



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici  
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp



## **Deliberazione n. 32 Adunanza del 9 giugno 2010**

**Oggetto: Servizio Idrico Integrato di alcuni comuni della Provincia di Modena. Contratto di affitto ramo di azienda tra Acquedotto Dragone S.p.A. e Hera S.p.A..**

**Stazione appaltante:** Acquedotto Dragone Impianti S.p.A. - Palagano (MO)

**Segnalazione:** Comitato a difesa dell'Acquedotto Dragone - Palagano (MO)

Visto il D.lgs. n. 163/2006;

Visto il D.lgs. n. 152/2006;

Visto il D.lgs. n. 267/2000;

Visto l'art. 23 bis introdotto dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 e s.m.i.;

Vista la Legge n. 36/1994.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione della Direzione Generale per la Vigilanza Servizi e Forniture;

Visto il parere dell'Ufficio Affari Giuridici.

### **Considerato in fatto**

Il "Comitato a difesa dell'Acquedotto Dragone", ha chiesto all'Autorità di verificare la regolarità delle procedure di affidamento delle fasi del ciclo idrico integrato, relative alla captazione, raccolta, potabilizzazione e adduzione della risorsa idrica, mediante contratto d'affitto d'azienda tra l'in house providing Acquedotto Dragone Impianti SpA ed HERA SpA, senza provvedere all'avvio di una gara.

Gli esponenti segnalano la violazione della normativa comunitaria che coordina le procedure degli enti erogatori di acqua ed energia, chiedendo di verificare il vincolo di economicità delle decisioni comunali e di accertare che dall'esecuzione dei contratti non sia derivato pregiudizio per l'erario. E' stata, poi, contestata l'economicità del contratto che, a detta dei ricorrenti, contiene una riduzione drastica del canone d'affitto.

Dall'esame degli atti e dei chiarimenti forniti dall'Agenzia d'Ambito per i servizi pubblici di Modena (ATO 4) e dall'Acquedotto Dragone Impianti S.p.A. emerge quanto segue.

## I. Le Società

L'Acquedotto Dragone Impianti S.p.A., già titolare della gestione diretta di segmenti del ciclo idrico integrato, è una società a totale partecipazione pubblica, costituita ai sensi dell'art. 13, comma 13 del TUEL, le cui quote sono possedute, in varia percentuale, da alcuni comuni della provincia di Modena (Serramazzoni, Prignano, Lama Mocugno, Polinago, Montefiorino, Palagano, Pavullo nel Frignano, Pievelego). Già nel periodo antecedente alla costituzione dell'AATO la società forniva acqua ai gestori del segmento finale del servizio idrico nel territorio dei comuni citati.

Tale società, attraverso l'Acquedotto Dragone Servizi S.r.l., costituita nel giugno 2003 per scissione del ramo d'azienda, ha gestito un segmento del servizio idrico integrato fino al 12 settembre 2008, data in cui è stato stipulato il contratto di affitto di ramo di azienda a favore di Hera S.p.A.. Più precisamente la società Acquedotto Dragone Impianti S.p.A. è rimasta proprietaria delle reti e degli impianti, mentre all'Acquedotto Dragone Servizi S.r.l. è stato attribuito " ...l'esercizio delle attività relative alla gestione dei servizi afferenti il segmento del ciclo idrico integrato relativo alla captazione, raccolta, potabilizzazione ed adduzione della risorsa idrica..".

