raggiunge indirettamente il citato scopo, modificando, nell'arco temporale in cui ancora si applica la disciplina del D. Lgs. n. 141/1999, l'assetto proprietario della società costituita dallo Stato.

Interessa, al riguardo, evidenziare che il D.lgs. n. 141/1999 ha previsto che le azioni della s.p.a. siano detenute esclusivamente dalle regioni (essendo stata abrogata, altresì, la disposizione, inizialmente adottata, che prevedeva la cessione delle dette azioni) nel cui ambito era svolto il servizio affidato alla medesima società, mentre la legge regionale n. 14/2024 prevede ora il trasferimento del 20 per

cento di tale pacchetto azionario ai Comuni e, da questi, alla società veicolo che verrà costituita dai Comuni.

Si tratta, a ben vedere, della cessione di una quota di azioni particolarmente significativa e, comunque, suscettibile di determinare il trasferimento del controllo su Acquedotto Pugliese s.p.a. dalla regione Puglia alla c.d. società veicolo. Tant'è che l'art. 7, comma 1, lettera g) della legge regionale in esame attribuisce al Comitato di coordinamento e controllo, istituito ai sensi dell'art. 5, il compito di adottare *“decisioni significative inerenti alla partecipazione e al controllo da parte della Società veicolo su Acquedotto Pugliese s.p.a.”*.

Le impugnate disposizioni della legge regionale n. 14/24 rappresentano, dunque, una inammissibile invasione del legislatore regionale nell'ambito delle materie dell'ordinamento civile, della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, tutte riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

L'applicazione delle censurate disposizioni ha come effetto finale quello di realizzare, nel periodo di vigenza del D. lgs. 141/1999, una sostanziale modifica del soggetto in house cui la legge statale ha affidato la gestione del servizio idrico integrato: non più una società totalmente partecipata dalla regione nel cui ambito il servizio è svolto, bensì una società controllata, per il tramite di altra società, cd. veicolo, dai Comuni.

2.3.- Come noto, l'ordinamento nazionale, anche in applicazione dei principi concorrenziali di matrice comunitaria, prevede che l'affidamento in house dei servizi pubblici locali possa avvenire unicamente a fronte dell'assolvimento di stringenti vincoli motivazionali che consentano di ritenere oggettivamente più conveniente tale modalità di affidamento rispetto a quelle che comportano il ricorso al mercato.

L'attuale disciplina, espressione di regole e principi vigenti anche in precedenza, è rinvenibile negli artt. 14 e 17 del D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 che impongono agli enti competenti una seria istruttoria in merito al mancato ricorso al mercato, illustrando – nelle delibere di affidamento in house - le efficienze nella gestione del servizio nonché, inter alia, gli eventuali benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi nonché all'impatto sulla finanza pubblica.

Nel caso di specie, tali valutazioni sono state effettuate dal legislatore statale che, almeno fino al 31.12.2025, ha disposto l'affidamento del SII in Puglia ad un ente in house costituito dalla legge statale e le cui azioni sono state attribuite dalla medesima legge statale ai soli enti regionali interessati.

L'impugnata legge regionale travalica la disciplina nazionale e vanifica le valutazioni effettuate dal legislatore statale modificando, fin da subito, la natura del soggetto in house affidatario del servizio.

3.- Le disposizioni contenute nella legge regionale sopra illustrate presentano vizi di legittimità costituzionale anche sotto ulteriori profili.

3.1.- La partecipazione della Regione al capitale sociale del gestore del servizio idrico integrato viola una serie di disposizioni nazionali a carattere concorrenziale, ed in particolare l'art. 4, comma 1, del TUSPP (d. lgs. n. 175/2016), il quale stabilisce che le amministrazioni pubbliche possono costituire, acquisire o mantenere partecipazioni esclusivamente in società che abbiano per oggetto la produzione di beni o servizi strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, circostanza che non si riscontra nel caso in esame.

Detta partecipazione viola altresì l'art. 16, comma 3, del medesimo TUSPP, secondo cui la società *in house* deve realizzare oltre l'80% del proprio fatturato nello svolgimento dei compiti a essa affidati dagli enti pubblici soci, e non, dunque, nei confronti di soggetti che non dispongono di competenze di gestione dei servizi svolti.

