

Delibera n 530 del 15 novembre 2023

Fascicolo 1555/2023

Oggetto

Affidamento in concessione del servizio idrico integrato alla società mista Acquedotti s.c.p.a. - Comuni di Orta di Atella, Acerra, Casandrino, Melito di Napoli, Grumo Nevano, Qualiano, Alvignano, Castel Morrone e Canello ed Arnone.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Vista la L. 11 febbraio 1994, n. 109;

visto il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

visto il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

visto il *"Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici"* del 4.07.2018;

viste le note istruttorie acquisite nell'ambito del procedimento di vigilanza in oggetto.

1. PREMESSA

Nell'ambito di alcuni accertamenti condotti dallo scrivente Ufficio, nell'esercizio dell'attività di vigilanza di cui all'art. 213 del D. Lgs. n. 50 del 2016, sono stati ricompresi gli affidamenti in concessione del servizio idrico integrato (S.I.I.) disposti dai Comuni di Orta di Atella, Acerra, Casandrino, Melito di Napoli, Grumo Nevano, Qualiano, Alvignano, Castel Morrone e Canello ed Arnone, in favore della società Acquedotti s.c.p.a., costituita con contratto rep. n. 46578 del 30.07.2001 dal Comune di Orta di Atella (Concedente originario) e dalla società Ottogas s.r.l., aggiudicataria della gara indetta con bando prot. gen. n. 236 del 22.03.2001 per *"l'individuazione di un partner privato che partecipi con il 49% delle azioni ad una società mista a maggioranza pubblica [...] per l'affidamento per anni trenta della gestione tecnico amministrativa del servizio idrico integrato comprendente la distribuzione di acqua per usi civili e produttivi e il sistema fognante del territorio di Orta di Atella"*.

Considerato che nel corso dell'istruttoria sono stati rilevati profili di criticità negli affidamenti in esame, con nota prot. ANAC n. 23776 del 24.03.2023 è stato comunicato l'avvio del procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 10 del Regolamento di vigilanza ANAC del 04.07.2018, ai comuni di Orta di Atella, Acerra, Casandrino, Melito di Napoli, Grumo Nevano,

Qualiano, Alvignano, Castel Morrone e Canello ed Arnone, nonché alla società concessionaria, in qualità di controinteressata.

Con le note prot. ANAC n. 30650 del 20.04.2023, n. 31577 del 24.04.2023, n. 31779 del 24.04.2023, n. 31965 del 26.04.2023, n. 31306 del 21.04.2023, n. 31644 del 24.04.2023, n. 33703 del 03.05.2023, n. 34246 del 05.05.2023, n. 41026 e n. 40911 del 29.05.2023 sono pervenuti i riscontri della società concessionaria e dei citati Comuni.

Si rileva, infine, che con le note prot. ANAC n. 43618 del 07.06.2023, e n. 57344 del 14.07.2023 il comune di Orta di Atella ha fornito riscontro alle richieste integrative di chiarimenti in merito alle criticità evidenziate nella citata nota di comunicazione di avvio del procedimento prot. ANAC n. 23776/2023.

2. SVOLGIMENTO DELL’AFFIDAMENTO

All’esito di tale preliminare attività istruttoria è stato possibile ricostruire lo svolgimento della procedura di gara relativa alla concessione in esame affidata nel 2001 dal Comune di Orta di Atella alla società Acquedotti S.c.p.a., e dei successivi affidamenti disposti in favore di detta società, dall’anno 2002, dai comuni di Melito di Napoli (2002), Acerra (2005), Qualiano (2006), Grumo Nevano (2007), Casandrino (2012), Canello ed Arnone (2014), Alvignano (2015) e Castel Morrone (2016).

Con delibera consiliare n. 4 del 4.02.2000, il Comune di Orta di Atella approvava la costituzione, ai sensi dell’art. 22, comma 3, lett. e), della legge n. 142 del 1990, di una società per azioni mista, a prevalente capitale pubblico, *“per la gestione del servizio idrico integrato, comprendente la captazione e la distribuzione di acqua per usi civili e produttivi, la fognatura e gli impianti di sollevamento delle acque reflue del territorio comunale”*, e con successiva delibera consiliare n. 13 del 28.02.2000, approvava lo schema di Statuto della Società.

Con bando di gara prot. gen. n. 236 del 22.03.2001 il Comune di Orta di Atella indiceva una selezione pubblica *“per l’individuazione di un partner privato che partecipi con il 49 % delle azioni ad una Società mista a maggioranza pubblica [...] per l’affidamento per anni trenta della gestione tecnico amministrativa del servizio idrico integrato comprendente la distribuzione di acqua per usi civili e produttivi e il sistema fognante del territorio di Orta di Atella”*. Nell’art. 2 del bando di gara si prevedeva la possibilità di ingresso nella società di altri Enti locali ricompresi nell’ambito ottimale n. 2 della Regione Campania, denominato *“Ente d’Ambito Napoli- Volturno”*, mediante un corrispondente aumento del capitale sociale. La procedura di gara veniva indetta dal Comune stante la necessità di garantire l’organizzazione e gestione del servizio in mancanza dell’individuazione del soggetto gestore del S.I.I. da parte dell’ente di Governo d’ambito.

