



PARERE

Richiesta dell'Ufficio d'Ambito di Sondrio (prot. C_C816 - - 1 - 2021-08-10 – 0001545)

Contesto normativo di riferimento

- A. *In sintesi, ai sensi di quanto sotto, le attività proprie dell'EGA (la Provincia di Sondrio), tra le quali rientra espressamente quella del controllo della gestione, sono esercitate dall'Ufficio d'Ambito, ove la partecipazione degli enti locali viene recuperata attraverso lo strumento della Conferenza dei Comuni.*

In base all'articolo 147, comma 1, del decreto legislativo 152/06 ss.mm.ii. *“i servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle Regioni (...)”*.

Con riferimento alla partecipazione degli Enti Locali agli Enti di governo dell'ambito (EGA), l'articolo 147, commi 1 e 1-bis, del decreto legislativo 152/2006 ss.mm.ii. sancisce che *“gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito, individuato dalla competente regione per ciascun ambito territoriale ottimale, al quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma 1....”*

Il Decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, art. 3-bis “Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali” in merito agli **Enti di governo d'ambito** aggiunge... l'obbligo per gli enti locali di aderire all'ente di governo del corrispondente ATO, che rappresenta **l'unico soggetto nel contesto del quale possono essere esercitate le funzioni di organizzazione dei servizi, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza, di affidamento e controllo della gestione.**

Lo scrivente Ufficio d'Ambito è un'azienda speciale della Provincia di Sondrio ai sensi dell'art. 114 del d.lgs. 267/2000 ss.mm.ii., si qualifica come ente pubblico economico ed ente strumentale della predetta Provincia. Ai sensi dell'art. 48 della Legge Regionale 26/2003 ss.mm.ii. **l'Ufficio d'Ambito esercita le attività proprie dell'EGA che, ai sensi della suddetta legge, è la Provincia di Sondrio¹.**

I poteri di vigilanza e controllo da parte degli enti locali ricadenti nell'ATO sono esercitati attraverso la Conferenza dei Comuni e sono declinati dallo Statuto dell'“Ufficio d'Ambito della Provincia di Sondrio”².

¹ Si osserva (<https://reopenspl.initalia.it/banche-dati/monitor-spl/monitor-idrico>) che tale formula organizzativa (n.d.r. per un EGA) “rappresenterebbe, in teoria, l'unica anomalia da un punto di vista strettamente formale, unico caso in Italia di esercizio delle funzioni di ente d'ambito attraverso un ente strumentaleDa un punto di vista sostanziale, risulta, in ogni caso, garantito il ruolo di vigilanza e controllo da parte degli enti locali ricadenti nell'ATO, che viene svolto attraverso la Conferenza dei Comuni”.

² Cfr. deliberazione n.27 del 4 settembre 2014.



- B. *In sintesi, ai sensi di quanto sotto, l'art. 48 della l.r.26/2003 ss.mm.ii. e lo Statuto dell'Ufficio d'Ambito declinano (oltre alle modalità d'esercizio di altre funzioni dell'EGA) la funzione di controllo sulla gestione in attività di vigilanza sulle attività poste dal gestore (cfr. successiva lettera e).*

L'art. 48 della predetta legge regionale 26/2003 ss.mm.ii. e lo **Statuto** dell'Ufficio d'Ambito della Provincia di Sondrio indicano le attività che l'EGA esercita attraverso l'Ufficio d'Ambito.

In particolare:

- a) l'individuazione e attuazione delle **politiche e delle strategie volte a organizzare e attuare il servizio idrico integrato** per il conseguimento degli obiettivi previsti dalla L.R. n.26/2003 e ss.mm.ii. e dalle normative europee e statali **inclusi la scelta del modello gestionale e l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato**;
- b) la **redazione e l'aggiornamento del piano d'ambito** di cui all'art.149 del D.Lgs. 152/2006 e dei relativi oneri finanziari;
- c) la **determinazione** dei contenuti **dei contratti di servizio** che regolano i rapporti con i soggetti cui compete la gestione del servizio idrico integrato;
- d) la **determinazione della tariffa** di base del servizio idrico integrato ai sensi dell'art.154, comma 4, del D.Lgs. 152/2006 e la definizione delle modalità di riparto tra i soggetti interessati;
- e) la **vigilanza sulle attività poste in essere dal soggetto cui compete la gestione del servizio idrico, nonché il controllo del rispetto delle convenzioni tipo con i relativi disciplinari /contratti di servizio** previsti dall'art.151 del D.Lgs. 152/2006, secondo le disposizioni emanate dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas così come indicato con Deliberazione n.412/2013/R/IDR del 26 settembre 2013, nell'interesse dell'utente;
- f) (.....)