Infine, l'impugnata legge contrasta anche con l'art. 149-bis, comma 1, del TUA (d.lgs. n. 152/2006), in base al quale l'affidamento diretto del servizio idrico integrato 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.

3.2.- L'art. 6 del D.lgs. n. 201/2022 (richiamato nell'art. 1 della l.r. in esame) stabilisce che: “1. *Ferme restando le competenze delle autorità nazionali in materia di regolazione economico-tariffaria e della qualità, a livello locale le funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente. 2. Al fine di garantire il rispetto del principio di cui al comma 1, gli enti di governo dell'ambito o le Autorità specificamente istituite per la regolazione e il controllo dei servizi pubblici locali non possono direttamente o indirettamente partecipare a soggetti incaricati della gestione del servizio. Non si considerano partecipate indirettamente le società formate o partecipate dagli enti locali ricompresi nell'ambito. 3. Qualora gli enti locali titolari del servizio e a cui spettano le funzioni di regolazione assumano direttamente o per mezzo di soggetto partecipato la gestione del servizio, le strutture, i servizi, gli uffici e le unità organizzative dell'ente ed i loro dirigenti e dipendenti preposti a tali funzioni di regolazione non possono svolgere alcuna funzione o alcun compito inerente alla gestione ed al suo affidamento.*”.

Ai sensi dell'art. 149bis D.lgs. n. 152/2006, “1. *L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo,*

conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. 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. 2. Alla successiva scadenza della gestione di ambito, al fine di assicurare l'efficienza, l'efficacia e la continuità del servizio idrico integrato, l'ente di governo dell'ambito dispone l'affidamento al gestore unico di ambito entro i sei mesi antecedenti la data di scadenza dell'affidamento previgente.”.

Orbene, con specifico riguardo alla corretta interpretazione dell'art. 149bis sopra richiamato e, in particolare, alle previsioni di cui al secondo periodo del comma 1, il Legislatore comunitario ha stabilito che *“le concessioni nel settore idrico sono spesso soggette a regimi specifici e complessi che richiedono una particolare considerazione data l'importanza dell'acqua quale bene pubblico di valore fondamentale per tutti i cittadini dell'Unione. Le caratteristiche particolari di tali regimi giustificano le esclusioni nel settore idrico dall'ambito di applicazione della presente direttiva. L'esclusione riguarda le concessioni di lavori e di servizi per la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile o l'alimentazione di tali reti con acqua potabile. Anche le concessioni per lo smaltimento o il trattamento delle acque reflue e per progetti di ingegneria idraulica, irrigazione o drenaggio (in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento d'acqua potabile rappresenti più del 20 % del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o drenaggio) dovrebbero essere escluse nella misura in cui siano collegate a una attività esclusa”* (considerando 40 direttiva 2014/23/UE).

Per tale ragione, la suddetta direttiva comunitaria, pur avendo disciplinato per la prima volta l'affidamento delle concessioni dei servizi pubblici, ne ha escluso espressamente l'applicazione al settore idrico (art. 12 direttiva 2014/23/UE).

Analogamente l'art.12 del previgente Codice Contratti (DLGS n.50/2016) stabiliva:

“1. Le disposizioni del presente codice non si applicano alle concessioni aggiudicate per

a. fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile; b) alimentare tali reti con acqua potabile. 2.

b. Le disposizioni del presente codice non si applicano alle concessioni riguardanti uno o entrambi dei seguenti aspetti quando sono collegate a un'attività di cui al comma 1: a) progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento d'acqua potabile rappresenti più del 20 per cento del volume totale d'acqua

reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o drenaggio; b) smaltimento o trattamento delle acque reflue”.

A ciò si aggiunge che il settore idrico rientra tra i c.d. settori speciali e, per gli appalti, si applica dunque la disciplina più elastica e flessibile propria di detti settori (art. 117 codice dei contratti pubblici).