Con successiva determina dirigenziale n. 26 del 6.07.2001 veniva disposta, in favore della società Ottogas S.r.l., l’aggiudicazione della gara per la scelta del partner privato della società mista cui affidare la gestione tecnico-amministrativa del servizio idrico integrato e veniva approvato lo statuto sociale della costituenda società mista, nel cui art. 4 veniva puntualmente individuato l’oggetto che la società si prefigge di realizzare.

Con contratto rep. n. 46578 del 30.07.2001 veniva costituita la società per azioni pubblico privata tra il Comune di Orta di Atella e la società Ottogas S.r.l., denominata Acquedotti S.p.a. e

in data 14.09.2001 veniva stipulata la convenzione rep. n. 225 del 14.09.2001 tra il Comune di Orta di Atella e la società Acquedotti S.c.p.a.

Con successiva delibera consiliare n. 5 dell'8.02.2002 il Comune di Orta di Atella apportava modifiche allo statuto sociale della costituzione società mista, estendendone l'oggetto sociale a settori diversi da quello idrico, comprendenti *"la progettazione, costruzione e gestione di impianti per la raccolta, anche differenziata, lo stoccaggio, lo smaltimento, il riciclaggio e la trasformazione di rifiuti solidi urbani, compresi quelli tossici e nocivi; gas e oleodotti; parcheggi; assunzione di contratti di trasporto e l'esercizio in genere delle attività di trasporto delle persone e delle merci"*.

2) Si indicano, di seguito, gli atti con cui, **a fara data dall'anno 2002**, altri Comuni hanno aderito **al capitale sociale dell'Acquedotti s.c.p.a.**, mediante acquisto di azioni dismesse dal comune di Orta di Atella, in forza di una specifica previsione del bando di gara che prevedeva la possibilità di ingresso nella compagine societaria di altri Enti ricompresi nell'ambito territoriale ottimale di riferimento "Napoli Volturno":

- Comune di Melito di Napoli: Delibera consiliare n. 22 del 14.05.2002 e convenzione rep. n. 325 del 30.04.2003;

- Comune di Acerra: Delibera consiliare n. 38 del 15.07.2005 e convenzione rep. n. 7990 del 14.12.2005;

- Comune di Qualiano: Delibera consiliare n. 19 del 15.05.2002 e convenzione rep. n. 1540 del 29.12.2006;

- Comune di Grumo Nevano: Delibera consiliare n. 8 del 07.03.2007 e convenzione rep. n. 761 del 18.07.2007;

- Comune di Casandrino: Delibera consiliare n. 8 del 16.03.2012 e convenzione rep. n. 505 del 29.11.2012;

- Comune di Alvignano: Delibera consiliare n. 18 del 29.07.2014 e convenzione rep. n. 2 del 26.05.2015;

- Comune di Castel Morrone: Delibera consiliare n. 11 del 6.06.2014 e convenzione rep. n. 2 del 3.06.2016. Nella nota di riscontro prot. ANAC n. 34246 del 05.05.2023 l'Amministrazione precisa di aver affidato, con le delibere consiliari nn. 3 e 4/2016, alla società concessionaria solo il servizio di supporto alla gestione, per un periodo limitato (36 mesi a far data dall'01.01.2015).

- Comune di Cancellate ed Arnone: delibera consiliare n. 4 del 25.02.2014 e convenzione rep. n. 161 del 18.06.2014. Con delibera consiliare n. 18 del 12.07.2018 veniva approvata la risoluzione della convenzione rep. n. 2/2014 e con le successive delibera giunta n. 5 del 07.01.2021 e determina n. 65 del 18.02.2021 rispettivamente si autorizzava e si provvedeva alla dismissione delle quote societarie detenute nella società Acquedotti s.c.p.a.

Si fa presente che con le richiamate convenzioni i Comuni hanno affidato in concessione il S.I.I. all'Acquedotti s.c.p.a., per la durata di 30 anni decorrenti dal primo giorno del mese successivo a quello in cui avrà luogo la consegna formale delle reti idriche e fognarie da parte del Concedente.

