

N. 05080/2014REG.PROV.COLL.

N. 05609/2014 REG.RIC.

N. 05610/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 5609 del 2014, proposto dalle s.p.a. Amat e Iren Acqua Gas, quest'ultima in proprio e in qualità di socio della Amat, entrambe rappresentate e difese dagli avvocati Daniela Anselmi, Giulio Bertone e Mario Sanino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli n. 180;

contro

La Provincia di Imperia, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Farnetani, con domicilio eletto presso il signor Damiano Pallottino in Roma, piazza dei Caprettari n. 70;

nei confronti di

Rivieracqua società consortile per azioni, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Pafundi e Corrado Mauceri, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, viale Giulio Cesare n. 14a/4;

Comune di Imperia, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Sanino e Luigino Montarsolo, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, viale Parioli 180;
Comune di Bordighera, Amaie s.p.a., Se.Com. s.p.a., non costituiti nel secondo grado del giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 5610 del 2014, proposto dalle s.p.a. Aiga e Iren Acqua Gas, quest'ultima in proprio e in qualità di socio della Aiga, entrambe rappresentate e difese dagli avvocati Daniela Anselmi, Giulio Bertone e Mario Sanino, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, viale Parioli n. 180;

contro

La Provincia di Imperia, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Farnetani, con domicilio eletto presso il signor Damiano Pallottino in Roma, piazza dei Caprettari n. 70;

nei confronti di

Rivieracqua società consortile per azioni, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Pafundi e Corrado Mauceri, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, viale Giulio Cesare 14a/4;
Comune di Bordighera, Amaie s.p.a., Se.Com s.p.a., non costituiti nel secondo grado del giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 5609 del 2014:

della sentenza del T.A.R. LIGURIA, SEZIONE II, n. 737/2014;

quanto al ricorso n. 5610 del 2014:

della sentenza del T.A.R. LIGURIA, SEZIONE II, n. 738/2014;

entrambe concernenti l'accertamento della sussistenza del diritto alla prosecuzione della gestione del servizio idrico integrato fino alla scadenza fissata e

l'impugnazione dell'affidamento del medesimo servizio da parte della Provincia di Imperia alla società consortile per azioni Rivieracqua;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Imperia, di Rivieracqua società consortile per azioni e del Comune di Imperia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 agosto 2014 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Anselmi, Bertone, Sanino, Farnetani, Pafundi e Montarsolo;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Le s.p.a. Aiga e Amat, affidatarie del servizio idrico integrato rispettivamente per i Comuni di Ventimiglia e Imperia, nonché la loro partecipante Iren Acqua e Gas s.p.a. (in posizione minoritaria rispetto agli enti pubblici affidanti), proponevano separate impugnative davanti al TAR Liguria contro gli atti con cui la Provincia di Imperia (e prima di questa la ora soppressa Autorità d'ambito territoriale ottimale) aveva affidato il servizio ad un gestore unico a livello di ambito territoriale, coincidente con il territorio provinciale, alla società consortile per azioni Rivieracqua, appositamente costituita allo scopo, disponendo contestualmente la cessazione degli affidamenti su base comunale in corso di esecuzione.

2. Entrambe le impugnative, articolate in rispettivi ricorsi e successivi motivi aggiunti, e corredate da domande di accertamento del diritto delle ricorrenti a proseguire il servizio sino alla scadenza naturale, nonché dell'avvenuta scadenza dell'affidamento in favore della controinteressata al 31 dicembre 2013 per

violazione delle norme europee sull'affidamento di servizi pubblici, sono state dichiarate in parte inammissibili ed in parte sono state rigettate nel merito dal TAR adito con le sentenze in epigrafe.

3. Le medesime società ricorrenti hanno quindi proposto separati appelli, ai quali resistono la Provincia di Imperia e Rivieracqua.

4. Aderisce invece all'appello proposto da Amat e Iren Acqua e Gas il Comune di Imperia.

DIRITTO

1. Preliminarmente il Collegio ritiene di disporre la riunione degli appelli per ragioni di connessione oggettiva ai sensi dell'art. 70 cod. proc. amm., trattandosi di impugnazioni dirette entrambe a conseguire l'annullamento dei medesimi provvedimenti amministrativi.

2. Sempre in via preliminare, deve darsi atto che l'appello n. 5610 del 2014 di Aiga ed Iren Acqua e Gas avverso la sentenza n. 738/2014 del TAR Liguria non è stata notificato al Comune di Ventimiglia, evocato invece dalle stesse società nel giudizio di primo grado.

Nondimeno, quest'ultimo ente non può essere ritenuto come parte avente <<*interesse a contraddire*>> ai sensi dell'art. 95 cod. proc. amm., espressione che recepisce i principi affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in ordine alle parti necessarie del giudizio d'appello (per i quali si rimanda alla decisione dell'Adunanza plenaria 24 marzo 2004, n. 7).

Infatti, pacificamente l'amministrazione civica ora citata non è innanzitutto l'autorità emanante gli atti impugnati nel presente giudizio. In secondo luogo, il Comune di Ventimiglia non può nemmeno essere considerato come parte pubblica legittimata passiva rispetto alla domanda di accertamento del diritto alla prosecuzione dell'affidamento azionata dalla Aiga, considerato che di quest'ultimo il Comune è invece l'autorità affidante, che mai risulta avere contestato la pretesa

della propria affidataria alla continuazione del servizio fino alla sua scadenza naturale.

Inoltre, tanto meno la stessa amministrazione comunale può ritenersi controinteressata rispetto agli atti impugnati, non avendo tratto da essi alcuna utilità materiale, diversamente dalla società consortile Riveracqua.

