



**Al Procuratore della Corte dei Conti
per la Campania**

Via Piedigrotta 63, 80122 Napoli
campania.procura@corteconticert.it

Al Presidente dell'A.N.A.C.

Via M. Minghetti, 10 - 00187 Roma
protocollo@pec.anticorruzione.it

Al Ministro dell'Interno

Piazza del Viminale, 1 - 00184 Roma
gabinetto.ministro@pec.interno.it

Al Prefetto della Provincia di Caserta

Piazza della Prefettura, 2 - 81100 Caserta
protocollo.prefce@pec.interno.it

**Alla Autorità Garante della Concorrenza e
del Mercato**

Piazza Giuseppe Verdi 6/A – 00198 Roma
protocollo.agcm@pec.agcm.it

**p.c. Al Commissario prefettizio per la gestione
provvisoria del Comune di Orta di Atella**

Viale Francesco Petrarca, 3
81030 Orta di Atella (CE)
protocollo.ortadiatella@asmepec.it

A tutti i Comuni soci

OGGETTO: Esposto – Denuncia in ordine alla gestione del Servizio idrico integrato nel Comune di Sant’Arpino (CE) da parte della società mista “Acquedotti S.p.A.”

Il sottoscritto **NICOLA ROMANO** nato Napoli il 16/08/1984, nella qualità di cittadino del Comune di Sant’Arpino (CE), di coordinatore locale di “Forza Italia”, nonché componente del movimento politico “Alleanza Democratica per Sant’Arpino”, movimento che, in data 13.11.2018, con protocollo n. 12473 ha avanzato istanza ai sensi dell’art. 43, comma 2, del D.lgs. n. 267/2000, finalizzata all’esercizio delle funzioni di indirizzo e controllo sull’operato della maggioranza e su tutti gli atti da essa posti in essere in relazione alla gestione delle risorse idriche comunali.

Acquisita la documentazione richiesta, lo scrivente, sulla base delle verifiche istruttorie e di una compiuta disamina della normativa vigente e della giurisprudenza prevalente in materia, ha riscontrato la presenza di gravissime irregolarità in ordine all’attuale gestione del servizio idrico integrato da parte della società mista “Acquedotti S.p.A.”, disposto dapprima dal Comune di Orta di Atella, quale socio pubblico fondatore e, successivamente, da diversi Enti locali che hanno nel tempo aderito alla società, tra cui - per quanto di interesse - il Comune di Sant’Arpino, giusto contratto di concessione del 10 aprile 2019, in esecuzione della Delibera di C.C. n. 38 del 30/10/2018.

Ritenendo gravemente violato il vincolo di economicità e di congrua motivazione della decisione comunale oltre che i principi comunitari di libera concorrenza – al riguardo, evidenziandosi da subito che **il bacino di utenza attualmente servito da Acquedotti S.c.p.a. comprende ben dieci Comuni, per una popolazione pari all’incirca a 211.000 abitanti** - in considerazione della rilevanza economica e sociale del settore oggetto di indagine, si rimettono alle S.V. in indirizzo le seguenti considerazioni, atte a radicare l’immediato avvio delle iniziative di rispettiva competenza, necessarie al ripristino della legalità violata nonché a

troncare il protrarsi di ulteriori restrizioni del libero mercato, derivanti dal persistente affidamento di servizi da parte di altri Enti locali, al di fuori della evidenza pubblica.

A) Sulla illegittimità della società Acquedotti S.C.P.A.

Si premette che Acquedotti S.c.p.a. è una società mista, pubblica - privata, conseguita il 4 febbraio 2000 all'iniziativa del Comune di Orta di Atella per la gestione del servizio idrico integrato di competenza comunale.

Il socio privato, OTTOGAS s.r.l. con sede in Napoli alla Via Vespucci 9, titolare del 49% del capitale sociale, veniva selezionato dal Comune di Orta di Atella con bando di gara prot. n. 236 del 12.02.2001, avente ad oggetto *“scelta del partner privato che partecipi con il 49% delle azioni ...ad una società costituita ai sensi dell'art. 22 comma 3 lettera e, della L. 142/90...per l'affidamento per anni trenta della gestione tecnico amministrativa del servizio idrico integrato, comprendente la captazione e la distribuzione di acqua di usi civili e produttivi, il servizio fognante del territorio di Orta di Atella”*.

La durata dell'affidamento stabilita nel bando di gara *“per anni trenta”* non è stata correlata al termine della società, fissato all'art. 3 dello Statuto *“fino al 31 dicembre 2050”*.