Giova evidenziare inoltre, che, pur non essendo applicabile la disciplina del codice dei contratti, occorre pur sempre osservare, ai sensi dell’art.4 del DLGS 50/2016, i principi relativi ai contratti esclusi:

“1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”.

Invero, con l’art. 1, comma 1, lett. hhh) legge n. 11/2016, il Parlamento aveva delegato il Governo a provvedere alla: *“hhh) disciplina organica della materia dei contratti di concessione mediante l’armonizzazione e la semplificazione delle disposizioni vigenti, nonché la previsione di criteri per le concessioni indicate nella sezione II del capo I del titolo I della direttiva 2014/23/UE, nel rispetto dell’esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 per le concessioni nel settore idrico, introducendo altresì criteri volti a vincolare la concessione alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche, nonché al rischio operativo ai sensi della predetta direttiva 2014/23/UE, e a disciplinare le procedure di fine concessione e le modalità di indennizzo in caso di subentro”.*

La delega, tuttavia, non è stata attuata.

La disciplina del previgente codice dei contratti è stata confermata dal DLGS 36/2023, che all’art.148, commi 4, 5 e 6 dispone:

“ 4. Sono esclusi dall'applicazione delle disposizioni del codice gli appalti per l'acquisto di acqua, se aggiudicati da stazioni appaltanti o enti concedenti che esercitino una o entrambe le attività di cui al comma 1.

5. Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del codice le concessioni aggiudicate per fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile oppure per alimentare tali reti con acqua potabile.

6. Sono escluse dall'applicazione del codice le concessioni che siano collegate a una delle attività del comma 5 e riguardino:

a) progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento di acqua potabile rappresenti più del 20 per cento del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti;

b) smaltimento o trattamento delle acque reflue”.

3.3.- Dal sopra delineato quadro normativo si evince che il d.lgs. 152/2006 e, in particolare, l'art 149bis per le forme di affidamento, costituisce punto di riferimento della regolazione del settore idrico.

Tale disposizione, come si è sopra illustrato, prevede che *“L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. 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”*.

In base all'attuale disciplina, dunque, le forme di gestione del sistema idrico integrato sono quelle previste dall'ordinamento europeo per la generalità dei servizi pubblici locali, con l'ulteriore conseguenza che l'affidamento diretto a società *in house* richiede i requisiti previsti dall'ordinamento europeo per tali servizi.

Giova, inoltre, evidenziare che gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche, fino al punto di consegna o misurazione, fanno parte del demanio “accidentale”, ai sensi dell'art. 822 ss. c.c., come confermato dall'art. 143, comma 1, d.lg. n. 152/2006.

Ai sensi dell'art. 153, comma 1, D.lgs. n. 152/ 2006, le infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali devono essere affidate in concessione d'uso gratuita per tutta la durata della gestione al gestore del servizio idrico integrato che ne assume i relativi oneri secondo le clausole contenute nella convenzione (che regola i rapporti tra ente locale e gestore) e nel relativo disciplinare (cfr. Corte cost. 4 maggio 2017 n. 93 e Cons. Stato, sez. I, parere n. 1389/2019 del 7 maggio 2019).

Come ritenuto dalla Corte dei conti *“L'art. 149 bis, primo comma, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 152 del 2006 prevede espressamente tale possibilità: "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" (in argomento, anche C. conti, Sez. Reg. Campania, 22 aprile 2016, n. 108/2016/PAR). La giurisprudenza amministrativa, pronunciata in materia di affidamento del servizio idrico, ha*