Esclusa dunque la qualità di amministrazione resistente e di controinteressato, nel presente contenzioso può invece essere alternativamente riconosciuta al Comune di Ventimiglia la veste di cointeressato, laddove l'affidamento a livello d'ambito a favore della Rivieracqua sia ritenuto lesivo delle sue prerogative in materia di affidamento del servizio idrico integrato, o, in virtù della partecipazione maggioritaria al capitale di quest'ultima, la titolarità di una posizione riflessa rispetto alla Aiga, fonte quindi di legittimazione per un intervento *ad adiuvandum* (come del resto fatto palese dalle deduzioni svolte a sostegno dell'istanza cautelare, in cui si paventano i pregiudizi economici discendenti dalla necessità di dovere liquidare il proprio socio privato Iren Acqua Gas).

La notazione ora svolta è confermata dal fatto che nell'altro appello, vale a dire quello proposto da Amat e Iren Acqua Gas avverso la sentenza n. 737/2014, il Comune di Imperia, che rispetto a questa impugnazione si trova in posizione speculare rispetto al Comune di Ventimiglia nei confronti di quella sopra esaminata (e che diversamente da quest'ultimo si è costituito nel giudizio di primo grado), lungi dal resistere all'appello della propria affidataria, aderisce allo stesso.

Pertanto, essendo pacifico che il cointeressato al ricorso non è parte necessaria del giudizio di impugnazione (in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, VI, 3 marzo 2014, n. 961), ed *a fortiori* non lo è il soggetto titolare di una posizione riflessa legittimante l'intervento ex art. 28 cod. proc. amm. nel giudizio di primo grado, il presente grado d'appello può essere definito ai sensi dell'art. 60 del medesimo codice, come da avviso dato ai difensori comparsi alla camera di consiglio fissata

per la trattazione dell'istanza di sospensione dell'esecutività delle sentenze appellate, sussistendo il requisito della <<completezza del contraddittorio>>previsto dalla disposizione processuale da ultimo richiamata.

3. Può dunque passarsi al merito dei due appelli riuniti, contenenti motivi di identico contenuto e dunque esaminabili congiuntamente.

Con un primo gruppo di censure, le odierne appellanti si dolgono della mancata applicazione delle norme di salvaguardia degli affidamenti a suo tempo disposti in loro favore (motivo I).

Con un secondo gruppo di censure, le medesime appellanti contestano innanzitutto la dichiarazione di inammissibilità parziale dell'impugnativa contro gli atti di affidamento in via diretta del servizio a livello di ambito in favore di Riveracqua, e quindi, nel merito di tale scelta gestionale, reiterano l'assunto dell'insussistenza dei presupposti del c.d. *in house providing* (rispettivamente, motivi II e III).

4. Ciò precisato, il Collegio reputa fondate solo le critiche rivolte dalle appellanti alle dichiarazioni di inammissibilità parziale delle impugnative; non invece quelle concernenti il merito della presente vicenda contenziosa. Gli appelli devono quindi essere respinti, con conseguente conferma delle sentenze impugnate, ancorché con le precisazioni che di seguito saranno svolte.

5. Le dichiarazioni di inammissibilità emesse dal giudice di primo grado sono in effetti supportate da ragioni non chiaramente esternate dal giudice di primo grado ed in ogni caso non condivisibili.

Il TAR Liguria ha infatti affermato che, innanzitutto, l'interesse sotteso alle impugnazioni proposte nel presente giudizio sarebbe limitato alla parte direttamente concernente (la prosecuzione de)gli affidamenti delle due ricorrenti e non già l'organizzazione del servizio a livello di ambito, sul rilievo che <<in alcuna

parte degli atti difensivi delle ricorrenti si desume la loro volontà di divenire il soggetto affidatario del s.i.i. nella provincia di Imperia>>.

In secondo luogo, il Tribunale regionale ha rilevato che le impugnazioni in questione non sarebbero state estese agli *<<atti iniziali che indussero alla costituzione dell'Aato ed alla formalizzazione della necessità di un unico gestore per ciascun ambito>>*, senza tuttavia specificare quali siano gli atti in questione.

6. In ogni caso, quanto alla prima statuizione, deve premettersi che Rivieracqua Aiga ed Amat sono senz'altro legittimati ad impugnare gli atti di affidamento del servizio idrico integrato a livello di ambito territoriale e ad ottenerne l'integrale annullamento.

Questa legittimazione discende infatti dalla loro qualità gestori uscenti del medesimo servizio, e dunque dalla qualità di operatori del settore rispetto ad un affidamento asseritamente contrastante *<<con il principio essenziale della concorrenza>>* (Ad. plen. 7 aprile 2011, n. 4, § 39).

Il fatto poi che l'affidamento contestato dalle società ricorrenti concerna un ambito territoriale non coincidente con quello nel quale viene svolto servizio loro affidato non inficia in alcun modo l'interesse di queste a conseguire l'integrale caducazione del primo. In mancanza della pronuncia demolitoria da esse invocata, infatti, la pretesa alla prosecuzione degli affidamenti disposti in loro favore, qui fatto valere, è destinata ad essere definitivamente pregiudicata, visto che nell'ambito territoriale ottimale sono compresi anche i Comuni per i quali le medesime società hanno fino ad ora svolto lo stesso servizio.

7. Quanto alla seconda statuizione, deve affermarsi che l'interesse di Aiga ed Amat ad agire nel presente giudizio ha assunto quei requisiti di concretezza ed attualità richiesti ai sensi dell'art. 100 cod. proc. civ. solo allorché la (ora soppressa) Autorità d'ambito territoriale ottimale per la gestione del servizio idrico integrato della Provincia di Imperia ha deliberato in via definitiva la non sussistenza per tutte

le società operanti nell'ambito del diritto di proseguire nelle gestioni del servizio idrico integrato in essere ed ha quindi affidato in via diretta il servizio alla Rivieracqua per tutto l'ambito ottimale.