Successivamente alla procedura di scelta del socio privato, con delibera n. 5 del 08/02/2002, il Consiglio comunale di Orta di Atella apportava le seguenti modifiche statutarie:

- l'oggetto sociale, inizialmente circoscritto alla *“gestione del servizio idrico integrato comprendente la captazione e la distribuzione di acqua di usi civili e produttivi, le fognature, gli impianti di sollevamento delle acque reflue del territorio comunale”*, veniva esteso a settori diversi da quello idrico, comprendenti la *“progettazione, la costruzione e la 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”;

- all'art. 4 veniva stabilito che la società include nel proprio oggetto sociale anche le *“costruzioni e gestioni di impianti e reti di distribuzione di acque per uso potabile, costruzione e gestione impianti e collettori fogna”;*

- l'art. 16 dello Statuto veniva così riscritto: *“La società è amministrata da un Consiglio di Amministrazione composto da 5 a 13 membri di cui la metà più uno nominati dai soci pubblici e gli altri dai soci privati...”;*

-l'art. 15 dello Statuto, tuttora in vigore, stabilisce che *“l'Assemblea ordinaria...in seconda convocazione delibera con la maggioranza dei voti, qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci”.*

Nel tempo, alla società hanno aderito nuovi soci pubblici mediante operazioni di mere dismissioni del pacchetto societario in titolarità del Comune di Orta di Atella, originariamente pari al 51%, per effetto delle quali **la Acquedotti S.c.p.a. ha potuto incrementare i servizi pubblici da essa gestiti, in assenza di qualsiasi procedura pro concorrenziale.**

L'attuale compagine sociale per la parte pubblica è costituita dal socio fondatore, Comune Orta di Atella per il 36,25%, nonché dal Comune di Acerra per il 4%, Comune di Alvignano per lo 0,42%, Comune di Canello ed Arnone per lo 0,50%, Comune di Casandrino per l'1%, Comune di Castel Morrone per lo 0,33%, Comune di Grumo Nevano per il 2%, Comune di Melito per il 3%, Comune di Qualiano per il 2%, Comune di Sant'Arpino per l'1,50%.

Come agevolmente evincibile, **l'adesione di nuovi Comuni ha determinato una consistente polverizzazione delle quote sociali in mano pubblica**, di fatto risultando la proprietà pubblica pari al 51% del capitale sociale, frazionata tra più enti locali, così come in precedenza individuati, cui fa da *pendant* **l'assenza di un effettivo coordinamento tra tutti i soci pubblici**, tenuto conto che all'art. 16

dello Statuto è stabilito che *“La società è amministrata da un Consiglio di Amministrazione composto da 5 a 9 membri di cui la metà più uno nominati dai soci pubblici e gli altri dai soci privati”* e al successivo art. 19 che i soci pubblici non rappresentati nel C.d.A. faranno parte di un Comitato Tecnico Consultivo competente ad esprimere parere consultivo obbligatorio ma non vincolante per il Consiglio, su tutte le questioni sulle quali sia stato convocato il C.d.A.

Ebbene, alla luce di quanto sin qui esposto, è evidente che l'affidamento diretto del servizio alla società mista Acquedotti s.c.p.a. sia viziato *ab origine* atteso che:

1. Il bando di gara per la scelta del socio privato è stato pubblicato dal Comune di Orta di Atella nella vigenza dell'art. 12, comma 1, della legge regionale Campania 21 maggio 1997 n. 14, in base al quale, a seguito della costituzione dell'Ente d'Ambito tutte le funzioni in materia di servizi idrici dei comuni e delle province consorziate dovevano essere esercitate dal nuovo ente, restando sottratta ai Comuni la possibilità di incidere con propria autonoma delibera sulla gestione del servizio.

Conseguentemente, nelle more della individuazione del gestore unico del servizio idrico integrato (S.I.I.) da parte dell'Ente d'Ambito, il Comune di Orta di Atella non avrebbe potuto procedere all'affidamento dell'intero servizio idrico integrato, in quanto - come evidenziato anche dalla giurisprudenza amministrativa - *“i singoli Comuni, fino all'effettivo subentro del nuovo gestore individuato dall'Ente d'Ambito, continuano ad espletare il servizio attraverso le forme di gestione preesistenti e possono appaltare all'esterno servizi già svolti da ditte esterne nonché appaltare lavori di straordinaria manutenzione di cui le reti idrica e fognaria urgentemente necessitano”* (cfr. Consiglio di Stato, n. 299/2010).

2. Fermo quanto innanzi, in ogni caso, la selezione indetta dal Comune di Orta di Atella non appare configurabile come gara a c.d. “a doppio oggetto”, presupposto legittimante l'affidamento diretto del servizio alla società mista.

L'art. 22, comma 3, della Legge n. 142/1990, trasfuso con modifiche all'art. 113 del D.lgs. n. 267/2000 stabilisce, infatti, che i Comuni possono affidare la

gestione di servizi pubblici locali *“a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche”*.

In merito all'oggetto della gara, in ambito comunitario, nel Libro Verde” della Commissione europea del 30 aprile 2004, (par. 3, punti 53 ss.), è stato precisato che *“la scelta di un partner privato destinato a svolgere tali incarichi nel quadro del funzionamento di un'impresa mista non può [...] essere basata esclusivamente sulla qualità del suo contributo in capitali o della sua esperienza, ma dovrebbe tenere conto delle caratteristiche della sua offerta – che economicamente è la più vantaggiosa – per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire”* (punto 58). Negli stessi termini, la Corte di Giustizia, ha ribadito che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma anche alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire (cfr. sentenza n. 196/08).