Ai sensi dell'art.11 dello Statuto dell'Ufficio d'Ambito, è il Consiglio d'Amministrazione che dispone l'attività di vigilanza (per il tramite del Direttore e del personale dipendente dell'Azienda) sulle attività poste in essere dal gestore.

- C. *In sintesi, ai sensi di quanto sotto, la Convenzione di gestione contrattualizza con il Gestore (oltre alle modalità di esercizio delle altre funzioni dell'EGA) un potere di controllo dell'EGA piuttosto ampio, il cui esercizio è stato strutturato con particolare riferimento a specifici obblighi convenzionali.*

La Convenzione di gestione, nel testo evoluto a seguito degli aggiornamenti derivanti dall'implementazione ARERA³, regola contrattualmente la modalità, nei suoi diversi profili, di esercizio delle funzioni dell'EGA nei confronti del gestore, funzione di controllo compresa.

In particolare:

- l'art. 11 (da leggersi in combinato disposto con altri articoli della Convenzione, quali artt. da 13 a 17): recepisce la regolazione ARERA sull'**approvazione periodica dello schema regolatorio** che si concreta con l'aggiornamento del piano d'Ambito, PdA (Piano degli Interventi, Pdl, e Piano economico Finanziario, PEF) e della Convenzione di Gestione.
- Gli artt. da 16 bis a 16 bis ter: recepiscono, introdotte dalla regolazione ARERA, le **misure di riequilibrio economico finanziario e le procedure di proposta, previa decisione motivata, e approvazione delle stesse da parte dell'EGA e di ARERA.**

³ La Convenzione di gestione (nel preambolo della quale si dà atto che ai fini della stipula il soggetto competente è la Provincia di Sondrio, Ente responsabile dell'ATO ai sensi dell'art. 48, comma 1, della Legge Regionale n.26/2003 e ss.mm.ii., la quale esercita le proprie funzioni tramite l'Ufficio d'Ambito, sua azienda speciale ai sensi dell'art.114 del TUEELL) disciplina i rapporti con il gestore del Servizio (S.Ec. Am. S.p.A.) ed è stata aggiornata alla convenzione tipo di ARERA (cfr. deliberazione 656/2015/R/idr).



La Convenzione di Gestione registra anche l'intervenuta applicazione della misura di riequilibrio dell'allungamento della durata convenzionale (delibera Consiglio di Amministrazione n. 12/2019).

- L'art. 30: disciplina la sanzione risolutoria prevedendo, in particolare, **quale causa di risoluzione la perdita definitiva delle condizioni poste a base della gestione "in house providing"**.
- L'art. 18: disciplina specificamente i **poteri di controllo sul servizio e sulla attività del Gestore al fine di:**

- a) assicurare la corretta applicazione della tariffa del Servizio Idrico Integrato;
- b) verificare il raggiungimento degli obiettivi e i livelli di servizio previsti dal Piano d'Ambito;
- c) **valutare l'andamento economico-finanziario della gestione affidata nonché il mantenimento dell'equilibrio economico finanziario dell'affidatario nel suo complesso;**
- d) definire nel complesso tutte le attività necessarie a verificare la corretta e puntuale attuazione del Piano d'Ambito.

Tra gli obblighi espressamente previsti dalla Convenzione in capo al Gestore vi è quello di essere tenuto alla **adozione della regolazione sull'unbundling**; la Convenzione prevede inoltre che **il Gestore consente l'effettuazione di tutti gli accertamenti, sopralluoghi e verifiche ispettive** che l'Ufficio d'Ambito ritenga opportuno o necessario compiere **in ordine a documenti, progetti, opere ed impianti, dati contabili, purchè attinenti al Servizio oggetto della presente convenzione.**

- Gli artt.15, 27bis, 30, 31: sono clausole che introducono una disciplina favorevole alla bancabilità che, attraverso lo strumento convenzionale, circoscrive il rischio regolatorio per gli Enti Finanziatori.
- Art. 20: disciplina gli obblighi di comunicazione dati sul servizio e gli obblighi di rendicontazione.