Tali decisioni sono state assunte, rispettivamente, con le delibere dell'assemblea d'ambito nn. 27 e 29 del 13 novembre 2012.

In precedenza, il medesimo organo aveva provveduto alla costituzione della Rivieracqua ed approvato il relativo statuto (rispettivamente, delibere nn. 21 e 22 del 16 ottobre 2012), mentre con delibera n. 24, sempre del 16 ottobre 2012, aveva comunicato ai gestori del servizio idrico uscenti, ai sensi dell'art. 10-*bis* l. n. 241/1990, la sussistenza dei motivi ostativi alla prosecuzione dei loro affidamenti.

Ebbene, le impugnative di primo grado sono state proposte con ricorsi entrambi notificati l'8 novembre 2012, diretti all'annullamento di questo secondo gruppo di delibere e sono dunque da ritenersi certamente tempestive, oltre che proposte quando nessuna definitiva lesione degli interessi azionati poteva ritenersi verificata. Come sopra accennato, infatti, solo con le delibere nn. 27 e 29 del 13 novembre successivo, la scelta gestionale qui avversata, ed in precedenza meramente prefigurata dall'autorità d'ambito con le delibere nn. 51 del 20 luglio 2007 e 21 del 22 dicembre 2011, si è attuata in determinazioni amministrative direttamente incidenti sulla sfera giuridica dei precedenti gestori.

8. Passando al merito, occorre innanzitutto precisare che il TAR ha seguito un corretto ordine logico di esame delle censure, affrontando dapprima la questione della perdurante efficacia degli affidamenti delle due odierne appellanti in virtù delle norme dalle stesse invocate. L'accoglimento di questi motivi priverebbe infatti del necessario presupposto logico-giuridico l'affidamento contestualmente disposto a livello di ambito a favore della Rivieracqua, determinandone l'invalidità in via derivata.

Tuttavia – come sopra accennato – non solo l'ordine di esame dei motivi ma anche la decisione finale di merito resa dal TAR è corretta ed immune dalle critiche contenute nei motivi degli appelli riuniti rubricati ai numeri I, perché deve escludersi che, tanto in virtù della normativa di settore quanto di quella generale sui servizi pubblici locali, Aiga ed Amat possano vantare un diritto a proseguire nella gestione del servizio idrico integrato loro rispettivamente affidato dai Comuni di Ventimiglia e di Imperia.

9. Al riguardo, occorre muovere dalla legge fondamentale in materia e cioè la n. 36 del 1994 (“Disposizioni in materia di risorse idriche”, nota anche come “legge Galli”). Questa ha fissato il principio fondamentale per cui il servizio idrico integrato - costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue [art. 4, comma 1, lett. f)] - deve essere organizzato *<<a livello di ambiti territoriali ottimali>>*, in modo da riprodurre sul piano amministrativo l'unità fisica del bacino idrografico o di bacini idrografici contigui, ed al fine di realizzare gli obiettivi consistenti nel *<<superamento della frammentazione delle gestioni>>* e nel *<<conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e sulla base delle ripartizioni politico-amministrative>>* (art. 8, comma 1). A questo scopo, la legge aveva demandato alle Regioni la delimitazione degli ambiti territoriali (art. 8, comma 2), assegnando ai Comuni ed alle Province in essi inseriti il compito di organizzare il servizio nei rispetto dei principi sopra ricordati *<<al fine di garantirne la gestione secondo criteri di efficienza, di efficacia e di economicità>>*(art. 9, comma 1), ivi prevedendosi, tra l'altro, la stipula della convenzione ai sensi dell'art. 24 dell'allora vigente ordinamento degli enti locali di cui alla l n. 142/1990 (art. 9, comma 3). La legge n. 36/1994 ammetteva tuttavia una gestione coordinata mediante una pluralità di soggetti, purché rispondente ai criteri ora richiamati ed a condizione che venisse individuato *<<il soggetto che svolge il*

compito di coordinamento del servizio ed adottano ogni altra misura di organizzazione e di integrazione delle funzioni fra la pluralità di soggetti gestori>>. (art. 9, comma 4). Infine, al successivo art. 10 era riservata una specifica regolamentazione delle gestioni esistenti alla data di entrata in vigore della legge. Quest'ultima disposizione prevedeva che i relativi soggetti pubblici affidatari o i beni e gli impianti impiegati nel servizio dai concessionari privati del medesimo, rispettivamente confluissero o fossero trasferiti (nel ed) al nuovo affidatario a livello di ambito ottimale, con effetto dal momento della riorganizzazione del servizio così disposta, nel primo caso, e alla scadenza delle concessioni nella seconda ipotesi (commi 1 – 4).

Muovendosi nella direzione tracciata dalla “legge Galli”, il testo unico dell'ambiente di cui al d.lgs. n. 152/2006 ha istituzionalizzato l'ambito territoriale, preponendo ad esso una autorità (art. 148, con scelta poi superata dal d.l. n. 2/2010, “Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni”, conv. con l. n. 42/2010, che ne ha disposto la soppressione), alla quale è stato attribuito il potere di deliberare in ordine alla forma di gestione del servizio nel rispetto <<del principio di unitarietà della gestione per ciascun ambito>> e <<mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie>> (art. 150, commi 1 e 2).