In ambito nazionale, anche il Consiglio di Stato ha più volte enunciato i principi e le condizioni necessarie per ricorrere alla forma della società mista, affermando che la procedura di gara deve avere un “oggetto doppio”, cioè *“che miri non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche – tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in partenariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa – allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara”* (cfr. Consiglio di Stato, Parere 18/4/2007 n. 456; Adunanza Plenaria n. 1/2008).

Il partner privato, dunque, deve essere un “socio industriale”, vale a dire un privato in grado di svolgere le prestazioni che caratterizzano l'oggetto della società mista affidataria del servizio (cfr. Consiglio di Stato, Parere n. 456/2007

del 18/04/2007; Adunanza Plenaria n. 1/2008; Sezione VI, n. 1555/2009 del 16/03/2009).

Nel caso di specie, invece, dall'esame del bando pubblicato dal Comune di Orta di Atella, si evince come la gara sia stata espletata in mancanza della specifica individuazione dei compiti operativi connessi alla gestione di specifici servizi: la procedura selettiva non ha, infatti, stabilito quale fosse il concreto ed effettivo ruolo "operativo" del socio privato, mancando la chiara delineazione dei compiti che il partner privato era chiamato a svolgere.

La omessa identificazione dei concreti compiti operativi collegati all'acquisto della qualità di socio, costituisce, quindi, vizio genetico della procedura di gara esperita dal Comune di Orta di Atella.

3. Si noti, inoltre, che l'art. 4 dello Statuto contempla nell'oggetto sociale anche le attività di *"costruzione gestioni di impianti e reti di distribuzione di acque per uso potabile, costruzione e gestione impianti e collettori fognari"*.

Specularmente, nella convenzione regolante i rapporti tra la società mista e gli Enti locali, all'art. 8 è stabilito che la società provvederà agli interventi e alle opere di potenziamento e adeguamento degli impianti idrici e fognari *"tramite il socio privato se in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente in materia di lavori pubblici"*.

Tuttavia, a ben vedere, tali prestazioni esulano dall'oggetto della procedura di gara, atteso che il bando mandato in pubblicazione dal Comune di Orta di Atella il 12.02.2001 si riferisce espressamente alla sola *"gestione del servizio idrico integrato"*, senza alcun riferimento alla gestione delle reti e degli impianti connessi.

In tal guisa, la società mista e, quindi, il privato Ottogas s.r.l., risulta abilitata ad eseguire lavori pubblici relativi alle reti e agli impianti, senza averli previamente acquisiti mediante confronto concorrenziale, in palese contrasto con l'art. 113, comma 5 ter, del D.lgs. n. 267/2000 a norma del quale *"Qualora la gara abbia avuto ad oggetto esclusivamente la gestione del servizio relativo alla rete, il*

gestore deve appaltare i lavori a terzi con le procedure ad evidenza pubblica previste dalla legislazione vigente”.

Sul punto, anche la giurisprudenza ha affermato che *“la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario”*(cfr. Consiglio di Stato sentenza n. 824/2009).

Quindi, l'affidamento diretto dei lavori relativi alle reti idriche non solo viola i principi e le disposizioni comunitarie e nazionali in materia di evidenza pubblica, ma pone il socio privato che partecipa al capitale sociale della Acquedotti S.c.p.a. in una situazione di obiettivo vantaggio rispetto alle altre imprese, che operano nel settore dei lavori pubblici in una condizione di libero mercato.

4. Inoltre, alla luce delle previsioni di cui all'art. 9 dello Statuto, secondo cui la società opera attraverso *“finanziamenti presso aziende e/o istituti di credito”*, *“contributi forniti a qualsiasi titolo da Enti pubblici o assimilati”*, *“finanziamenti concessi dai soci”*, neppure risulta che il rischio economico/operativo del servizio sia stato allocato in capo al privato Ottogas s.r.l., così come prescritto dalle medesime regole Eurostat secondo cui *«i partenariati pubblico-privati sono davvero tali, e dunque il costo di investimento può essere classificato "fuori bilancio", senza impatto solo se c'è un vero trasferimento ai concessionari privati”* dei rischi di gestione.

Il che, revoca in dubbio non soltanto la legittimità del modello organizzativo basato sulla società mista ma la sua stessa convenienza economica, posto che se i privati non rischiano nulla (o quasi), non si è al cospetto di una concessione ma, piuttosto, di un contratto di appalto con oneri a carico dell'Ente pubblico, a lungo termine sempre maggiori.

5. Acquedotti S.c.p.a. neppure appare conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza, secondo cui *“... una società a capitale misto, pubblico e privato, deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della*

concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara” (cfr. Corte di Giustizia europea nella sentenza 196/08 del 15/10/2009); ciò, in quanto, come esposto in precedenza, successivamente alla sua costituzione, la società ha incluso nel rispettivo oggetto sociale settori di operatività diversi ed ulteriori (gas, rifiuti, parcheggi, trasporti – cfr art. 4 Statuto, come integrato dalla successiva delibera di Consiglio del Comune di Orta di Atella n. 5 del 08/02/2002) rispetto a quella oggetto del bando di gara (!!??).