3. LA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO E LE CONTRODEDUZIONI DELLE PARTI

Sulla base della esposta ricostruzione, con nota prot. ANAC n. 23776 del 24.03.2023 è stato comunicato l'avvio del procedimento di vigilanza ai sensi dell'art. 10 del Regolamento di Vigilanza ANAC del 4.07.2018, ai Comuni di Orta di Atella, Acerra, Casandrino, Melito di Napoli, Grumo Nevano, Qualiano, Alvignano, Castel Morrone e Cancellone Arnone, nonché alla società concessionaria Acquedotti s.c.p.a., in qualità di controinteressata, in riferimento alle criticità relative:

- **all'affidamento originario** disposto dal comune di Orta di Atella in favore della società mista Acquedotti s.c.p.a. (convenzione rep. n. 225/2001)
- agli affidamenti successivi disposti dalle altre Amministrazioni comunali in favore dell'Acquedotti s.c.p.a., mediante acquisto di quote di partecipazione dismesse dal comune di Orta di Atella e successiva sottoscrizione di apposita convenzione.

Con le suindicate note prot. ANAC n. 30650 del 20.04.2023, n. 31577 del 24.04.2023, n. 43618 del 07.06.2023, n. 57344 del 14.07.2023, n. 31779 del 24.04.2023, n. 31965 del 26.04.2023, n. 31306 del 21.04.2023, n. 31644 del 24.04.2023 e n. 34246 del 05.05.2023 sono pervenute le controdeduzioni **rispettivamente dell'Acquedotti s.c.p.a. e dei comuni di Orta di Atella, Grumo Nevano, Acerra, Qualiano, Alvignano e Castel Morrone**, dirette a sostenere la legittimità degli affidamenti in esame e nelle quali è stato sostanzialmente dedotto quanto segue:

- Il Comune di Orta di Atella ha strutturato la gestione del S.I.I. in coerenza con i principi affermati dalla L. n. 36/1994 poi trasfusi nel D. Lgs. n. 152/2006, indicando una gara a doppio oggetto per la scelta del partner privato con cui costituire una società mista cui affidare la gestione tecnico amministrativa del servizio idrico integrato, prevedendo nel bando la possibilità di allargare la compagine pubblica, mediante la cessione da parte del Comune di quote del proprio pacchetto azionario in favore di **altri Comuni ricadenti nell'ATO 2; avuto riguardo alla data di indizione della procedura di gara in esame (2001), l'unica condizione di legittimità dell'affidamento veniva individuata nel rispetto del principio di concorrenzialità, assicurato mediante l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica – come precisato nel decreto del Consiglio di Stato n. 192 del 19.02.1998 – non essendo applicabili *ratione temporis* le pronunce giurisprudenziali richiamate nella comunicazione di avvio del procedimento prot. ANAC n. 23776/2023.**
- Lo **statuto societario dell'Acquedotti s.c.p.a., anche nella versione odierna, coinciderebbe esattamente con lo schema di statuto posto a base della gara indetta dal comune di Orta di Atella nel 2001, considerato che l'affidamento al concessionario della realizzazione degli interventi manutentivi sulla rete idrica e fognaria costituirebbe una diretta conseguenza della natura propria del S.I.I. e della normativa che ne regola l'affidamento.**
- L'Ente idrico Campano, subentrato all'Ente d'Ambito Napoli Volturno nell'esercizio delle funzioni di pianificazione e affidamento della gestione del S.I.I. ai sensi della L.R. n.15/2015 ha già definito i contenuti degli atti di pianificazione della gestione del S.I.I. dell'Ambito Distrettuale Napoli Nord e dell'Ambito Distrettuale Caserta (ossia gli ambiti territoriali in cui ricadono i Comuni serviti da Acquedotti s.c.p.a.), programmando che il gestore unico dei predetti ambiti distrettuali subentri ad Acquedotti s.c.p.a. nel 2027 e, dunque, prima delle

date di scadenza degli affidamenti disposti dai Comuni affidatari, compreso il comune di Orta di Atella (2031).

- La gestione del S.I.I. nei predetti Comuni da parte dell'Acquedotti s.c.p.a. ha ricevuto il formale riconoscimento dell'Ente d'Ambito Napoli-Volturno che, prima della sua definitiva estinzione, ha imposto alla società concessionaria di aderire all'atto di sottomissione del 22.09.2016, prot. n. 998, in attuazione della deliberazione commissariale n. 29/2016, al fine di adeguare le convenzioni di gestione intercorrenti tra l'Acquedotti s.c.p.a. e i comuni serviti ai contenuti della convenzione-tipo approvata, ai sensi del D.P.C.M. 20 luglio 2012, dall'AEEGSI (ora ARERA) con deliberazione n. 656/2015/R/IDR; inoltre, con le delibere commissariali n. 27 del 04.08.2016 e n. 29 del 14.09.2016 sono state predisposte le tariffe attuative delle deliberazioni AEEGSI n. 664/2015/R/IDR e n. 665/2017/R/IDR, recanti il metodo tariffario idrico per il periodo regolatorio 2016/2019;

Il comune di Castel Morrone ha però precisato di non aver affidato l'intero S.I.I. ma solo il servizio di supporto sulla gestione, in via transitoria, limitatamente a un periodo di 36 mesi decorrenti dall'1.01.2015, giuste delibere consiliari nn. 3 e 4/2016.