ribadito i precetti espressi dalle leggi che regolano la materia; in particolare, si è affermato l'obbligo di adesione all'autorità d'ambito da parte dei vari comuni interessati e il principio per cui spetta all'ente di governo individuare la figura gestoria più opportuna mediante la quale provvedere alla gestione del servizio idrico integrato. Le decisioni assunte dall'ente di governo sono vincolanti per i comuni aderenti e, del resto, non bisogna dimenticare che tali decisioni sono assunte tramite votazioni espresse dagli stessi rappresentanti degli enti locali, secondo le modalità stabilite dalle convenzioni di istituzione degli enti di governo (C.D.S., sezione quinta, n.4478/2005; T.A.R. Piemonte, n.1229/2016). Ricostruita brevemente la disciplina di riferimento e venendo al merito del quesito ammesso, analizzando, oltre alla sintesi finale, anche la premessa alla questione sollevata, si rileva che, sostanzialmente, il Sindaco chiede se il comune sia tenuto alla partecipazione alla società ovvero possa opporre elementi di incompatibilità finanziario contabile, sottraendosi, quindi, all'obbligo partecipativo; ovvero, ancora, se sia esonerato dagli adempimenti di legge (qualora, ovviamente, sia obbligato a partecipare alla società).

In relazione all'obbligo partecipativo, non paiono esserci dubbi a riguardo: le disposizioni di riferimento sopra citate lo prevedono espressamente (l'ultimo periodo dell'art. 149 bis prescrive che le società in house siano comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nel territorio dell'ambito); la stessa giurisprudenza stabilisce che spetta all'ente di governo individuare la figura gestoria più opportuna, sicché il singolo comune non è più competente e legittimato a costituire in proprio alcuna società o struttura consortile a cui affidare, con gara o meno, la gestione del servizio idrico (T.A.R. Piemonte, cit.).” (cfr. Corte conti, sez. cont. reg. Piemonte, delib. 26 settembre 2022, n. 108).

2.4.- Alla luce delle suesposte considerazioni emerge che gli artt. 1, 2, 3, 5, 6 e 7, della l.r. in esame delineano una modalità di affidamento del SII differente da quella prevista dal decreto legislativo n. 152/2006 e dall'ordinamento europeo.

In particolare, il legislatore regionale, nel prevedere (**artt. 1 e 2**) la possibilità, per i comuni pugliesi, di costituire una società per azioni “denominata Società veicolo, a totale partecipazione pubblica e a controllo analogo congiunto di tutti i comuni ricadenti nel territorio regionale, da esercitare indipendentemente dalla partecipazione al capitale sociale” cui affidare la gestione del SII, e nel definire (**artt. 5, 6, 7**) le modalità di esercizio del controllo analogo sulla c.d. società veicolo da parte dei Comuni privi di partecipazione nel capitale sociale, disciplina:

1. una modalità di affidamento del SII diversa da quella delineata dall'art. 149 bis, comma 1, secondo periodo, del T.U.A. che, invece, prevede che: “***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”;

2. un modello di società in house differente sia da quello delineato **dagli artt. 2, comma 1, lett. o) e 15 del D.lgs. n. 175 /2016**, sia da quello desumibile dall'ordinamento europeo.

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha ritenuto che:

“Con l’espressione in house providing si fa riferimento all’affidamento di un appalto o di una concessione da parte di un ente pubblico in favore di una società controllata dall’ente medesimo, senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica, in virtù della peculiare relazione che intercorre tra l’ente pubblico e la società affidataria. La società in house è una società dotata di autonoma personalità giuridica che presenta connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ad un “ufficio interno” dell’ente pubblico che l’ha costituita, una sorta di longa manus; non sussiste tra l’ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale. Queste caratteristiche della società in house giustificano e legittimano l’affidamento diretto, senza previa gara, per cui un’amministrazione aggiudicatrice è dispensata dall’avviare una procedura di evidenza pubblica per affidare un appalto o una concessione. Ciò in quanto, nella sostanza, non si tratta di un effettivo “ricorso al mercato” (outsourcing), ma di una forma di “autoproduzione” o, comunque, di erogazione di servizi pubblici “direttamente” ad opera dell’amministrazione, attraverso strumenti “propri” (in house providing). L’istituto, le cui radici si rintracciano nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea, è espressione del principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche di cui all’articolo 2 della direttiva 2014/23/UE che afferma: “le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l’esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell’Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l’esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d’interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni”. In definitiva, un affidamento diretto ad un soggetto che non è sostanzialmente diverso dall’amministrazione affidante non può dare luogo alla lesione dei principi del Trattato e, in particolare, del principio di concorrenza, proprio perché si tratta non di esternalizzazione ma di autoproduzione della stessa P.A. L’in house segna, dunque, una delicata linea di confine tra i casi in cui non occorre applicare le direttive appalti e concessioni, e la relativa normativa nazionale di trasposizione, ed i casi in cui invece è necessaria l’applicazione. I requisiti delle società in house sono stati elaborati nel tempo