Pertanto, *“in presenza di una società avente un oggetto plurimo e variegato dal punto di vista qualitativo, non può affermarsi che la scelta con gara del socio effettuata “a monte” della costituzione della società garantisca gli stessi effetti di una pubblica gara da svolgersi con riferimento al singolo servizio”* (cfr. C.G.A., n. 589/2006).

6. Per ciò che concerne la determinazione temporale del servizio affidato alla società mista, il Consiglio di Stato, sulla scorta di quanto già puntualizzato in sede di Adunanza Plenaria, ha precisato che *“le amministrazioni dovranno, fin dalla predisposizione degli atti della gara per la scelta del socio privato, porsi il problema di come consentire **alla scadenza del contratto** l’eventuale svolgimento di una nuova gara per la scelta di un nuovo socio. Non è sufficiente delimitare temporalmente l’affidamento ma è necessario prevedere un obbligo di cessione della quota del socio privato a condizioni predeterminate all’eventuale nuovo socio, individuato sempre con gara”* (Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214).

Nel caso di specie, invece, non soltanto il bando di gara pubblicato dal Comune di Orta di Atella non contiene alcuna indicazione in ordine alle modalità di esecuzione dell’obbligo di dismissione della partecipazione/riscatto delle quote di pertinenza del socio operativo una volta decorso il termine di permanenza all’interno della società, ma all’art. 4 dello schema di convenzione è finanche stabilito che *“Ove alla scadenza del contratto il Concedente non intenda assumere*

direttamente la gestione del servizio, la Società su richiesta del Concedente ... dovrà proseguire la gestione”.

7. Peraltro, in palese violazione del principio diritto enunciato dal Consiglio di Stato, in adunanza plenaria, nella sentenza n. 1/2008, secondo cui la durata della partecipazione privata deve coincidere con la durata dell'affidamento posto a base di gara, dovendo, pertanto, disporsi un rinnovo della procedura di selezione *“alla scadenza del periodo di affidamento”*, evitando così che il socio divenga *“socio stabile”* della società mista, l'art. 4 dei contratti di concessione sottoposti alla sottoscrizione con gli Enti locali partecipanti, prevede che *“la concessione è convenuta per la durata di trenta anni ...”* dalla *“consegna formale delle reti idriche e fognarie da parte del Concedente”*.

In tal modo, risulta **ulteriormente aggirata la regola della “durata determinata” del servizio posto a gara**, in quanto, attraverso siffatto meccanismo, l'operatore economico privato diviene di fatto un **“socio stabile”**, con la ulteriore conseguenza stesso servizio resta sottratto al libero mercato per un periodo di tempo di volta in volta prolungato per ulteriori 30 anni, a far data dalla sottoscrizione della singola convenzione con gli Enti locali successivamente aderenti alla società.

In altri termini, la durata iniziale dell'affidamento in favore della società mista stabilita negli atti di gara del Comune di Orta di Atella in *“trenta anni”*, finisce con l'essere tacitamente prorogata per un periodo di gran lunga superiore a quello massimo di 30 anni.

8. Del tutto illegittimamente, inoltre, l'affidamento dei servizi da parte degli Enti locali diversi dal socio pubblico promotore, Comune di Orta di Atella, è stata realizzata mediante operazioni societarie di cessione del capitale pubblico laddove invece, nella ipotesi di affidamento ad una società mista già costituita, si rispande la regola della evidenza pubblica.

Sul punto, lo stesso giudice comunitario chiamato a pronunciarsi in ordine ad una procedura di infrazione, ha avuto occasione di puntualizzare che **le norme**

comunitarie in materia di appalti pubblici vanno applicate ogniqualvolta “un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere, con un'entità giuridicamente distinta, un contratto a titolo oneroso, indipendentemente dal fatto che tale entità sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno”.

(cfr. Sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, punti 50 e 51).

Pertanto, qualora l'amministrazione “*intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50 **con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate***” (cfr. Corte di giustizia UE, 11 gennaio 2005, C-26/03; Id., 18 dicembre 2007, n. C-357/06).

Nel caso di specie, dunque, sebbene Acquedotti Scpa sia stata costituita per poter eseguire in via diretta il solo servizio oggetto della procedura di gara indetta nel lontano 2001, vale a dire, “*il servizio idrico integrato...del territorio di Orta di Atella*”, in conseguenza dell'ingresso di nuovi soci pubblici, la società, e quindi, **il privato Ottogas s.r.l.**, si trova a gestire **nuovi contratti pubblici, per un bacino di utenza a tutt'oggi pari a circa 211.000 abitanti, senza averli ottenuti a seguito di confronto concorrenziale, o meglio mediante una legittima procedura di gara ad evidenza pubblica.**

Discende, pertanto, che, per effetto di tale *modus procedendi*, **il socio privato ha goduto e potrebbe ancora godere di ulteriori affidamenti diretti dei servizi idrici comunali**, non accompagnati da alcuna procedura ad evidenza pubblica, con conseguente effetto di chiusura del mercato ad altre imprese del settore.