- D. *In sintesi, ai sensi di quanto sotto, le attività che l'EGA esercita attraverso l'Ufficio d'Ambito nei confronti del gestore sono definite oltre che dalla legge e convenzionalmente, anche dalla regolazione di settore, introdotta dal legislatore nazionale.*

Integra le modalità di esercizio delle funzioni dell'EGA nei confronti del gestore, funzione di controllo compresa, anche la regolazione ARERA⁴.

Ad esempio, ai fini della predisposizione tariffaria (della quale l'attività di riequilibrio economico finanziario può costituire una evenienza particolare) gli Enti di governo dell'ambito **validano le informazioni fornite dai gestori e le integrano o le modificano** secondo criteri funzionali al riconoscimento dei costi efficienti di investimento e di esercizio (cfr. art.5.1, Deliberazione ARERA 27 dicembre 2019 580/2019/R/IDR). Tale attività di validazione si esplica, per prassi consolidata⁵, in una valutazione di completezza, coerenza e congruità con i **dati di bilancio ed altre fonti contabili obbligatorie nonchè con i dati presenti in altri documenti in possesso dell'EGA** (ad esempio, il file RDT, il Database delle infrastrutture e più in generale i dati derivanti dal flusso dati contenuto negli obblighi di comunicazione delle Convenzioni di affidamento).

Altro esempio. Dalla regolazione sugli obblighi di separazione contabile posti dei gestori del SII tenuto conto delle **finalità stesse della regolazione** nonché del **rispetto della riservatezza dei dati aziendali**, può derivare altro flusso dati prevedendosi che **"30.17 L'Autorità mette, altresì, a disposizione dell'Ente di governo dell'Ambito o di altro soggetto competente, ai fini della predisposizione tariffaria di competenza, i conti annuali separati dei gestori del SII secondo modalità definite dagli Uffici dell'Autorità"**.

⁴ Cfr. legge n. 214 del 22 dicembre 2011.

⁵ Cfr. Per un riscontro del dibattito che ha accompagnato lo sviluppo di tale prassi, cfr. Lo stato dell'acqua. Manuale operativo per la regolazione del servizio idrico integrato, Alessandro Mazzei (Curatore), Massimiliano Cenerini (Curatore) Francesca Spinicci (Curatore), Franco Angeli, 2017.



E. *In sintesi, ai sensi di quanto sotto, sono disciplinate con più strumenti le modalità di esercizio dei "poteri di controllo, di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario", con cui si esplica il controllo analogo degli enti soci del gestore S.Ec.Am. s.p.a..*

Della sussistenza del requisito del controllo analogo nonché delle sue modalità di esercizio, l'Ufficio d'Ambito di Sondrio si è recentemente occupato in occasione della Relazione ex art. 34 approvata con deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 12/2019. Richiamandolo qui molto sinteticamente, tale atto illustra le previsioni Statutarie della società che: attribuiscono all'Assemblea dei soci poteri di autorizzazione preventiva su particolari atti degli amministratori; istituiscono due commissioni *ad hoc*, espressione dell'Assemblea dei soci, (che, in particolare, presidiano: la prima, la verifica della gestione patrimoniale dell'attività svolta; la seconda, la verifica dei risultati gestionali, economici ed operativi dell'attività svolta); definiscono le modalità di nomina da parte degli enti soci degli organi societari.

A tale atto e alle motivazioni ivi contenute anche con riferimento alla sussistenza degli altri requisiti per l'*in house* necessariamente si rinvia.

Nella medesima deliberazione si dà atto che altri enti hanno già proceduto all'iscrizione di S.Ec.Am. S.p.A. nel registro previsto ex art.192 dlgs.50/2016.

Ad oggi non risulta giunta all'esito l'istruttoria da parte della competente ANAC.