Con nota prot. ANAC n. 33703 del 03.05.2023 il comune di Casandrino ha comunicato di *"non essere, nel merito, nelle condizioni di proporre controdeduzione"* ai rilievi contenuti nella nota di comunicazione di avvio del procedimento di vigilanza prot. ANAC n. 23776/2023; con successiva nota prot. ANAC n. 41026 del 29.05.2023 il comune di Melito di Napoli si è invece limitato ad evidenziare le possibili conseguenze (contenzioso con la società concessionaria e disservizio per la popolazione) derivanti da un'eventuale rescissione del contratto in essere con l'Acquedotti s.c.p.a.

Infine, in data 29.05.2023 è pervenuto il riscontro prot. ANAC n. 40911 del comune di Cancellò ed Arnone, in cui è stato precisato che con delibera consiliare n. 18 del 12.07.2018 è stata disposta la risoluzione della convenzione rep. n. 2/2014 di concessione del servizio in esame all'Acquedotti s.c.p.a.

CONSIDERATO IN DIRITTO

4) Sulla base della esposta ricostruzione in fatto e dell'istruttoria condotta si formulano le seguenti osservazioni.

Dalla documentazione agli atti è emerso che con delibera consiliare n. 4 del 04.02.2000 il comune di Orta di Atella ha approvato la costituzione, ai sensi dell'art. 22, comma 3, lett. e), della legge n. 142 del 1990, di una società per azioni a prevalente capitale pubblico per la gestione del S.I.I., indicando nel 2001 la procedura di gara *"per l'individuazione di un partner privato che partecipi con il 49 % delle azioni ad una Società mista a maggioranza pubblica [...] per l'affidamento per anni trenta della gestione tecnico amministrativa del servizio idrico integrato comprendente la distribuzione di acqua per usi civili e produttivi e il sistema fognante del territorio di Orta di Atella"*, con possibilità di ingresso nella società (cfr. art. 2 del bando di gara) di altri Enti locali ricompresi nell'ambito ottimale n. 2 della Regione Campania, denominato "Ente d'Ambito Napoli- Volturno", mediante un corrispondente aumento del capitale sociale; procedura di gara

aggiudicata dalla società Ottogas s.r.l., che con il Comune di Orta di Atella ha costituito la società Acquedotti s.p.a. con atto rep. n. 46578/2001.

In forza della predetta clausola del bando di gara, a far data data all'anno 2002, sono stati disposti affidamenti diretti in concessione del S.I.I., in favore della società concessionaria Acquedotti s.c.p.a., dai comuni di Melito di Napoli (2002), Acerra (2005), Qualiano (2006), Grumo Nevano (2007), Casandrino (2012), Cancellone ed Arnone (2014), Alvignano (2015) e Castel Morrone (2016), mediante acquisizione di quote dismesse dal Concedente originario.

Ciò premesso, si rileva che la sussistenza dei requisiti **legittimanti sia l'affidamento originario del S.I.I. disposto nel 2001 dal Concedente originario, sia i successivi affidamenti operati nel tempo dagli altri Comuni suindicati, a far data dall'anno 2001 e sino all'anno 2016, deve essere valutata alla luce della disciplina vigente rispettivamente alla data di approvazione della delibera di indizione della procedura di gara del 2001 e delle successive delibere di acquisizione di partecipazioni del capitale sociale dell'Acquedotti s.c.p.a. e di conseguente affidamento del servizio in esame.**

A tal proposito, si rileva che il quadro normativo nazionale di riferimento in materia di regolazione del servizio idrico integrato, **vigente al tempo dell'originario affidamento disposto nel 2001 in favore dell'Acquedotti s.c.p.a. dal comune di Orta di Atella, era la legge Galli n. 36 del 1994, che agli artt. 8 e ss. individuava nei Comuni e nelle Province gli enti titolari del servizio, e nel successivo art. 9 rinviava alle forme di gestione dei servizi pubblici locali previste dalla disposizione di cui all'art. 22 della legge n. 142 del 1990 (poi confluita all'interno del D. Lgs. n. 267 del 2000, all'art. 113),** che ha introdotto nel nostro ordinamento le società a capitale misto pubblico-privato.