La Hera S.p.A. è una società mista, quotata in borsa dal 26 giugno 2003, controllata in maggior percentuale dai comuni della provincia di Bologna, mentre il resto del capitale azionario è detenuto da privati. Nel 2005 Hera S.p.A. si è fusa per incorporazione con Meta S.p.A. di Modena - anch'essa quotata in borsa prima del 1 ottobre 2003 - mentre in data 19 dicembre 2007 è avvenuta la fusione per incorporazione con S.A.T. Servizi Ambiente Territorio S.p.A. di Sassuolo (società mista, quotata in borsa, composta da vari comuni ed Hera collocata come socio privato mediante procedura di gara). Entrambe le società Meta S.p.A. e S.A.T. S.p.A. erano affidatarie dirette della gestione del servizio idrico integrato di alcuni ambiti territoriali, con le quali l'Agenzia d'Ambito di Modena aveva stipulato convenzioni per la gestione del periodo transitorio del servizio ai sensi dell'art. 113, c. 15 bis del d.lgs. n. 267/2000. Nel periodo 2005- 2006 la Dragone Servizi S.r.l. ha fornito risorsa idrica ai gestori Meta e SAT.

## II. Determinazioni dell'Agenzia d'Ambito per i Servizi Pubblici di Modena

L'Agenzia di Ambito per i Servizi Pubblici di Modena nel definire il modello gestionale del Piano d'Ambito, di cui al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ha individuato 4 aree territoriali (sottoambiti) per la gestione del s.i.i. per il periodo successivo al transitorio le cui concessioni erano scadute al 31.12.2006.

Precedentemente, in attuazione delle disposizioni di cui alla legge 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. legge Galli) che prevedeva la gestione integrata del servizio idrico con un soggetto coordinatore (ATO), la legge della Regione Emilia Romagna n. 25/1999 aveva previsto che, al fine di realizzare la prima attivazione del Servizi Idrico Integrato, l'Agenzia di ambito:

- individui le gestioni esistenti per le quali può essere riconosciuta la salvaguardia di cui all'art. 9, comma 4 della legge n. 36 del 1994, concessa unicamente a gestioni esistenti di tipo industriale caratterizzate da efficienza, efficacia ed economicità.
- determini il superamento delle gestioni non rispondenti a criteri di efficienza, efficacia ed economicità che o confluiscono nelle gestioni salvaguardate ovvero sono affidate ad un nuovo soggetto gestore individuato secondo procedure ad evidenza pubblica (art. 10, comma 1, lett. a) e b)).

I rapporti con i gestori salvaguardati sono disciplinati con convenzione, di durata triennale, che "non costituisce nuovo affidamento" (art. 10, comma 3). L'art. 56 della successiva legge regionale n. 27/2004 ha disposto che la durata delle convenzioni previste dall'art. 10, comma 3,

fosse allineata a quella del 31 dicembre 2007 di cui all'art. 113, comma 15-bis del d.lgs. n. 267/2000.

In sede di prima attuazione della legge Galli, l'ATO 4 Modena ha proceduto a sottoporre al regime di salvaguardia l'intero territorio, individuando quattro gestioni esistenti che hanno avuto vigenza fino al 31 dicembre 2006.

Nei territori dei Comuni in questione, i gestori salvaguardati, sono stati Meta S.p.A. (per i comuni di Lama Mocugno e Polinago, Montefiorino, Palagano, Pavullo nel Frignano, Pievelego) e S.A.T. S.p.A. (per i Comuni di Serramazzoni e Prignano sulla Secchia). In tale periodo di salvaguardia la società Acquedotto Dragone Servizi, non più gestore, ha operato nell'ATO 4 fornendo risorsa idrica ai gestori Meta e S.A.T..

A seguito del superamento del sistema della salvaguardia, l'ATO 4 Modena ha proceduto, con modalità diverse, all'affidamento del sistema idrico integrato nei quattro sotto - ambiti (A,B,C,D) corrispondenti alle precedenti aree salvaguardate.

In conseguenza delle predette fusioni societarie, (con Meta e S.A.T.) Hera S.p.A. risulta essere affidataria del servizio idrico integrato nei sotto-ambiti C e D, fatta eccezione di un segmento del servizio (captazione, raccolta, potabilizzazione e adduzione) gestito dalla citata società Acquedotto Dragone Servizi, in alcuni comuni situati a cavallo dei due sotto-ambiti, fornendo risorsa idrica al gestore Hera S.p.A. la quale, in ogni caso, è titolare della distribuzione e percepisce la tariffa da parte degli utenti finali.