9. Il socio privato, in ogni caso, non risulta in possesso del Know how adeguato rispetto ai servizi ulteriormente conseguiti, dal momento che i requisiti di partecipazione alla gara *illo tempore* indetta dal Comune di Orta di Atella sono stati **commisurati al solo ambito territoriale del Comune aggiudicatario** (cfr. requisito relativo ai servizi analoghi in Comuni con popolazione non

inferiore a 20.000 abitanti, di cui un servizio di punta in favore di 12.000 abitanti e requisito di capacità finanziaria pari a 5 miliardi di lire).

Il che, ne determina la assoluta inidoneità professionale e finanziaria alla gestione di tutte le prestazioni ulteriormente acquisite, anche in applicazione dell'orientamento espresso in ambito comunitario e nazionale secondo cui è necessario che il socio privato possenga e dimostri una determinata capacità finanziaria e tecnico-gestionale correlata alla esecuzione delle prestazioni specifiche da fornire (cfr. Consiglio di Stato, Parere n. 456/2007 del 18/04/2007; Adunanza Plenaria n. 1/2008; Sezione VI, n. 1555/2009 del 16/03/2009; Commissione U.E., Libro Verde 30.04.2004).

10. Non appare, inoltre, configurabile un effettivo controllo maggioritario da parte degli Enti locali, in quanto la partecipazione pubblica pari al 51% è notevolmente frammentata e ciò, non assicura ai soci pubblici il controllo congiunto.

Nel caso di specie, infatti, come illustrato nelle premesse in fatto, nessun Ente locale detiene *uti singulis* la maggioranza del capitale, atteso che lo stesso Comune di Orta

di Atella risulta proprietario del solo 36,25% a fronte della accentuata polverizzazione delle ulteriori partecipazioni pubbliche per entità minime, tra cui spicca quella del Comune di Alvignano per lo 0,42%, del Comune di Canello ed Arnone per lo 0,50%, del Comune di Casandrino per l'1%, Comune di Castel Morrone per lo 0,33%, e dello stesso Comune di Sant'Arpino per l'1,50%.

Le adesioni di altri Enti locali determineranno una sempre maggiore polverizzazione delle azioni in mano pubblica, così pregiudicando l'effettiva partecipazione del socio pubblico alle decisioni strategiche della società, anche in considerazione della inesistenza, nel caso di specie, di previsioni statutarie o di patti parasociali, atti a garantire l'effettivo esercizio di un voto unitario prevalente su quello del socio privato, quantomeno per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche.

Peraltro, anche aderendo al criterio fondato sulla determinazione dei diritti di voto in assemblea ordinaria, non appare garantito il requisito del “controllo pubblico congiunto, in quanto l’art. 15 dello Statuto societario stabilisce che *“In seconda convocazione, da effettuarsi entro 30 giorni dalla prima, l’assemblea ordinaria delibera a maggioranza qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci intervenuti”*

Quindi, anche lo specifico assetto societario mal si concilia con il modulo gestorio in esame, essendo l’affidamento diretto alle società miste consentito nella misura in cui la partecipazione del socio privato non sia in grado di inquinare il controllo della pubblica amministrazione sulla società e, *maxime*, sullo svolgimento del servizio (cfr. Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005 Stadt - Halle).

Il quadro delineato si aggrava ulteriormente alla luce dei patti parasociali vigenti tra i soci pubblici non componenti il Consiglio di Amministrazione: a tali Enti locali – tra i quali rientra il Comune di Sant’Arpino, resta, infatti, garantita la sola partecipazione ad un “Comitato Tecnico” cui *“va attribuito **parere consultivo**, obbligatorio, ma **non vincolante** per il Consiglio, su tutte le questioni sulle quali sia stato convocato il C.d.A. ed il relativo parere va trasmesso, preventivamente alle riunioni del C.d.A., al Presidente del medesimo, perché possa tenerne conto ai fini delle proprie decisioni”*.

Il che, dunque, non garantisce a tutti i Comuni di influire concretamente sul governo societario.

B) Sulla illegittimità della scelta del Comune di Sant’Arpino di aderire alla società Acquedotti S.c.p.a.

In data 30 ottobre 2018, con Delibera di C.C. n. 38 il Comune di Sant’Arpino ha disposto la *“Adesione alla società Acquedotti S.C.P.A. – affidamento servizio - approvazione schema di convenzione e regolamento fornitura”*.

Detta operazione – analogamente a quella posta in essere dagli altri otto soci pubblici che lo hanno preceduto - ha avuto luogo mediante acquisto dal Comune di Orta di Atella di numero 1.500 azioni, per complessivi € 1.500,00.