Con la riforma operata dal **Codice dell'Ambiente** (D. Lgs. n. 152 del 2006) - che rappresenta ancor oggi il punto di riferimento della regolazione del settore idrico (artt. 147, 149-bis e 172) - **è stata disposta una modifica radicale dell'assetto della titolarità della gestione del S.I.I. che viene attribuita ai nuovi enti di governo d'ambito territoriale ottimale (art. 147); in particolare, l'art. 149-bis, per le forme di affidamento, rinvia sostanzialmente alle forme di gestione previste dall'ordinamento europeo per la generalità dei servizi pubblici locali.**

Secondo la normativa dell'Unione europea **richiamata nella citata disposizione di cui all'art. 149-bis del Codice dell'ambiente** (oggi trasposta nel D. Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201), gli enti locali possono procedere ad affidare la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica attraverso:

- esternalizzazione a terzi mediante procedure ad evidenza pubblica secondo le disposizioni in materia di appalti e concessioni di servizi;
- società mista pubblico-privata, la cui selezione del socio privato avvenga mediante gara a doppio oggetto;
- gestione diretta da parte dell'ente locale, cosiddetta gestione "in house", purché sussistano i requisiti previsti dall'ordinamento comunitario, e vi sia il rispetto dei vincoli normativi vigenti.

In base a quanto precede, gli enti locali possono affidare la gestione dei servizi pubblici locali solo attraverso le forme di gestione suindicate, tra cui è ricompreso il ricorso a società miste. Si rileva, altresì, che il previgente Codice dei contratti pubblici, D. Lgs. n. 163 del 2006, aveva codificato all'art. 1, comma 3, il principio secondo cui la scelta del socio privato della società

mista dovesse avvenire con procedure di evidenza pubblica, individuando al successivo art. 32, comma 3, le condizioni al ricorrere delle quali la società mista non era tenuta ad applicare le disposizioni del Codice limitatamente alla **realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio** per il quale era stata specificamente costituita (scelta del socio privato nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; possesso in capo al socio privato dei requisiti di qualificazione previsti dal Codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; la società **provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo**).

La citata disposizione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 30 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dedicato alla concessione di servizi, secondo cui la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi (comma 3).

Alle luce del suesposto quadro normativo di riferimento *pro tempore* applicabile agli affidamenti in esame - **disposti (dal 2001 al 2016) prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 175 del 2016** (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) - e della giurisprudenza sviluppatasi in materia, si rileva che la **possibilità di derogare all'obbligo dell'evidenza pubblica** deve ritenersi consentita, oltre che per gli affidamenti *in house*, nelle sole ipotesi di affidamento diretto di servizi pubblici locali a società a capitale miste nelle quali il socio privato sia individuato a mezzo di procedure ad evidenza pubblica che diano garanzia del rispetto dei principi comunitari ed interni in materia di concorrenza (in linea a quanto precisato dalla Commissione Europea già nel Libro verde presentato il 30 aprile 2004).

4.1) Criticità connesse all'affidamento originario del S.I.I. disposto nel 2001 dal comune di Orta di Atella in favore della società mista Acquedotti s.c.p.a.

Con riferimento all'affidamento in esame, si evidenzia, infatti che, sebbene alla data di adozione della delibera consiliare n. 4 del 4.2.2000 (di approvazione della costituzione della società mista a prevalente capitale pubblico per la gestione del S.I.I.), mancava nell'ordinamento una specifica norma atta a disciplinare la scelta del socio nelle società miste a capitale pubblico maggioritario di cui all'art. 22, comma 3, lett. e), della legge n. 142 del 1990, la prevalente giurisprudenza aveva già affermato la necessità che la scelta del partner privato di minoranza - in quanto socio "imprenditore" chiamato a svolgere, mediante il suo apporto, parte rilevante di un pubblico servizio - fosse guidata dal **principio della trasparenza dell'azione amministrativa** e della libertà di mercato, propri del diritto interno e di quello comunitario, e, dunque, dovesse avvenire attraverso l'utilizzo di procedure ad evidenza pubblica (Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192; Id. Sez. V, 6 aprile 1998, n. 435; Id. Sez. V, 3 settembre 2001 n. 4586 in Cons. Stato, 2001, I, 1949; Id. Sez. V, 15 febbraio 2002, n. 917).

Diretta espressione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa è la determinatezza **dell'oggetto dell'affidamento** e il conseguente obbligo in capo alle stazioni appaltanti di individuare puntualmente nella documentazione di gara il servizio da affidare al soggetto aggiudicatario.

La società mista si giustifica, infatti, quale modello organizzativo prescelto dall'Ente locale per la gestione di uno "specifico" servizio pubblico per un tempo determinato.

L'indeterminatezza di un bando sulle condizioni fondamentali della costituenda società mista potrebbe, infatti, indurre potenziali concorrenti a non presentare affatto domanda di partecipazione alla selezione proprio per l'assenza di elementi imprescindibili per effettuare una corretta valutazione sulla convenienza/opportunità (o, detto altrimenti, sui costi/benefici) dell'acquisizione della qualità di soci operativi.