Per quanto attiene l'Acquedotto Dragone Servizi, l'ATO 4, nell'approvare il "Piano d'Ambito del S.I.I. nell'Ambito territoriale n. 4 di Modena" del novembre 2006, ha rilevato che la società stessa non aveva più titolo a svolgere i suddetti servizi, ritenendo non più soddisfatti i requisiti di fornitore all'ingrosso di acqua in più ambiti territoriali (così come previsto dal citato art. 14 della l.r. Emilia Romagna n. 25/1999), prospettando il superamento di quest'ultima società entro il 31 dicembre 2007 ed individuando in Hera S.p.A. il soggetto cui affidare il segmento del servizio idrico per il periodo successivo a tale data.

Pertanto, la società Acquedotto Dragone Impianti, dalla quale era stata scissa la società Acquedotto Dragone Servizi, era tenuta a mettere a disposizione di HERA S.p.A., ai sensi dell'articolo 113 comma 13 del TUEL e s.m.i., in qualità di gestore del servizio idrico integrato nei sotto-ambiti B e C, le dotazioni infrastrutturali in suo possesso.

### III. Contratto d'affitto

Tale trasferimento di beni strumentali e pertinenze, concessioni e personale, necessari per l'esercizio dell'attività relativa ai servizi afferenti il segmento del ciclo idrico integrato è stato effettuato con un contratto d'affitto di ramo d'azienda tra Acquedotto Dragone Impianti S.p.A. e Hera S.p.A. in data 12.09.2008.

Quale corrispettivo per l'affitto del ramo d'azienda è stato previsto un canone che è riconosciuto tra i costi rientranti nel calcolo della tariffa del servizio.

Sulla legittimità della scelta gestionale e sui criteri adottati per la determinazione del canone d'affitto d'azienda in relazione al prelevamento della risorsa idrica, il CDA dell'ATO 4 ne ha preso atto con propria determinazione n. 28 del 22.05.2008, ritenendo che i contenuti del contratto non modificassero il piano tariffario in vigore fino al 2009.

Sull'argomento i segnalanti hanno richiamato una sentenza della Suprema Corte di Cassazione Civile, sent. 23.06.1993 n. 6950, la quale ha precisato che " i beni patrimoniali disponibili, al pari di quelli demaniali, attesa la comune destinazione al soddisfacimento di interessi pubblici, possono essere attribuiti in godimento (...) soltanto nella forma della concessione amministrativa.

L'Acquedotto Dragone Impianti S.p.A. ha, tuttavia, evidenziato che i beni di cui al caso in esame non appartenerebbero al patrimonio comunale ma – secondo quanto consentito dall'art. 113 comma 13 del TUEL – all'Acquedotto Dragone stesso. Il conferimento in società di tali beni avrebbe determinato il venir meno del vincolo all'affidamento a terzi attraverso provvedimenti di concessione amministrativa, ipotizzando anche l'uso di strumenti privatistici quale il contratto d'affitto.

Ai fini dell'analisi delle vicende oggetto dell'istruttoria, con particolare riferimento alla disciplina applicabile al regime transitorio, sono da porsi in evidenza le disposizioni di seguito illustrate.

#### IV. Riferimenti normativi

La gestione delle risorse idriche è disciplinata dal d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (Norme in materia ambientale) ed in particolare l'art. 150 al comma 1, opera un rinvio generale, per la scelta delle forme di gestione, all'art. 113 comma 5 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, c.d. Testo Unico degli Enti Locali (da leggere oggi insieme all'art. 23 bis introdotto dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 da ultimo modificato dall'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166).