Inoltre, come la legge n. 36 del 1994, anche il decreto legislativo n. 152 del 2006 dell'ambiente ha previsto un'apposita disciplina per le gestioni esistenti, attribuendo alle autorità d'ambito il compito di <<disporre i nuovi affidamenti>>, in vista della scadenza fissata dall'allora vigente <<comma 15-bis dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267>> (art. 172, comma 2).

Dal canto suo, la disposizione del testo unico degli enti locali richiamata, introdotta dal d.l. n. 269/2003 (“Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici”, conv. con l. n. 326/2003), aveva fissato per le concessioni del servizio idrico integrato la scadenza del 31 dicembre 2007, escludendo tuttavia da tale previsione, per quanto di interesse nel presente

giudizio, quelle <<*affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza*>>, nonché, in virtù di modifica introdotta dalla legge finanziaria per il 2004 (n. 350 del 2003), le concessioni affidate a società quotate in borsa o a loro partecipate.

10. Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, gli atti impugnati nel presente giudizio si muovono incontestabilmente nella direzione tracciata dalla normativa primaria statale, ancorché con notevole ritardo rispetto ai tempi da quest'ultima previsti.

Se infatti deve riconoscersi che è vero quanto le società appellanti deducono sul punto, e cioè che l'unitarietà della gestione del servizio idrico a livello di ambito non presuppone necessariamente l'unicità del gestore (come tra l'altro chiarito dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n. 246 del 24 luglio 2009, § 12.5.2.), è altrettanto indiscutibile che la riorganizzazione dello stesso a livello di ambito territoriale ottimale costituisce una scelta coerente con gli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità e di superamento della frammentazione delle gestioni esistenti fissati dalla legislazione sopra esaminata, che, invece, la continuazione delle gestioni a livello di singolo Comune compreso nell'ambito perpetuerebbe.

Né induce a ritenere in senso contrario il disposto dell'art. 10, comma 7, l. n. 36/1994, invocato dalle appellanti. Questa norma regola l'ipotesi residuale in cui i Comuni <<*siano titolari di servizi di cui all'articolo 4, comma 1, lettera f)*>>, vale a dire in cui alcune delle attività, tra quelle facenti parte del servizio idrico integrato a mente della disposizione richiamata, sopra elencate, siano rimaste nella titolarità di singoli enti pubblici (tra i quali, oltre ai Comuni, anche le Province e le Regioni).

Senonché, stante la carenza di allegazioni da parte delle società odierne appellanti sul punto, non vi è prova che questa ipotesi ricorra nel caso di specie. Per contro, risulta che alla soppressa Autorità d'ambito imperiese, costituita per l'intero

territorio della Provincia di Imperia in applicazione della l. reg. n. 39/2008, era stato attribuito il servizio idrico integrato per il corrispondente ambito ottimale (art. 2 della legge ora citata).

11. Inoltre, diversamente da quanto assumono le appellanti, la salvaguardia disposta ai sensi dell'art. 113, comma 15-*bis*, t.u.e.l. non è applicabile in loro favore. Ciò per la decisiva considerazione che le procedure di selezione del socio industriale privato di Aiga ed Amat sono state indette dai Comuni di Ventimiglia e Imperia in epoca successiva al 2 ottobre 2003, data di entrata in vigore del sopra citato d.l. n. 269/2003, e precisamente nel 2005 per la prima e nel 2004 per la seconda.

Pertanto, non sussistono nel caso di specie i presupposti per l'applicabilità della norma di salvaguardia in esame, perché al momento della sua entrata in vigore non risultava perfezionata la fattispecie in essa prevista.

Né le medesime appellanti possono beneficiare del perfezionamento della fattispecie normativa *a posteriori*. L'assunto, infatti, priva la norma in questione delle sue caratteristiche di disposizione transitoria, frutto del bilanciamento tra l'obiettivo primario della riorganizzazione del servizio idrico integrato per ambiti ottimali, da un lato, e la tutela del legittimo affidamento alla prosecuzione delle concessioni in essere al momento della sua entrata in vigore da parte dei relativi concessionari dall'altro lato, finendo invece per assumere (per il tempo in cui è rimasta in vigore) le caratteristiche di norma "a regime".

Con ciò si determinerebbe dunque uno svuotamento degli obiettivi di efficiente allocazione del servizio sottesi alla istituzione degli ambiti territoriali ottimali, consentendo alle singole amministrazioni comunali – in contrasto con la chiara determinazione del legislatore - di procrastinare a loro piacimento la situazione di frammentazione che la normativa di settore ha inteso superare. Inoltre, verrebbe dilatata l'ipotesi derogatoria di salvaguardia degli affidamenti preesistenti prevista

dalla disciplina generale sui servizi pubblici locali, la quale va invece circoscritta alle gestioni esistenti al momento della sua introduzione nell'ordinamento giuridico.

11. Tanto meno è applicabile l'altra fattispecie di salvaguardia prevista dall'art. 113, comma 15-*bis*, e cioè quella disposta in favore di società affidatarie quotate in borsa, trattandosi di qualità che non fa capo né ad Aiga né ad Amat, ma alla loro partecipante Iren Acqua Gas.

E' quindi evidente che quest'ultima non è l'affidataria del servizio ai sensi della disposizione in esame, come invece le prime due società, ma socia delle stesse.

12. Non giova inoltre alle appellanti il richiamo al regime transitorio introdotto dall'ora abrogato art. 23-*bis* l. n. 133 del 2008, di conversione del d.l. n. 112/2008 ("Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria"), per gli affidamenti in favore di società miste il cui socio sia stato selezionato con procedura ad evidenza pubblica [più precisamente, ai sensi del comma 8, lett. c), introdotto dal d.l. n. 135/2009 ("Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee")]. Tale salvezza, con ragionamento *a contrario* rispetto alla scadenza al 31 dicembre 2011 per gli affidamenti a società miste non conformi alle norme europee fissata dal comma 8, lett. c), viene invocata dalle appellanti fino alla scadenza naturale degli affidamenti in favore di Aiga ed Amat, in quanto società miste il cui socio privato è stato selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica.