Per l'esercizio del controllo analogo risulta anche che è stata predisposta apposita Convenzione ex art. 30 TUEL tra gli enti soci del Gestore. Tale Convenzione prevede in capo all'Assemblea dei soci poteri di indirizzo preventivo (adozione di ordini del giorno) sulle linee strategiche della società nonché esame preliminare delle modifiche dello Statuto della Società, con possibilità di richiedere informazioni direttamente ai dirigenti di S.Ec.Am.

Tale Convenzione prevede poi l'istituzione di una Commissione (ristretta) di vigilanza con poteri di verifica dei risultati gestionali anche avvalendosi della consultazione della Società di revisione e del Collegio sindacale nonché la possibilità di chiamare a relazionare sull'attività svolta per scritto o tramite audizione il Presidente del Consiglio di Amministrazione o suo delegato.

Nel merito

Con riferimento alla richiesta pervenuta dall'Ufficio d'Ambito di Sondrio si osserva quanto segue.

Lo scrivente Ufficio d'Ambito (domandando se possa ricorrere a strumenti istruttori quali le audizioni o l'acquisizione documentale nei confronti di vari organismi societari e di quelli preposti al controllo analogo) chiede quale sia il perimetro entro il quale possa essere condotta l'istruttoria sull'istanza di riequilibrio economico finanziario presentata dal Gestore ex art. 16.5 della Convenzione.

Si osserva che il **perimetro** entro il quale tali operazioni istruttorie possono essere ragionevolmente ricondotte è quello **dell'attività di controllo e vigilanza**⁶ attribuita dalla normativa all'EGA in quanto le attività e le operazioni di tipo istruttorio idonee a sostenere l'apparato motivazionale delle determinazioni di competenza dell'EGA (ivi compresa la decisione sulle istanze di riequilibrio del gestore ex art.16.5 della Convenzione), finiscono anche per essere penetranti strumenti di acquisizione di elementi cognitivi e valutativi, di fatto e di diritto, presso il gestore.

In via generale si richiama che, ai fini della massima tutela dell'azione amministrativa, le Pubbliche Amministrazioni (alle quali generalmente sono riconducibili anche gli EGA) debbono procedere nel doveroso rispetto dei fondamentali principi di legalità e trasparenza che sempre devono informare l'operato.

Posto che la l. 689/1981 prevede proprio la riserva di legge (cfr. art. 1, comma 1) tra i principi di garanzia che stabilisce per l'esercizio di poteri sanzionatori da parte delle Pubbliche Amministrazioni, e posto che l'esercizio di poteri di vigilanza e controllo da parte degli EGA di norma anticipa effetti anche sanzionatori, allora la **doverosità del rispetto del principio di legalità da parte degli EGA nel loro operato** è ancora più evidente: in particolare, l'esercizio dei loro poteri di controllo e vigilanza, anche in

⁶ Cfr. Corte Costituzionale sent. 10/1973.



considerazione degli effetti sanzionatori che ne possono discendere (ad es., applicazione di penalità e mancati riconoscimenti tariffari) deve trovare fondamento nel contesto normativo di riferimento.

Nel caso specifico dello scrivente Ufficio d'Ambito, l'esercizio dei suoi poteri di controllo e vigilanza sulla gestione è **riconducibile ad un articolato quadro normativo** di riferimento (cfr. pt. A, B, C, D). In particolare, il riconoscimento del suo potere di controllo e vigilanza trova fondamento nelle fonti legislative e regolatorie e nella sua funzione di ente affidante del SII (cfr. pt. A B, D); poi, è la Convenzione di gestione (cfr. pt. C)⁷ che costituisce la sede privilegiata per la determinazione dei risvolti operativi sulle modalità di esercizio di tale controllo⁸.

Ed infatti nella Convenzione di gestione si riscontra **espressa menzione di vari strumenti istruttori (acquisizione documentale -peraltro senza alcuna limitazione rispetto all'organismo societario di riferimento- di atti, rendiconti e fonti contabili obbligatorie; visite ispettive; accertamenti; sopralluoghi...)** che l'Ufficio d'Ambito può attivare per l'esercizio dei suoi poteri di controllo e vigilanza **purché attinenti al Servizio oggetto della Convenzione di gestione** (il Servizio Idrico Integrato, SII).