Lo stesso decreto legislativo all'art. 153 stabilisce che le infrastrutture idriche (che fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del codice civile e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge) sono affidate in concessione d'uso gratuita, per tutta la durata della gestione, al gestore del servizio idrico integrato, il quale ne assume i relativi oneri nei termini previsti dalla convenzione e dal relativo disciplinare. Conseguentemente le immobilizzazioni, le attività e le passività relative al servizio idrico integrato sono trasferite al soggetto gestore, che subentra nei relativi obblighi.

Di tale trasferimento si tiene conto nella determinazione della tariffa, al fine di garantire l'invarianza degli oneri per la finanza pubblica.

### **Ritenuto in diritto**

Alla luce di quanto sopra rappresentato, si pone, quindi, il problema di valutare l'osservanza della previsione di cui all'art. 153, c. 1 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 nella parte in cui stabilisce che "Le infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali ai sensi dell'articolo 143 sono affidate in concessione d'uso gratuita, per tutta la durata della gestione, al gestore del servizio idrico integrato, il quale ne assume i relativi oneri nei termini previsti dalla convenzione e dal relativo disciplinare".

Nel caso in esame l'utilizzo del contratto di affitto di ramo d'azienda, per attribuire a terzi il godimento di un bene demaniale, potrebbe risultare non appropriato, essendo in tale caso necessario il ricorso alla concessione amministrativa.

Sulla gratuità della concessione d'uso di tali infrastrutture al gestore del servizio si è espressa di recente la Corte Costituzionale, la quale, nell'Ordinanza n. 144/2010 sul giudizio di legittimità costituzionale dell'intero testo del d.lgs. n. 152/2006, ed, in particolare, dell'art. 153, comma 1, ha evidenziato che la disciplina della dotazione dei gestori del servizio idrico integrato recata dalla norma, nel riferirsi alle infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali, che sono beni senza dubbio funzionali alla gestione del servizio idrico quale servizio pubblico locale, esclude in radice l'onerosità della concessione d'uso di tali infrastrutture al gestore del servizio.

E' tuttavia opportuno specificare che la Corte Costituzionale ha precisato che tale disposizione si applica alle concessioni nuove o rinnovate, e cioè ai soli "nuovi affidamenti".

Nel caso di specie, il contratto di affitto di ramo di azienda rappresenta l'atto finale (necessario) di un processo di integrazione verticale del servizio idrico, disegnato dal legislatore nazionale sin dal 1994 (legge Galli), e attuato nell'ATO 4 Modena con il superamento delle gestioni in salvaguardia. Alla luce di quanto sopra non pare costituire un "nuovo affidamento" secondo l'interpretazione della Corte Costituzionale.

In tale contesto, pur ribadendo le riserve per l'utilizzo dell'istituto dell'affitto di ramo d'azienda, la previsione del pagamento di un canone non appare in contrasto con la normativa di settore essendo conseguenza diretta della mancata integrazione verticale del servizio al momento dell'originaria convenzione di affidamento ad Hera S.p.A.

### **In base a quanto sopra considerato,**

#### **Il Consiglio**

- ritiene che l'attribuzione a terzi di infrastrutture idriche di proprietà di enti locali, funzionali alla gestione del servizio idrico, debba avvenire secondo la previsione dell'art. 153, c. 1 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale);
- ritiene, altresì, che nel caso di specie la previsione del pagamento di un canone non appare in contrasto con la normativa di settore essendo conseguenza diretta della mancata integrazione verticale del servizio al momento dell'originaria convenzione di affidamento ad Hera S.p.A.;

- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture affinché comunichi la presente deliberazione al rappresentante legale della società Acquedotto Dragone Impianti S.p.A. e dell' Autorità d'Ambito per i Servizi Pubblici di Modena, invitandoli a rendere noto gli eventuali atti successivi del procedimento;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture perché comunichi la presente deliberazione, altresì, al gestore incaricato Hera S.p.A. ed al Comitato segnalante.

Firmato

Il Consigliere Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 giugno 2010

Il Segretario