Ebbene, la decisione assunta dall'Ente comunale desta, in primo luogo, perplessità ai sensi del combinato disposto dell'art. 149 bis del T.U. sull'ambiente e della Legge regionale n. 15/2015, in quanto se è vero che alla data di emanazione della delibera di C.C. n. 38 del 30 ottobre 2018 l'Ente Idrico Campano non aveva (e non ha, tuttora) individuato il soggetto gestore del Servizio idrico integrato, è altrettanto vero, però, che in tale fase transitoria l'Ente locale sarebbe stato competente ad affidare al più singoli segmenti di attività ma non l'intera gestione del servizio idrico integrato.

Peraltro, non soltanto la sopracitata giurisprudenza in materia di tutela della concorrenza ma anche e soprattutto la impossibilità di esercitare una influenza dominante sulla società avrebbero certamente precluso al Comune di Sant'Arpino la possibilità di affidare direttamente il servizio in favore della società mista Acquedotti S.c.p.A.

La esiguità della quota di partecipazione al capitale sociale pari ad appena l'1,50% unitamente alla circostanza altrettanto dirimente per cui il Comune di Sant'Arpino rientra gli Enti locali ai quali, come innanzi accennato, è garantita la sola presenza all'interno del Comitato Tecnico con funzioni consultive non vincolanti per il Consiglio di Amministrazione, privano l'Ente affidatario del potere di controllo ed influenza sulla società, presupposto necessario per procedere ad un affidamento diretto.

Fermo quanto innanzi, il contenuto della Delibera del C.C. va, comunque, scrutinato con riferimento alle disposizioni vigenti alla data della sua adozione e, quindi, alla luce della normativa sopravvenuta di cui al **Testo Unico approvato con D.lgs. n. 175/2016**, avente *“a oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta”* (art. 1).

Nell'ambito del suddetto Testo Unico, la disciplina delle società miste è contenuta all'art. 17, con il quale sono stati sostanzialmente recepiti i sopra esaminati

principi giurisprudenziali enunciati in materia, laddove è stabilito che: “1. *Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata, la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica ... e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione **oggetto esclusivo dell'attività della società mista.***

2. *Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. ... Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura...*

3. ***La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione.** Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio...*”.

L'art. 19, al comma 2, dispone che “*Le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001*”.

A norma del combinato disposto degli articoli 5, 7 e 8 del Tusp, è stabilito, inoltre, che “***L'atto deliberativo** di costituzione di una società a partecipazione pubblica,*

*anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni...in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. 2. L'atto deliberativo di cui al comma 1 dà atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. **Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate.** 3. L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato...”.*

Completa il quadro normativo di riferimento, l'art. 20, rubricato “Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche”, che al comma 1, così statuisce: “. ... le amministrazioni pubbliche **effettuano annualmente, con proprio provvedimento, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ricorrano i presupposti di cui al comma 2, un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione. ...”.**

Ebbene, nel caso in esame, alla luce delle disposizioni normative vigenti alla data di adozione della Delibera comunale emerge, in primo luogo, l'insanabile vizio di motivazione puntuale da cui è affetta la decisione adottata dal Comune di Sant'Arpino, non potendo ritenersi sufficiente, ai sensi dell'art. 5 del Testo unico, l'apodittico ed astratto richiamo alla necessità di evitare che “i relativi costi possano gravare impropriamente sul bilancio comunale” né la generica

considerazione secondo cui *“l’adesione a tale società da parte di questa Amministrazione consentirà di ottimizzare il servizio, conseguendo anche vantaggi di ordine economico, liberandosi di tutti i costi gestionali che verranno affrontati dalla società consortile al necessario perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente per escludere tali società da qualunque intervento di razionalizzazione o di contenimento dei costi di funzionamento”*.

Ai fini dell’assolvimento degli obblighi motivazionali imposti *ex lege*, il Consiglio comunale di Sant’Arpino avrebbe, invece, dovuto dispiegare una accorta **valutazione comparativa** dei costi e dei benefici, comprensivi degli investimenti e dei relativi finanziamenti, correlati alla scelta di affidare il servizio ad una società mista piuttosto che al libero mercato .

Nello specifico, sarebbe stato doveroso predisporre uno studio ed un’analisi tecnico – contabile, recante l’analitico raffronto dei costi/utilità che sarebbero derivati al Comune, anche alla luce della situazione economico finanziaria della Acquedotti s.c.p.a. sotto il profilo del fatturato, dei costi della produzione, del risultato di esercizio, dei costi del personale e dell’ammontare dei debiti e dei crediti che, risultano, invece, del tutto tralasciati o meglio assolutamente non considerati dall’Ente comunale di Sant’Arpino.

Con particolare riguardo ai costi del personale, si evidenzia, inoltre, che la doverosità di una motivazione puntuale in ordine alla contrazione di spesa derivante dalla suddetta modalità organizzativa, discende dall’art. 6-bis del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall’art. 4, co. 2, lett. b), d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, a norma del quale *“Le pubbliche amministrazioni ... sono autorizzati, nel rispetto dei principi di concorrenza e di trasparenza, ad acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione e di adottare le necessarie misure in materia di personale”*, a tal fine demandando ai collegi dei revisori dei conti la vigilanza sulla sua concreta attuazione.