Il contesto normativo di riferimento, inoltre, prevede l'esercizio dei suddetti poteri **per fini predefiniti** tra i quali (per quanto di interesse per lo svolgimento dell'attività istruttoria sull'istanza di riequilibrio ex art.16.5 della Convenzione) è espressamente previsto il fine del "controllo sulla gestione" e, ancora più dettagliatamente, il fine di "valutare l'andamento economico-finanziario della gestione affidata nonché il mantenimento dell'equilibrio economico finanziario dell'affidatario nel suo complesso".

Dunque, l'Ufficio d'Ambito **ha ampi poteri istruttori nei limiti della loro riconducibilità al contesto normativo di riferimento, nei limiti della loro riconducibilità ai fini predeterminati indicati dal contesto normativo e nei limiti dell'attinenza al servizio oggetto della Convenzione**; tali aspetti dovranno essere desumibili dalla motivazione della documentazione istruttoria.

Una considerazione integrativa. Alla luce del contesto normativo di riferimento in cui opera lo scrivente Ufficio d'Ambito, delle forme operative di esercizio dei poteri di controllo e vigilanza (anche di alcune particolarmente penetranti), diverse sono dettagliate parzialmente, altre non lo sono affatto.

Ad esempio, per le attività di accertamento, sopralluogo e visite ispettive (cfr. pt. C) sono affidati al testo convenzionale elementi delle loro modalità di esercizio (ad es., la previsione di un preavviso salvo urgenza; indicazioni sul personale utilizzabile per l'esecuzione del controllo), elementi che peraltro sono evidentemente minimi⁹; non si riscontra, invece, alcuna menzione né indicazione sulle modalità di esercizio dello strumento delle audizioni degli organismi societari.

Altro esempio: fra gli obblighi convenzionalmente previsti, per molti l'Ufficio d'Ambito ha strutturato l'esercizio dell'attività di vigilanza e controllo anche con forme di monitoraggio periodico, tramite attività

⁷ Si richiama che ulteriori indicazioni sugli strumenti operativi nell'esercizio dei poteri di controllo e vigilanza ai quali l'EGA può ricorrere possono poi provenire anche dalla regolazione di settore (cfr. pt. D).

⁸ Si sottolinea autorevolmente (cfr. Corte dei Conti Sez. Autonomie, Deliberazione 15/SEZAUT/2021/FRG) che le indicazioni legislative sulle modalità di esercizio del controllo da parte dell'ente affidante sulla qualità e sull'economicità del servizio svolto individuano nel contratto di servizio la sede privilegiata per la determinazione dei risvolti operativi della sua concreta conduzione. Tale controllo deve risultare particolarmente pregnante per gli enti in condizioni di deficitarietà strutturale o, più in generale, di difficoltà finanziaria (ad esempio la Corte dei conti ha in più occasioni fatto il richiamo a potenziare i controlli sugli enti partecipati e, con particolare riferimento alla prevenzione delle difficoltà finanziarie, a porre le condizioni per una attività di monitoraggio e controllo piena anche con una condivisione ampia non solo di dati contabili ma anche extracontabili).

⁹ Cfr., come esempio generale per le Pubbliche Amministrazioni di una regolazione delle modalità di esercizio dei poteri ispettivi (con particolare attenzione alle qualità richieste al personale) "Direttiva sull'attività d'ispezione" emanata dal Dipartimento della Funzione Pubblica il 2 luglio 2002, contenente le specifiche regole cui deve uniformarsi l'ispettore nel suo agire.



di rendicontazione del gestore¹⁰; per altri obblighi convenzionali non sono invece indicate le relative forme operative del controllo e della vigilanza.

Il fatto che il contesto normativo di riferimento non disciplini compiutamente tutte le forme e le modalità di esecuzione dei poteri di controllo e vigilanza dell'EGA può condurre ad un indebolimento della rispondenza del suo operato al principio di legalità, ad una "dequotazione della legalità sostanziale"; d'altra parte, laddove la legalità sostanziale non riesca ad assolvere la sua funzione di garanzia, questo compito lo si può provare a recuperare trasferendolo alla legalità procedimentale¹¹.