dalla Corte UE; secondo la giurisprudenza della Corte, a partire dalla sentenza Teckal del 1999 sino alle direttive UE 23, 24 e 25/2014 in materia di appalti e concessioni, le procedure di evidenza pubblica possono escludersi tutte le volte in cui: 1) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello operato sui propri servizi interni (requisito strutturale); 2) il soggetto affidatario realizza la parte più importante della propria attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice che lo controlla (requisito funzionale). Le condizioni necessarie per la configurazione del controllo analogo sono la partecipazione pubblica totalitaria e l'influenza determinante; sin dal 2005, la Corte di Giustizia (Corte di Giustizia UE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle; Corte di Giustizia UE 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Coname; Corte di Giustizia UE, sez. I, 18 gennaio 2007, C-225/05, Je. Au.) ha chiarito che la partecipazione, pur minoritaria, di soggetti privati al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla medesima un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi. La partecipazione pubblica totalitaria rappresenta una condizione necessaria, ma non ancora sufficiente, dovendosi ulteriormente verificare la presenza di strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile a favore del socio totalitario. L'amministrazione aggiudicatrice, infatti, deve essere in grado di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'entità affidataria e il controllo esercitato deve essere effettivo, strutturale e funzionale (in tal senso, Corte di Giustizia UE, sez. III, sentenza 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, Econord). La Corte di Giustizia ha riconosciuto altresì che, a determinate condizioni, il controllo analogo può essere esercitato congiuntamente da più autorità pubbliche che possiedono in comune l'ente affidatario, c.d. in house frazionato (Corte di Giustizia UE, 29 novembre 2012, in cause riunite C-182/11 e C-183/11, Econord), e che è configurabile un controllo analogo anche nel caso di partecipazione pubblica indiretta, in cui il pacchetto azionario non è detenuto direttamente dall'ente pubblico di riferimento, ma indirettamente mediante una società per azioni capogruppo (c.d. holding) posseduta al 100% dall'ente medesimo, c.d. in house a cascata (Corte di Giustizia UE 11 maggio 2006 C-340/04). Il secondo requisito indicato dalla Corte è costituito dalla prevalenza dell'attività svolta con l'ente affidante, ossia il soggetto in house deve svolgere la parte più importante della propria attività con il soggetto o i soggetti pubblici che lo controllano e la diversa attività, eventualmente svolta, deve risultare accessoria, marginale e residuale. Sino alle direttive UE del 2014 non vi era una percentuale di attività predeterminata che doveva essere svolta in favore dell'ente affidante e, pertanto, l'interprete era tenuto a prendere in considerazione tutte le circostanze sia qualitative che quantitative del caso concreto. Nel contesto sopra descritto sono intervenute le nuove direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli

appalti pubblici e le concessioni. I requisiti dell'in house sono adesso chiaramente indicati dall'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, dall'articolo 28, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE e dall'articolo 17, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE; tutte norme di identico tenore. Non è disciplinato solo l'in house, ma anche la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici (c.d. accordi di collaborazione), la quale però rimane al di fuori dell'in house, in quanto non comporta la costituzione di organismi distinti rispetto alle amministrazioni interessate all'appalto o alla concessione. In particolare, l'articolo 17, paragrafo 1, della direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, relativo alle concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico, prevede che una concessione aggiudicata da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva quando siano soddisfatti tutti i requisiti del controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, quando oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente controllante e non vi sia alcuna partecipazione di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto." (cfr. Cons. Stato, sez. I, parere n. 1389/2019 del 7 maggio 2019).