Rispetto alla norma in questione si atteggia tuttavia a speciale quella, già esaminata, contenuta nell'art. 113, comma 15-*bis*, d.lgs. n. 267/2000, in virtù del suo riferimento particolare al servizio idrico integrato e del fatto di essere recettivamente richiamato dall'art. 172, comma 2, del decreto legislativo n. 152 del 2006.

Ad ulteriore conferma di tale specialità, deve essere evidenziato che, nella sua versione originaria, prima cioè delle modifiche introdotte dal citato d.l. n. 135/2009, il comma 8 dell'art. 23-*bis* era espressamente riferito alle <<*concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica*>>, ivi prevedendosi per queste una scadenza al 31 dicembre 2010. Con la novella del 2009, per contro, è stata introdotta una disciplina transitoria generale per gli affidamenti non conformi, evidentemente suscettibile di essere derogata da disposizioni contenute in discipline di settore relative al singolo servizio pubblico, tanto più se maggiormente coerenti con i principi comunitari che il d.l. 135/2009 ha inteso attuare per tutti i servizi pubblici locali.

Conseguentemente, nel conflitto apparente con quella successiva, avente ad oggetto la stessa materia, deve essere data prevalenza a quella del t.u.e.l., nonché al citato art. 172, comma 2, t.u. ambiente, il quale è finalizzato non solo ad attuare i principi di concorrenzialità di matrice europea ma anche quelli specifici di origine interna relativi al servizio idrico integrato, vale a dire di efficacia, efficienza ed economicità e di superamento della situazione di frammentazione degli affidamenti, attraverso l'allocazione dello stesso a livello di ambito territoriale ottimale. Conseguentemente, deve escludersi che, una volta accertata l'insussistenza dei presupposti ai sensi di quest'ultima disposizione, la salvaguardia dell'efficacia possa essere in qualche modo recuperata in virtù della norma successiva.

Né l'applicabilità delle disposizioni contenute nell'art. 23-*bis* può essere sostenuta sotto altri profili, ed in particolare in forza della prevalenza sancita al comma 1 sulle discipline di settore incompatibili. Tale prevalenza concerne infatti i casi in cui queste ultime si pongano in contrasto con i principi di concorsualità nell'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica di origine europea, che la disposizione in esame ha inteso affermare sul piano interno. Ebbene, come

sopra accennato, un simile contrasto non è certo ravvisabile in relazione alle norme sul servizio idrico integrato finora richiamate, atteso che nell'ambito di queste ultime viene operato un richiamo proprio ai principi dell'evidenza pubblica comunitaria per la selezione del gestore del servizio idrico (art. 150, comma 2, d.lgs. n. 152/2006). Pertanto, è a queste ultime norme che deve essere attribuita prevalenza rispetto a quelle generali contenute nell'art. 23-*bis*.

Del pari non è applicabile la clausola di salvezza contenuta nel comma 12 del medesimo art. 23-*bis*. Questa è infatti relativa alle <<*procedure di affidamento già avviate*>> alla data di entrata in vigore della l. n. 133/2008, ma non già agli affidamenti in essere e quindi, trattandosi di una ulteriore ipotesi derogatoria rispetto a quella del comma 8, lett. c), la stessa deve essere applicata in senso rigorosamente letterale, come visto sopra a proposito dell'art. 113, comma 15-*bis*, t.u.e.l.

13. Infine, il diritto alla prosecuzione del servizio invocato nel presente giudizio non può essere ricavato, sempre con ragionamento *a contrario*, dalla normativa in materia di servizi pubblici locali introdotta dal d.l. n. 179/2012 (conv. con l. n. 221/2012, "recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese"), ed in particolare dalla salvezza sino al 31 dicembre 2013 per gli affidamenti <<*non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea*>>, ai sensi dell'art. 34, comma 21 (indicato erroneamente dalle appellanti come comma 20).

Anche nei rapporti tra quest'ultimo intervento normativo e l'art. 113, comma 15-*bis*, d.lgs. n. 267/2000 si riproduce infatti il rapporto di specialità visto in sede di esame dell'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008, per cui è sufficiente richiamare le considerazioni poc'anzi svolte.

Peraltro, l'art. 34, comma 21, in esame ha un oggetto ed una finalità ben precisi, consistenti nel completo adeguamento degli affidamenti dei servizi pubblici locali, preesistenti e successivi all'entrata in vigore del d.l. n. 179/2012, alla normativa

europea, il tutto come evincibile dalla lettura combinata con il precedente comma 20 ed il successivo comma 22.

Per contro, nella presente vicenda contenziosa l'Autorità d'ambito imperiese e la Provincia di Imperia ad essa subentrata non hanno inteso conformarsi al diritto europeo dei servizi pubblici, ma hanno attuato la riorganizzazione dello specifico servizio idrico integrato per singolo ambito territoriale. L'iniziativa qui contestata trae quindi origine dai vincoli normativi di carattere interno relativi al servizio idrico integrato, poc'anzi visti, di efficiente allocazione del servizio idrico integrato, rispondenti a finalità ulteriori e non in contrasto con quelle perseguite in ambito sovranazionale.

14. Concludendo sul punto, tutte le censure concernenti la cessazione anticipata degli affidamenti in favore delle due odierne appellanti devono essere respinte.