Orbene, nell'affidamento originario in esame, la scelta del socio privato, ancorché selezionato con gara, risulta però essere stata operata non per finalità definite, ma solo al fine della costituzione di una società "generalista", alla quale affidare l'esecuzione di servizi non ancora identificati al momento della scelta stessa.

Il bando di gara prot. gen. n. 236/2001 e lo schema di statuto allegato al bando (cfr. art. 4) non recano, infatti, alcuna puntuale indicazione delle attività da affidare alla costituenda società mista, che risulterebbe invece contenuta solo nello statuto societario approvato con la determina di aggiudicazione n. 26 del 06.07.2001, in cui risultano inserite attività (in particolare, l'affidamento di lavori: costruzione di impianti fognari, collettamento e depurazione delle acque reflue, costruzione di impianti di depurazione, di trattamento di residui solidi, costruzione di impianti e reti di distribuzione di acque per uso potabile, etc..) che non possono ritenersi ricomprese *ex se* nell'oggetto originario della procedura selettiva (cfr. art. 4 dello statuto approvato con determina n. 26/2001) limitato all'affidamento per anni trenta della "gestione tecnico amministrativa del S.I.I., comprendente la distribuzione di acqua per usi civili e produttivi e il sistema fognante del territorio di Orta di Atella"

Si aggiunge, inoltre, che la delibera consiliare n. 5 dell'8.02.2022, adottata dal Comune di Orta di Atella al fine di fronteggiare l'emergenza rifiuti nella regione Campania, contrasterebbe con l'obbligo, posto a tutela della concorrenza, in capo alla società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione, considerato che in detta delibera si prevede l'estensione dell'oggetto sociale dell'Acquedotti s.c.p.a. a settori diversi e ulteriori (come, per esempio, i rifiuti) rispetto a quello (servizio idrico integrato) posto a base di gara.

Si rileva, pertanto, un operato del comune di Orta di Atella non conforme alla normativa di settore *illo tempore* vigente (legge 5 gennaio 1994, n. 36) nell'affidamento originario disposto in favore della società mista Acquedotti s.c.p.a., considerato che nella documentazione di gara non si riscontra una chiara identificazione dei concreti ambiti operativi collegati all'acquisto della qualità di socio, nonché nell'ulteriore affidamento disposto in favore della predetta società con delibera consiliare n. 5 del 2022.

4.2.) Criticità connesse ai successivi affidamenti diretti del S.I.I. disposti, dal 2002 al 2016, dagli altri Comuni, mediante acquisizione di quote dismesse dal Comune di Orta di Atella.
Occorre preliminarmente precisare che l'intervento dell'Autorità non risulta allo stato più attuale in merito all'affidamento disposto dal Comune di Canello ed Arnone. Ciò in quanto, dall'istruttoria espletata è emerso che il Comune di Canello ed Arnone ha approvato la risoluzione della convenzione n. 141/2014 con delibera consiliare n. 18/2018 e ha autorizzato la dismissione delle quote societarie detenute nella società concessionaria con le successive delibere giuntali n. 5 e n. 65 del 2021. Pertanto, si dispone l'archiviazione del procedimento di

vigilanza ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. f), del Regolamento di Vigilanza del 20.06.2023 nei confronti del comune di Canello ed Arnone.

Ciò premesso, si evidenzia che le criticità rilevate in merito all'affidamento a monte disposto nel 2001 dal comune di Orta di Atella in favore della società Acquedotti s.c.p.a. incidono inevitabilmente anche sulla legittimità degli ulteriori e successivi affidamenti disposti dai comuni di Melito di Napoli (2002), Acerra (2005), Qualiano (2006), Grumo Nevano (2007), Casandrino (2012), Alvignano (2015) e Castel Morrone (2016) - in forza della specifica clausola del bando originario che prevedeva la possibilità di ingresso, nella compagine societaria, di altri Enti locali ricompresi nell'ambito ottimale di riferimento - tenuto conto, in particolare, **dell'evoluzione giurisprudenziale intervenuta in materia alla data degli affidamenti in esame.** A tal proposito, si evidenzia che, al fine di individuare le modalità attraverso cui procedere all'affidamento di appalti pubblici in favore di una società mista occorre distinguere l'ipotesi di *"costituzione di una società mista per una specifica missione"*, sulla base di una gara che abbia per oggetto sia la scelta del socio che l'affidamento della specifica missione, da quella in cui si intendano *"affidare ulteriori appalti ad una società mista già costituita"*.