Alla luce di quanto sopra, in vacanza di una regolazione generale da parte dell'EGA dei suoi poteri di vigilanza e controllo tale che ne dettasse la tipologia e le modalità di esecuzione, si ritiene ragionevole che l'EGA quantomeno affianchi il **rafforzamento del contraddittorio procedimentale** allo sviluppo di una istruttoria mediante il **ricorso a forme operative di controllo e vigilanza valutate di volta in volta più idonee e proporzionate alle finalità** del procedimento nel corso del quale occorra attivare poteri di vigilanza e controllo sul rispetto degli obblighi convenzionali del gestore.

Con riferimento al caso specifico, il procedimento istruttorio ex art.16.5 della Convenzione richiede:

- la verifica della sussistenza delle condizioni per l'applicazione delle misure di riequilibrio economico finanziario¹² e la conseguente valutazione del percorso procedurale percorribile¹³, poste le ricadute -regolatorie (sui conseguenti riconoscimenti tariffari) e operative (sul gestore e sul servizio per l'utenza)- conseguenti dall'accoglimento (o meno) della proposta di riequilibrio da parte di ARERA;
- la verifica della misura di riequilibrio proposta (fra quelle optabili, tenuto conto che le eventuali misure di riequilibrio, cui è consentito far ricorso, sono indicate dalla Convenzione e dalla regolazione ARERA secondo un preciso ordine di priorità, cfr. art. 16 bis della Convenzione).

Dunque, per l'istruttoria ex art.16.5 della Convenzione, richiamato che per tale caso l'Ufficio d'Ambito non ha una regolazione generale a cui fare riferimento per l'individuazione delle forme e della relativa modalità di esercizio del potere di controllo e vigilanza, **resta affidato al concreto sviluppo del procedimento istruttorio non solo il ricorso agli strumenti istruttori ritenuti più idonei e proporzionati alle verifiche oggetto del procedimento ma anche il rafforzamento della partecipazione e del contraddittorio procedimentale, prima di tutto con il gestore**; tali aspetti dovranno essere desumibili nella motivazione della documentazione istruttoria.

¹⁰ Cfr. sezione sul sito istituzionale dedicata alla vigilanza che l'Ufficio d'Ambito esercita sulle attività poste in essere da S.Ec.Am. S.p.A. ai sensi dell'art.2 comma 1 lettera e) dello Statuto) <http://www.atosondrio.it/vigilanza-sul-gestore-dambito/>

¹¹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972.

¹² Cfr. art. Articolo 9 Istanza di riequilibrio economico-finanziario, Deliberazione ARERA 656/2015/R/IDR ai sensi del quale: "9.1 Qualora durante il periodo regolatorio si verificano **circostanze straordinarie ed eccezionali, di entità significativa e non previste al momento della formulazione della predisposizione tariffaria** tali da pregiudicare l'equilibrio economico finanziario, il Gestore presenta all'EGA istanza di riequilibrio. 9.2 L'istanza deve contenere **l'esatta indicazione dei presupposti** che comportano il venir meno dell'equilibrio economico-finanziario, la sua **puntuale quantificazione in termini economici e finanziari**, la **proposta delle misure di riequilibrio** da adottare, nonché **l'esplicitazione delle ragioni per le quali i fattori determinanti lo squilibrio non erano conosciuti o conoscibili al momento della formulazione della predisposizione tariffaria**. 9.3 E' obbligo del Gestore comunicare altresì, nell'istanza e in forma dettagliata, **tutte le iniziative messe in atto** per impedire il verificarsi dei fattori determinanti lo scostamento.

¹³ L'istanza di riequilibrio economico-finanziario può essere presentata durante il periodo regolatorio (cfr. art. 9 Deliberazione ARERA 656/2015/R/IDR) oppure in sede di approvazione (o revisione) dello schema regolatorio (cfr. art.9.3, Deliberazione ARERA 27 dicembre 2019 580/2019/R/IDR).

Nel caso specifico l'istanza è pervenuta successivamente alla trasmissione ad ARERA da parte dell'Ufficio d'Ambito dello schema regolatorio 2020-2023 (cfr. delibera 22/2019), durante la fase istruttoria dell'Autorità.