15. Può pertanto passarsi ad esaminare le doglianze riguardanti l'affidamento diretto del servizio alla Rivieracqua, contenute nei motivi rubricati ai nn. III degli appelli riuniti.

Come sopra osservato, rispetto a tali censure Aiga ed Amat vantano un interesse al relativo esame nel merito, anche una volta accertata la perdita della loro qualità di gestori uscenti (per ambiti territoriali più limitati), giacché la conferma della legittimità del primo determinerebbe la definitiva lesione del bene della vita alla cui conservazione sono preordinate le impugnative e le domande di accertamento dalle stesse proposte nel presente giudizio.

Tanto precisato, le due predette società sostengono che sarebbero mancanti i presupposti dell'*in house providing* con riguardo ai meccanismi di *governance* della società consortile controinteressata: innanzitutto in considerazione del fatto che non tutti i Comuni dell'ambito imperiese partecipano al capitale sociale di questa; ed in secondo luogo per via della posizione dominante ricoperta all'interno della medesima da Amaie s.p.a. e Se.com. s.p.a. - società a loro volta affidatarie del

servizio idrico per i Comuni di Sanremo la prima e Taggia e gli altri Comuni della Valle Argentina la seconda - in ragione della loro partecipazione, rispettivamente del 52 e 27 per cento del capitale di Rivieraacqua (laddove il restante 21% risulta suddiviso tra solo alcuni dei 67 Comuni dell'ambito provinciale di Imperia), ed anch'esse non qualificabili come società *in house* a dire delle appellanti. A conforto dell'assunto della mancanza del requisito del controllo analogo da parte degli enti pubblici affidanti, queste ultime soggiungono che lo statuto della società controinteressata è stato più volte modificato, senza che tali interventi modificativi siano stati approvati dall'Autorità d'ambito, ed inoltre che Amaie e Se.com., oltre a continuare a gestire i servizi originariamente loro affidati, grazie alla loro partecipazione maggioritaria in Rivieraacqua avrebbero esteso la loro operatività a tutto l'ambito territoriale imperiese.

In base a queste premesse, negli appelli riuniti viene reiterata la domanda di accertamento dell'avvenuta scadenza al 31 dicembre 2013 dell'affidamento in favore della controinteressata, ai sensi della sopra esaminata norma contenuta nell'art. 34, comma 21, d.l. n. 179/2012.

16. Il Collegio osserva preliminarmente che il motivo ora sintetizzato non è generico, come invece eccepito dalla Provincia di Imperia.

Occorre infatti ricordare che, secondo quanto stabilito dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza n. 10 del 3 giugno 2011, l'onere di specificità dei motivi di appello previsto dall'art. 101, comma 1, cod. proc. amm. deve essere <<parametrato e vagliato alla luce del grado di specificità della sentenza contestata>> (§ 18.3), dovendo in altri termini essere graduato in relazione alla analiticità della motivazione con cui il giudice di primo grado ha respinto le censure riproposte nel giudizio d'appello.

Ebbene, detto onere risulta nel caso di specie essere adempiuto dalle società appellanti, dato che il TAR Liguria si è limitato a statuire che Rivieraacqua <<ha una

struttura di governo che si conforma a quella che la giurisprudenza della corte di Giustizia ha delineato come compatibile con il modello di soggetto abilitato all'attività nota come in house providing e che le due società costituite dai comuni di Sanremo e Taggia sono già cessate come operatori nel settore idrico>>, senza ulteriori specificazioni, mentre, come visto sopra, le censure contenute nei motivi in esame si sostanziano in plurimi argomenti in base ai quali le caratteristiche dell'*in house providing* non sarebbero in ipotesi configurabili nella struttura organizzativa e nei meccanismi di governo societario della Rivieracqua.

17. Le censure delle appellanti sono tuttavia efficacemente confutate nel merito dalla Provincia di Imperia, mediante le prove documentali da questa offerte nel presente giudizio.

Da tali documenti risulta in particolare che, ad oggi, 61 Comuni sui 67 inclusi nell'ambito territoriale hanno aderito alla convenzione stipulata in data 28 novembre 2012 da 17 di tali Comuni ai sensi dell'art. 30 t.u.e.l. (già art. 24 l. n. 142/1990, indicato dall'art. 9, comma 3, l. n. 36/1994 come strumento tipico di coordinamento per la gestione unitaria del servizio a livello di ambito ottimale, come visto sopra), e volta a conseguire l'esercizio congiunto del controllo analogo sull'affidataria, affinché siano pertanto rispettati i principi sull'*in house providing*.

Ciò nell'ambito di un processo di superamento delle gestioni esistenti e di compiuta realizzazione della riorganizzazione del servizio a livello di ambito ottimale inevitabilmente graduale, perché comportante l'adesione di più enti pubblici e l'unificazione delle dotazioni di mezzi e strutture fino ad ora suddivise in più gestioni a base comunale o sovracomunale. Tale adesione, poi, è consentita a tutti gli enti locali compresi nell'ambito territoriale imperiese in modo progressivo, secondo il paradigma dei contratti plurilaterali ex art. 1332 cod. civ., cui è informata la convenzione per il controllo congiunto di Rivieracqua.

18. Non vi è poi dubbio alcuno sull'autenticità degli atti di adesione dei Comuni imperiesi prodotti, che invece le appellanti pongono in discussione per il fatto che alcune sottoscrizioni dei sindaci o loro delegati firmatari sono illeggibili. La prova dell'avvenuta adesione è infatti ricavabile *aliunde*, in base alle altre produzioni documentali della Provincia appellata, ed in particolare dagli inviti formulati dalla medesima amministrazione provinciale ai Comuni a ratificare le adesioni alla convenzione già espresse (doc. Q allegato alla memoria costitutiva della Provincia nel presente giudizio).