Con riferimento alla prima ipotesi, si rileva che, a seguito di una complessa ed articolata evoluzione giurisprudenziale, tanto comunitaria (cfr. Corte giust. CE, sez. I, 11 gennaio 2005, n. C-26/03) quanto nazionale (cfr. da ultimo Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587; sez. II, 18 aprile 2007, n. 456/07), sia possibile ritenere sufficiente un'unica gara, quella per la scelta del socio privato, con la conseguente legittimità dell'affidamento diretto degli appalti operato in favore di tale società mista, a condizione però che l'individuazione del determinato servizio da svolgere sia delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214, Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C196/08, Acoset).

Di converso, nell'ipotesi in cui si debba procedere all'affidamento di appalti ulteriori e successivi rispetto all'originaria missione deve ritenersi sempre necessario il ricorso alle procedure di evidenza pubblica per la relativa aggiudicazione.

Come già precisato, infatti, la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non, pertanto, può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario.

Tale conclusione, del resto, trova conferma anche nell'orientamento espresso dalla Commissione nella Comunicazione 5 febbraio 2008 con riferimento alla materia degli appalti e delle concessioni in caso di partenariato pubblico-privato, nella quale sostanzialmente si afferma che deve ritenersi sufficiente una sola procedura di gara se la scelta del partner oggetto di preventiva gara è limitata all'affidamento della missione originaria, il che si verifica quando la scelta di quest'ultimo è accompagnata sia dalla costituzione del partenariato pubblico privato istituzionale (*id est* attraverso la costituzione di società mista), sia dall'affidamento della missione al socio operativo.

Deve quindi ritenersi non ammissibile l'affidamento, in via diretta, ad una società mista «aperta» o «generalista» dopo la sua costituzione, di un numero indeterminato di appalti o di servizi pubblici.

Ne discende che elementi indeclinabili per la legittimità di una società mista e degli affidamenti direttamente disposti a favore della medesima sono: la gara unica a doppio oggetto (per la scelta del socio e l'affidamento del servizio); socio privato con funzioni di socio operativo;

partecipazione a tempo determinato del privato alla compagine sociale; divieto di società mista "generalista" ovvero "aperta" all'affidamento di ulteriori incarichi al socio privato (cfr. deliberazione ANAC n. 46 del 13.07.2010, Cons. Stato 13 febbraio 2009, n. 824, Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 3.03.2008; Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603; Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555).

Nel caso di specie, sulla base delle considerazioni suesposte e della rappresentazione in fatto emersa, va rilevata l'illegittimità degli affidamenti disposti dai Comuni di Melito di Napoli (2002), Acerra (2005), Qualiano (2006), Grumo Nevano (2007), Casandrino (2012), Alvignano (2015) e Castel Morrone (2016), in favore della preesistente società mista Acqedotti s.c.p.a., trattandosi di affidamenti diretti in favore di una società mista preesistente intestataria di compiti indeterminati, considerato che, come detto, negli atti della gara originaria indetta nel 2001 non si riscontra una chiara identificazione dei concreti ambiti operativi collegati all'acquisto della qualità di socio.

L'affidamento diretto di ulteriori servizi/lavori alla società mista preesistente Acqedotti s.c.p.a., non appositamente costituita dal Concedente originario per una specifica attività, non costituisce, infatti, un'ipotesi contemplata dalla disciplina normativa nazionale e comunitaria vigente alla data dei disposti affidamenti e si pone, pertanto, in contrasto con i principi di libera concorrenza e di parità di trattamento tra gli operatori economici.

Si evidenzia, infatti, che nelle convenzioni stipulate dagli enti affidanti si prevede la realizzazione da parte della società concessionaria (anche attraverso finanziamenti pubblici), di un progetto generale di interventi (lavori) sul complesso degli impianti idrici e fognari, che non può certamente ritenersi compreso nell'affidamento iniziale di cui al bando prot. gen. n. 236/2001 per cui la predetta società è stata selezionata.

Si ravvisano le medesime criticità anche con riferimento all'affidamento disposto dal Comune di Castel Morrone in favore dell' Acqedotti s.c.p.a., sebbene nella nota di riscontro prot. ANAC n. 34246/2023 l'Ente abbia precisato di aver affidato alla società concessionaria il solo servizio di supporto alla gestione, per un periodo di tempo limitato (trentasei mesi), decorrente tra l'altro retroattivamente a far data dall'1.01.2015.

Dalla documentazione agli atti è, infatti, emerso che con delibera n. 3/2016 il Comune ha disposto la riformulazione dei soli artt. 4 e 16 della convenzione approvata con delibera consiliare n. 11/2014 (e mai formalmente sottoscritta dalle parti), riducendo la durata contrattuale da 30 a 3 anni e affidando "in via transitoria e comunque per un periodo non superiore a 36 mesi" i servizi individuati nel riformulato art. 16.