In particolare, si evidenzia che il legislatore regionale sembra qualificare la c.d. *società veicolo* come società *in house* di tutti i Comuni ricadenti nel territorio d'ambito, a prescindere dal possesso di qualsivoglia partecipazione nel capitale sociale (detenuta direttamente o indirettamente) e per il solo fatto di essere rappresentati indirettamente (secondo le modalità delineate dall'art. 6 della legge regionale in esame) all'interno del Comitato di indirizzo e di controllo istituito dall'art. 5 della stessa legge n. 14/24, prescindendo, per l'effetto, dalla verifica della sussistenza dei presupposti sopra indicati e definiti dall'ordinamento europeo, oltretutto nazionale, ai fini della configurabilità del c.d. *in house providing*.

Interessa anche osservare che "il controllo analogo consiste in una "influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata" (art. 2 (Definizioni), comma 1, lett. c) D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica). L'affidamento diretto ad una società *in house* è consentito, in particolare, a condizione che la società non sia terza rispetto all'ente affidante ma una sua articolazione. Tra socio pubblico controllante e società v'è, infatti, una relazione interorganica e non intersoggettiva. È necessario che tale relazione intercorra tra soci affidanti e società, non anche tra la società e altri suoi soci (non affidanti o non ancora affidanti), rispetto ai quali la società sarebbe effettivamente terza (Corte di

Giustizia dell'Unione europea, sentenza 6 febbraio 2020 cause C-89/19 e C-91/19). La Corte di Giustizia (sin da Corte di Giustizia delle Comunità europee 18 novembre 1999 nella causa C-107/98 Teckal) ammette che, in caso di società partecipata da più enti pubblici, il controllo analogo possa essere esercitato in forma congiunta (sentenza 13 novembre 2008 nella causa C-324/07 C.B. SA) e che, inadeguati a tal fine i poteri a disposizione dei soci secondo il diritto comune, sia necessario dotare i soci di appositi strumenti che ne consentano l'interferenza in maniera penetrante nella gestione della società. [...]” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093).

La nozione di controllo analogo congiunto presuppone, quindi, la detenzione di una partecipazione - pur anche minima - nel capitale della società sulla quale si esercita il controllo e, dunque, la qualifica di socio.

Secondo la giurisprudenza eurounitaria e nazionale maggioritaria in materia di società *in house* e controllo analogo congiunto, sussiste la necessità che detto controllo analogo si espliciti sotto forma di partecipazione sia al capitale, sia agli organi direttivi dell'organismo controllato, essendo necessario che il singolo socio possa vantare una posizione idonea, per quanto minoritaria, a garantirgli una possibilità effettiva di partecipazione alla gestione dell'organismo del quale è parte. Per tale ragione, una presenza puramente formale nella compagine partecipata o in un organo comune incaricato della direzione della stessa non risulterebbe sufficiente ad assicurare il controllo analogo.

* * * * *

Per questi motivi il Presidente del Consiglio dei Ministri propone il presente ricorso e confida nell'accoglimento delle seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ecc.ma Corte Costituzionale dichiarare costituzionalmente illegittimi gli articoli 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, della legge regionale n. 14/2024 per violazione dell'art. 117, primo comma e secondo comma, lettere e), l), ed s), Cost., in relazione agli artt.: 2, comma 1, e 4 DLGS 141/1999; 16-bis del D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla Legge 29 dicembre 2021, n. 233; 2, comma 1, lett. o), 4, comma 1, 15 e 16, comma 3, DLGS 19 agosto 2016, n. 175 (testo unico in materia di società a partecipazione pubblica); 12, paragrafi 1, 2 e 3 e 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE; 12 e 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE; 14 e 17 del D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201; 149-bis, comma 1, del TUA (d.lgs. n. 152 del 2006). Si producono:

1. copia della legge regionale impugnata;
2. copia conforme della delibera del Consiglio dei Ministri adottata nella riunione del 29 maggio 2024

recante la determinazione di proposizione del presente ricorso, con allegata relazione illustrativa.

Roma, 30 maggio 2024

Maria Letizia Guida

Maria Luisa Spina

Avvocati dello Stato



Depositato il 04/06/2024

Il Cancelliere IGOR DI BERNARDINI