19. Quanto ai contenuti di detta convenzione, la stessa, al fine di assicurare il sopra accennato esercizio congiunto del controllo analogo da parte di tutti gli enti pubblici inseriti nell'ambito ottimale, introduce una forma di consultazione consistente in *<<una conferenza tra i Sindaci dei Comuni o loro delegati ed il Presidente della Provincia di Imperia o suo delegato, disciplinata dall'art. 14 e segg. L. n. 241/1990>>*(art. 2), ed un peso partecipativo in tale organismo fissato in misura capitaria, e cioè *<<in ragione di un voto per ciascun Ente a prescindere dall'entità della popolazione residente nel territorio di ciascun Comune, e perciò a prescindere dalla quota di partecipazione all'AATO e dalla partecipazione azionaria in Rivieracqua scpa>>* (art. 5). Inoltre, sempre con riguardo alle modalità di funzionamento della conferenza dei sindaci e del presidente della Provincia, si dispone che la stessa sia convocata *<<prima di ogni assemblea ordinaria o straordinaria di Rivieracqua scpa, al fine di concordare preliminarmente il voto da esprimere in tali sedi per l'esercizio delle competenze stabilite dagli artt. 20 e 20 bis dello Statuto, ed al fine di permettere l'esercizio dei diritti delle minoranze previsti dallo stesso Statuto>>* (art. 3).

A loro volta, i richiamati artt. 20 e 20-bis dello statuto di Rivieracqua, rispettivamente, attribuiscono all'assemblea della società consortile il potere di determinare *<<gli indirizzi cui il Consiglio di Amministrazione dovrà attenersi nella gestione della società>>* ed individuano la tipologia di *<<atti degli amministratori, anche ai fini*

dell'esercizio del controllo analogo previsto dalla normativa comunitaria>>, tra i quali vengono in particolare in rilievo, per il loro carattere strategico nello svolgimento del servizio idrico integrato, le *<<tariffe e prezzi dei servizi erogati>>*.

A completamento delle previsioni statutarie ora viste, l'art. 22 prevede che gli amministratori della società consortile possono essere revocati nel caso in cui si discostino dagli indirizzi fissati dall'assemblea.

In aggiunta a tutto ciò, nell'ambito dell'organizzazione societaria della Rivieracqua all'organo assembleare è affiancato un ulteriore consesso in cui gli enti pubblici compresi nell'ambito territoriale possono esprimere il loro controllo sulla gestione del servizio idrico. Questo consiste nel comitato tecnico previsto dall'art. 29 dello statuto, avente funzione consultiva obbligatoria nei confronti dell'organo amministrativo, e composto in modo da assicurare una equilibrata rappresentanza dei Comuni compresi nell'ambito territoriale imperiese, anche quelli di minore consistenza demografica.

Ulteriori previsioni statutarie rilevanti ai fini del presente giudizio sono quelle che circoscrivono l'oggetto sociale della Rivieracqua all'esercizio del servizio idrico integrato nell'ambito imperiese ed escludono l'ingresso nel capitale sociale di privato (artt. 4, 5 e 7).

20. Le norme convenzionali e statutarie esaminate consentono dunque di ritenere sussistenti, innanzitutto, il requisito della prevalenza dell'attività in favore degli enti pubblici partecipanti, che peraltro le appellanti non contestano, ed inoltre l'ulteriore requisito del 'controllo analogo' a quello esercitato sui propri servizi, nella peculiare forma del controllo congiunto da parte di più amministrazioni partecipanti.

Con specifico riguardo a quest'ultimo aspetto, dallo statuto di Rivieracqua emerge in particolare che, in deroga alle norme civilistiche sul funzionamento delle società per azioni, ed in conformità ai principi stabiliti dalla Corte di giustizia UE

(sentenza 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, § 65), gli enti pubblici partecipanti sono posti nelle condizioni di svolgere nei confronti degli amministratori un controllo strategico e sui singoli atti di gestione societaria.

Risultano quindi riprodotte le caratteristiche del controllo di tipo organico che costituisce l'essenza del fenomeno dell'*in house*, tale da privare di rilievo l'alterità soggettiva tra autorità pubbliche partecipanti ed ente societario partecipato (cfr., in termini, la sentenza di questa Sezione 26 agosto 2009, n. 5082).

Il controllo endosocietario ora descritto è a sua volta posto a valle di quello svolto dai medesimi enti dall'esterno della società affidataria, attraverso la forma di consultazione obbligatoria prevista dalla convenzione ex art. 30 d.lgs. n. 267/2000, in virtù della quale tutti i Comuni imperiesi e la Provincia partecipano congiuntamente alla gestione dell'affidataria, mediante un voto paritario nella conferenza che deve essere convocata prima di ogni assemblea dei soci della Rivieracqua.

Sotto questo profilo, quindi, è da escludersi che ricorra l'ipotesi prevista dalla Corte di Giustizia UE come elusiva dell'ipotesi del "controllo analogo congiunto", e cioè quella in cui anche una sola amministrazione abbia acquisito nella società *in house* <<una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità>> (sentenza 29 novembre 2012, *Econord*, C-182/11 e 183/11, § 31).

21. Alla luce delle pattuizioni contenute nella suddetta convenzione ex art. 30 t.u.e.l., diviene dunque priva di rilievo decisivo la circostanza che non tutti i Comuni compresi nell'ambito territoriale imperiese partecipano attualmente al capitale sociale di Rivieracqua.

Il controllo analogo congiunto, infatti, è in ogni caso assicurato dall'esterno della società, attraverso la conferenza dei sindaci e del presidente della Provincia

prevista dalla convenzione, alla quale tutti gli enti pubblici sono ammessi ad aderire.