Con la successiva delibera n. 4/2016 l'Ente ha sostanzialmente ripristinato il testo originario dell'art. 4, e quindi la durata trentennale della convenzione, rettificando il precedente deliberato n. 3/2016.

Pertanto, la convenzione rep. n. 2/2016 poi sottoscritta dalle parti risulterebbe allo stato ancora in essere, e in contrasto con la normativa di settore, considerato che prevede all'art. 8 la realizzazione da parte della società concessionaria di un progetto generale di interventi (lavori) sul complesso degli impianti idrici e fognari, parimenti alle contestate convenzioni stipulate dagli altri Comuni soci.

4.3) Si rileva, inoltre, che l'affidamento originario in favore della società concessionaria non risulterebbe delimitato neppure temporalmente, considerato che il bando originario prevede un affidamento iniziale della durata di anni trenta (scadenza fissata nel 2031) prorogabile (cfr art. 4 della Convenzione rep. n. 225/2001) ove il Concedente non intenda assumere direttamente la gestione del servizio alla scadenza del contratto, e nelle convenzioni in esame sottoscritte con i Comuni aderenti si prevede che il *dies a quo* della durata della concessione (30 anni) decorre dal primo giorno del mese successivo a quello in cui avrà luogo la consegna formale delle reti idriche e fognarie da parte del Concedente.

La durata dell'affidamento, pertanto, alla scadenza della concessione iniziale, potrebbe essere prorogata su richiesta del Concedente (art. 4 Convenzione rep. n. 225/2001) e risulterebbe invece già, di fatto, prorogata dalle convenzioni nel tempo stipulate con i comuni aderenti, avuto riguardo alla data di scadenza del rapporto contrattuale prevista nelle convenzioni in esame.

Infine, si fa presente, con riferimento all'atto di sottomissione del 2016, cui ha aderito l'Acquedotti s.c.p.a., in attuazione della deliberazione commissariale n. 29/2016, ai fini dell'adeguamento delle convenzioni stipulate con i Comuni concedenti alla convenzione tipo approvata dall'AEEGSI con deliberazione n. 656/2015/R/IDR, che il riconoscimento da parte del Commissario dell'Ente d'Ambito Napoli-Volturno della conformità alla normativa *pro tempore* vigente delle convenzioni stipulate sino al 2016 dall'Acquedotti s.c.p.a. non vale comunque a sanare gli eventuali vizi di legittimità degli affidamenti in esame, considerato che la legittimazione ad agire della gestione commissariale era limitata agli atti di ordinaria amministrazione necessari a garantire la continuità delle funzioni assegnate dalla normativa nazionale agli Enti di governo degli ambiti territoriali ottimali, ai sensi dell'art. 21, comma 9, della legge regionale n. 15 del 2.12.2015, e non si estendeva, pertanto, agli affidamenti del S.I.I.

In base a quanto precede, appare evidente che l'assunzione da parte della predetta società di un incarico operativo per l'esecuzione di servizi indeterminati, di rilevanti importi, con possibilità di estendere l'attività nel territorio di altri Enti, e per una durata esorbitante la durata dell'affidamento originario, è discriminante in danno delle altre imprese settore che ben avrebbero potuto concorrere per l'affidamento del servizio.

Per tutto quanto esposto,

DELIBERA

Ai sensi dell'art. 12 e 22 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.07.2018, che gli affidamenti del S.I.I. disposti in favore della società mista preesistente Acquedotti s.c.p.a., *ab origine* dal Comune di Orta di Atella/Condente originario e, successivamente, dai comuni aderenti di Acerra, Casandrino, Melito di Napoli, Grumo Nevano, Qualiano, Alvignano e Castel Morrone, non risultano in linea con la normativa nazionale e comunitaria e ai principi di elaborazione giurisprudenziale in materia e si pongono, pertanto, in contrasto con i principi di libera concorrenza e di parità di trattamento tra gli operatori economici.

Si rimette, pertanto, alle stazioni appaltanti, sulla base delle criticità emerse, la valutazione di eventuali azioni a tutela dell'interesse pubblico al fine di ripristinare la gestione del servizio secondo canoni coerenti con la normativa di settore, informandone l'Autorità entro il termine di 45 giorni dalla comunicazione della presente delibera, che sarà pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 22, co. 1, del predetto Regolamento.

Si dispone che tutti i soggetti interessati, rispettivamente, la soc. Acquedotti s.c.p.a. e i Comuni di Orta di Atella, Acerra, Casandrino, Melito di Napoli, Grumo Nevano, Qualiano, Alvignano, Castel Morrone e Cancellò ed Arnone, provvedano alla pubblicazione sui propri siti istituzionali della presente delibera ai sensi dell'art. 22 co. 1 del Regolamento di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Il Segretario

Laura Mascali

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Originale firmato digitalmente