Una ulteriore considerazione. La Convenzione di esercizio del controllo analogo (cfr. pt. E) prevede espressamente diverse modalità di esercizio del potere di controllo, tra le quali, ad esempio, l'audizione periodica di vari organismi societari.

Tali poteri sono esercitabili dai componenti della compagine societaria del gestore, dunque anche dalla Provincia, ma in qualità di componente della compagine societaria del gestore e non in qualità di Ente di governo d'ambito, ragione per cui tale Convenzione non appare direttamente estensibile anche all'Ufficio d'Ambito.

Peraltro, l'attività dell'Ufficio d'Ambito **appare comunque in un rapporto di stretta contiguità con quella degli enti soci nell'esercizio del controllo analogo.**

Ed infatti, la Relazione ex art.34 evidenzia che il controllo congiunto esercitato all'interno della società, chiamata all'esecuzione degli interventi del piano d'ambito e del programma degli investimenti va "in pieno **parallelismo rispetto alle scelte fondamentali del servizio idrico integrato**" cui la Conferenza dei Comuni esercita per legge anche un parere obbligatorio e vincolante: tali "scelte fondamentali" propriamente sono di competenza dell'EGA il quale attraverso lo schema regolatorio è titolare della programmazione, degli obiettivi di qualità, del piano degli interventi, del piano economico finanziario, del piano tariffario etc. (cfr. pt. B e C), ossia è titolare di una serie di attività alle quali è anche riconducibile, quando svolte all'interno della società, l'esercizio del controllo analogo degli enti soci (cfr. Linee Guida, LG, 7 ANAC¹⁴).

Dunque, il c.d. "controllo analogo" congiunto sulla società è esercitato dagli enti locali soci, **fermo restando le funzioni di programmazione, indirizzo e controllo nei confronti della società da parte dell'Ufficio di Ambito** (da attuarsi ai sensi della vigente normativa, statale e regionale, di disciplina del servizio idrico integrato, nonché ai sensi del contratto di servizio).

Quanto sopra consente di osservare che **il controllo esercitabile nei confronti una società per azioni che ha avuto un affidamento in house per il SII va oltre le previsioni civilistiche** relative a tale tipo di società ma va, anche, oltre il controllo analogo.

Per ciò che riguarda la società per azioni, infatti, la gestione della società è affidata agli amministratori e dalla disciplina civilistica può anche desumersi (cfr. artt. 2381 e 2403-bis) un generale obbligo degli

¹⁴ Nelle Linee Guida 7 è rinvenibile la definizione "operativa" (funzionale all'istruttoria ex art.192 dlgs.50/2016) di controllo analogo che viene data da ANAC, ai sensi della quale "possono essere individuati tre diverse modalità temporali di controllo da considerarsi cumulative:

a) un «controllo *ex ante*», esercitabile, ad esempio, attraverso:

- la previsione, nel documento di programmazione dell'amministrazione aggiudicatrice, degli obiettivi da perseguire con l'*in house providing*, anche mediante l'utilizzo di indicatori qualitativi e quantitativi;
- la preventiva approvazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, dei documenti di programmazione, delle deliberazioni societarie di amministrazione straordinaria, degli atti fondamentali della gestione quali, la relazione programmatica, il piano degli investimenti, il piano di sviluppo, il piano industriale, il piano economico-finanziario, il piano occupazionale, gli acquisti, le alienazioni patrimoniali, e gli impegni di spesa di importi superiori ad un determinato limite, ecc.

b) un «controllo contestuale», esercitabile, ad esempio, attraverso:

- la richiesta di relazioni periodiche sull'andamento della gestione;
- la verifica dello stato di attuazione degli obiettivi, con individuazioni delle azioni correttive in caso di scostamento o squilibrio finanziario;
- la previsione della possibilità di fornire indirizzi vincolanti sulle modalità di gestione economica e finanziaria dell'organismo *in house*;
- la previsione di controlli ispettivi;
- il potere di modifica degli schemi-tipo degli eventuali contratti di servizio con l'utenza.

c) un «controllo *ex post*», esercitabile, ad esempio, in fase di approvazione del rendiconto, dando atto dei risultati raggiunti dall'organismo *in house* e del conseguimento degli obiettivi prefissati e fornendo indicazioni di indirizzo sugli obiettivi per la programmazione successiva".



amministratori della società di preservare la riservatezza della gestione dell'impresa azionaria, a tutela dell'efficienza della stessa e a presidio della competitività del sistema economico¹⁵.