22. Per le medesime considerazioni, si rivela non decisiva anche l'ulteriore circostanza data dalla partecipazione nella società controinteressata di Amaie e Se.com.

Infatti, queste ultime sono a loro volta interamente partecipate dai Comuni in allora affidanti il medesimo servizio idrico integrato (rispettivamente Sanremo la prima e Taggia e gli altri Comuni della Valle Argentina la seconda, come visto sopra), e dunque da considerarsi, anche in assenza di specifici elementi contrari da parte delle odierne appellanti, *in house* rispetto alle amministrazioni ora menzionate, tanto più alla luce delle modifiche statutarie riferite e comprovate dalla Provincia di Imperia, in virtù delle quali viene esclusa la cedibilità a privati delle azioni relative alle due società in questione.

Le modifiche statutarie ora riferite si pongono peraltro nell'ottica di attuare le previsioni contenute nella delibera dell'autorità d'ambito n. 29 del 13 novembre 2012, in cui si richiede in modo specifico che, nell'ipotesi in cui Rivieracqua eserciti la facoltà di avvalersi di Amaie e Se.com. per svolgere il servizio idrico integrato nei Comuni in precedenza serviti da queste ultime, anche nei confronti delle stesse <<*sussistano i presupposti per la gestione in house*>>.

Alla stregua delle descritte risultanze probatorie, il presupposto del controllo analogo risulta quindi integrato mediante una partecipazione indiretta in Rivieracqua delle amministrazioni comunale comprese nell'ambito territoriale imperiese.

In ogni caso, come risulta dalle ulteriori deduzioni e dalle produzioni documentali della Provincia di Imperia, in particolare dalla convocazione dell'assemblea dei soci del 29 luglio 2014 per deliberare sulla proposta di aumento del capitale sociale in conseguenza della progressiva adesione dei Comuni facenti parte dell'ambito alla

più volte ricordata convenzione ex art. 30 t.u.e.l., la contestata partecipazione di Amaie e Se.com. in Rivieracqua si profila come meramente provvisoria e destinata a perdere di peso nell'ambito del graduale processo di complessiva riorganizzazione del servizio idrico integrato a livello di ambito, cui si è fatto cenno in precedenza.

23. Come sopra osservato, le appellanti si dolgono inoltre del fatto che alcune modifiche statutarie di Rivieracqua non siano state sottoposte all'approvazione dell'autorità d'ambito e, inoltre, che il TAR abbia disatteso la censura, statuendo che ciò è comunque conforme alle norme sul funzionamento delle società di capitali stabilite nel codice civile, senza a loro avviso tenere conto che proprio il rispetto di queste ultime denoterebbe l'assenza delle caratteristiche del controllo strutturale proprio dell'*in house*.

La censura va tuttavia respinta per genericità, non essendo precisate quali siano le delibere in questione, ed in ogni caso non è fondata nel merito: in primo luogo perché, come rilevato finora, il controllo analogo su Rivieracqua è nel caso di specie rimesso ai meccanismi di consultazione previsti dalla convenzione ex art. 30 t.u.e.l.; ed in secondo luogo perché eventuali violazioni dei meccanismi predisposti al fine di assicurare il controllo analogo in forma congiunta non costituiscono di per sé, in mancanza (anche in questo caso) di ulteriori prove dalla parte interessata a negare tale requisito, la prova dell'insussistenza dei requisiti dell'*in house providing*.

24. Per concludere l'esame delle censure svolte negli appelli qui riuniti, risulta smentito anche l'assunto secondo cui Rivieracqua costituirebbe lo strumento attraverso il quale Amaie e Se.com. avrebbero acquisito la gestione del servizio idrico integrato a livello di ambito territoriale ottimale.

Infatti, con la delibera n. 29 del 13 novembre 2012 poc'anzi citata l'Autorità d'ambito ha disposto la formale cessazione dei precedenti affidanti, prevedendo tuttavia che la Rivieracqua, alla quale è stato contestualmente affidato il servizio a

livello di ambito territoriale, possa avvalersi delle medesime società (come inoltre previsto dall'art. 5 dello statuto della controinteressata), nell'ambito di rapporti consortili con queste ultime (per i quali la Provincia di Imperia ha predisposto il relativo schema di regolamentazione: nota di prot. n. 8665 del 21 febbraio 2014; doc. F allegato alla memoria costitutiva nel presente giudizio).

La Provincia appellata ha inoltre provato che Rivieracqua ha cominciato a svolgere in proprio il servizio per alcuni Comuni, in particolare Vallecrosia e Diano Marina, ai sensi di rispettive delibere giuntali (prodotte dall'amministrazione appellata sub G delle produzioni documentali allegata alla memoria di parte appellata), ed ha avviato le necessarie iniziative per estendere lo stesso ad altri Comuni (come risulta dai documenti sub. M, P ed R).

Risulta in tal modo corroborato l'assunto dell'amministrazione resistente secondo cui la prosecuzione del servizio da parte di Amaie e Se.com. per i rispettivi territori avviene allo stato in via meramente transitoria, nell'attesa che sia compiutamente realizzata la riorganizzazione del servizio per ambito territoriale, con la necessaria integrazione delle infrastrutture e dei mezzi necessari allo svolgimento dello stesso a livello unitario in precedenza ripartiti fra plurimi affidamenti per ambiti territoriali più ristretti.

25. Per tutte le considerazioni finora svolte, gli appelli devono quindi essere respinti, ma le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate, per la rilevante complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li respinge entrambi.

Compensa le spese del presente grado di giudizio tra tutte le parti in causa.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 agosto 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/10/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)