Nel caso di specie, invece, il Comune di Sant'Arpino ha non soltanto omesso qualsivoglia prognosi di razionalizzazione della spesa correlata al personale, ma neppure si è avveduto che il reclutamento del personale viene effettuato dalla Acquedotti s.c.p.a. in violazione dell'art. 19, comma 2, del TUSP, non risultando affatto che i n. 39 addetti siano stati assunti *“nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”*.

Di qui, la manifesta illegittimità dell'indirizzo politico – amministrativo espresso dal Consiglio Comunale di Sant'Arpino, concretando i benefici per la collettività promananti dalla forma di gestione prescelta, un vuoto simulacro.

La Delibera, inoltre, neppure dà atto delle *“forme di consultazione pubblica”* eventualmente disposte prima della sua adozione, ai sensi dell'art. 5 del TUSP, in tal modo configurandosi la scelta intrapresa dal Comune alla stregua di un atto d'autorità, nell'interesse di chi e di cosa?

All'uopo, si evidenzia infatti che il rinvio effettuato dal Sindaco nel corpo della suddetta Delibera n. 38/2018 alle *“assemblee pubbliche organizzate”*, non può certamente ritenersi formalità equipollente alle *“consultazioni”* imposte dalla legge, postulando quest'ultime una partecipazione attiva dei cittadini al contraddittorio con l'Ente e concretando, invece, le *“assemblee”* cittadine una mera esposizione unilaterale della decisione intrapresa dall'Ente.

Chiaramente fuori sesto, si palesa poi l'assunto del Sindaco del Comune di Sant'Arpino, il quale, pur condividendo *“le contestazioni avanzate sulla durata trentennale”*, ha cionondimeno ritenuto che *“la durata trentennale potrebbe rappresentare anche un vantaggio per il comune, in quanto, conferendo più forza contrattuale alla società Acquedotti potrebbe determinare che la stessa diventi gestore unico dell'Ente Idrico con evidenti ricadute positive sui comuni soci”*.

Nei suoi rilievi l'Autorità sindacale tralascia, infatti, di considerare che, ai sensi dell'art. 149 bis del T.U. sull'ambiente, al di fuori della ipotesi di *“società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento*

europeo per la gestione in house”, anche l’Ente Idrico Campano non potrà prescindere dalla applicazione dei principi dell’evidenza pubblica restando, per l’effetto smentita *ab imis* la eventualità di un affidamento diretto alla Acquedotti S.c.p.a. della gestione del SII.

Ma v’è di più.

La tesi prospettata dal Sindaco di Sant’Arpino, è ulteriormente confutata dal fatto che, come stabilito nel bando di gara pubblicato dal Comune di Orta di Atella in data 12/02/2001, Acquedotti S.c.p.a. opera quale gestore del Servizio Idrico Integrato (SII) nel territorio dell’allora vigente Ambito Territoriale Ottimale denominato “Napoli – Volturno” ed istituito ai sensi della L.R.C. n. 36/1994.

Tale ambito, tuttavia, non risulta confermato nella sua delimitazione geografica ai sensi della successiva Legge Regionale 2 dicembre 2015, n. 15 che, all’art. 6, ha chiaramente tenuto distinto l’*Ambito distrettuale Caserta, comprendente tutti i Comuni della provincia di Caserta*”, tra cui quello di Sant’Arpino, dall’ *“Ambito distrettuale Napoli, comprendente trentadue Comuni della Città metropolitana di Napoli”*.

Dal che, discende, dunque, che diversamente da quanto opinato con la Delibera di C.C. in esame, la società mista Acquedotti S.c.p.A. subirà, invero, un consistente dissolvimento della propria *“forza contrattuale”*, tenuto conto che la metà dei Comuni attualmente serviti (Acerra, Grumo Nevano, Qualiano, Casandrino e Melito) verranno inclusi in un ambito distrettuale differente.

Inoltre, colgono nel segno le rimostranze palesate da alcuni consiglieri di minoranza in sede di discussione del deliberando, in ordine alla eccessiva durata dell’affidamento trentennale del servizio: la mancata correlazione della società mista alla durata dell’affidamento posto a suo tempo a base di gara dal Comune di Orta di Atella, costituisce, infatti, ulteriore profilo di illegittimità della scelta assunta dal Comune di Sant’Arpino, ai sensi del sopra trascritto art. 17, comma 3, del TUSP che, testualmente, dispone *“La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere*

superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio”.

Nel caso di specie, invece, l’adesione (anche) del Comune di Sant’Arpino ha determinato una indebita estensione dell’affidamento diretto del servizio idrico integrato ad Acquedotti S.c.p.a. e, dunque, della durata dell’originario contratto per la quale la stessa veniva costituita.

E ancora, la scelta espressa dall’Ente comunale si palesa viziata anche sotto il profilo istruttorio, fondandosi sull’erroneo convincimento che *“la società Acquedotti S.c.p.A. opera nel settore esclusivo del ciclo integrato delle acque”.*

Ed infatti, qualora il Consiglio Comunale avesse esaminato *funditus* l’attività sociale e lo Statuto della Acquedotti S.c.p.A. ne avrebbe certamente rilevato la inesistenza dei presupposti di legalità di cui all’art. 17, comma 1, del TUSP ai sensi del quale *“...l'affidamento del contratto di appalto o di concessione **oggetto esclusivo dell'attività della società mista**”*, con conseguente obbligo di astensione dal deliberare la adesione ad un organismo avente come scopo sociale l’esercizio di *multi utilities* (gas, rifiuti, parcheggi, trasporti - cfr. visura camerale e statuto), peraltro assunte al di fuori di ogni logica concorrenziale.

Parimenti, neppure risulta rilevato dal Consiglio comunale che, in violazione dell’art. 17, comma 2, del TUSP, il socio privato Ottogas s.r.l. non possiede affatto *“i requisiti di qualificazione”* necessari per le prestazioni da eseguirsi, in quanto – come accennato in precedenza - lo stesso è stato selezionato con riferimento al solo bacino di utenza del *“territorio comunale di Orta di Atella”*, nel 2001 pari a circa 13.000 residenti, laddove invece alla data dell’affidamento deliberato dal Comune di Sant’Arpino (30 ottobre 2018), la società mista e, dunque, il socio privato, svolgeva il servizio in favore di una popolazione pari a più di 200.000 abitanti.

Suscita, inoltre, non poche perplessità **la clausola convenzionale sottoscritta dal Comune di Sant’Arpino con l’art. 9 del contratto di concessione, al punto in**

cui è stabilito che, per le opere di allacciamento alla rete idrica “*la Società chiederà al richiedente un contributo forfettario a fondo perduto*”. Tutto ciò è assurdo-

In tal modo, l’utente finisce con l’essere gravato di un costo di gestione ulteriore rispetto alla tariffa che, invece, ai sensi dell’art. 154, comma 1, del T.U. sull’ambiente ha natura omnicomprensiva di corrispettivo per il “*servizio fornito, le opere e gli adeguamenti necessari ... i costi di gestione delle opere ...*”.

Dalla documentazione acquisita in sede di accesso agli atti, non risulta, infine, riscontrato l’avvenuto assolvimento da parte del Comune di Sant’Arpino degli oneri di revisione periodica, con cadenza annuale, della rispettiva partecipazione alla società Acquedotti s.c.p.a., secondo quanto disposto al sopra citato art. 20 del TUSP.

Allo stesso tempo, non è stata rinvenuta traccia alcuna della attività di monitoraggio condotta dal Comune di Sant’Arpino in ordine alla dinamica retributiva dei dipendenti della società di cui ha acquisito partecipazioni, così come stabilito dall’art. 147-quater, d.lgs. n. 267/2000.

Il che, lascia supporre che, anche il periodo successivo alla sua partecipazione alla compagine societaria, nessuna relazione in ordine ai risultati conseguiti dalla gestione del servizio da parte di Acquedotti s.c.p.a., sia mai stata condotta dagli organi comunali, restando per l’effetto tuttora sconosciuto e non altrimenti conoscibile l’effettivo raggiungimento degli obiettivi di risparmio e di contenimento della spesa pubblica derivanti dal modulo organizzativo prescelto.

In conclusione, lo scrivente ritiene che la società mista Acquedotti S.c.p.a. e i successivi affidamenti diretti posti in essere dai vari enti locali aderenti – tra cui, il Comune di Sant’Arpino – non siano conformi alle disposizioni normative e alla giurisprudenza prevalente in materia.

Le Autorità in indirizzo, nell’esercizio dei rispettivi poteri di vigilanza nei confronti delle società partecipate da pubbliche amministrazioni, sono sollecitate

ad intervenire con somma urgenza per il corretto ripristino della concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche al fine di evitare la sottoposizione dello Stato italiano ad una procedura infrazione comunitaria per violazione dei principi del Trattato.

La Procura contabile presso la Corte dei Conti è invitata a condurre approfondimenti istruttori in ordine alla reale convenienza economica del modulo gestorio prescelto dal Comune di Sant'Arpino.

Si evidenzia, inoltre, che deliberazioni identiche sono già state di recente sottoposte al vaglio del Sindacato Ispettivo presso il Senato della Repubblica: con Atto n. 4-04892 del 17 febbraio 2021 è stata, infatti, denunciata la deliberazione del Consiglio comunale di Marano di Napoli n. 148 del 29 dicembre 2020, in base al rilievo che *“l'operazione di adesione alla società sembra avere un evidente carattere elusivo della normativa dell'evidenza pubblica”*.

Sant'Arpino, 02.06.2021

Con osservanza

NICOLA ROMANO