Le dinamiche societarie “ordinariamente” riconducibili alla tutela di tale obbligo di riservatezza risultano però “cedevoli” nelle società partecipate pubbliche, nelle società a controllo pubblico ed, in particolar modo, in quelle *in house* e che hanno come oggetto lo svolgimento di un servizio di interesse generale, regolato dall'ARERA, quale il SII.

Infatti, con particolare riferimento al controllo sulla gestione e sull'equilibrio economico finanziario e patrimoniale, nel caso di una s.p.a con affidamenti *in house* (come si qualifica Se.Ec.Am s.p.a. per affidamento del SII tramite l'Ufficio d'Ambito di Sondrio), sulla disciplina civilistica intervengono una serie di previsioni normative integrative (e anche derogatorie) (cfr. pt. A, B, C, D, E).

L'intervento di tali ulteriori previsioni normative innanzi tutto consente **all'ente socio** di usare non solo i poteri di controllo attribuiti dal codice civile ma anche quelli spettanti in virtù:

- degli artt. 147 e seguenti del TUEL¹⁶;
- delle previsioni del dlgs. 175/2016 (ad es., artt. 6, 14, 16);
- delle clausole statutarie e dei patti parasociali fondanti il controllo analogo.¹⁷

Sulla disciplina civilistica, inoltre, intervengono anche le funzioni di controllo riconosciute anche all'**ente affidante del SII** spettanti in virtù:

- delle previsioni legislative nazionali (cfr. dlgs. 152/2006 ss.mm.ii.) e regionali;
- delle previsioni regolatorie (di ARERA ma anche di ANAC, cfr. LG 7);
- delle previsioni convenzionali.

Per quanto riguarda l'Ufficio d'Ambito di Sondrio si è già anticipata nelle pagine precedenti la ricostruzione del contesto normativo di riferimento che gli riconosce i poteri di controllo e vigilanza. Quel che qui ora si osserva in via aggiuntiva è che, nel sistema di *governance* dell'ambito territoriale di Sondrio non si riscontra (peraltro cosa che per lo più generalmente accade) che sia stata formalizzata una forma di interazione coordinata tra le varie modalità di controllo esercitate dai vari soggetti istituzionali ed organismi di controllo previsti.

Peraltro, ciò non esclude che tale **interazione coordinata e sinergica** non possa al bisogno attivarsi **posta la contiguità dell'attività di controllo esercitata dall'ente affidante EGA e dagli enti soci** (sulla base delle previsioni civilistiche e, in particolar modo, del controllo analogo).

Ad esempio, l'ausilio istruttorio da parte dell'Ufficio d'Ambito può essere funzionale (proprio in virtù delle attività di propria competenza) all'esercizio del controllo analogo degli enti soci, anche attraverso gli organismi societari appositamente previsti, che ragionevolmente potrebbero determinarsi di farvi ricorso¹⁸.

¹⁵ “Le norme civilistiche sopra citate consentono agli amministratori di esercitare il proprio diritto – dovere di informazione unicamente nell'ambito dell'organo collegiale. **Al di fuori delle riunioni del Consiglio di amministrazione i singoli consiglieri sono sprovvisti di poteri individuali di ispezione e di controllo** (che sono invece attribuiti espressamente ai membri del Collegio sindacale dall'art. 2403-bis). Ciò porta ad escludere che gli amministratori di società per azioni possano rivolgersi direttamente agli amministratori delegati, o alla struttura aziendale dell'impresa, per ottenere informazioni relative alla gestione della società o, ancor meno, per svolgere indagini conoscitive o acquisire documenti su singoli fatti.

Ciò vale, a maggior ragione, per il **socio azionista a cui l'art. 2422 cod. civ. attribuisce unicamente il diritto di esaminare e di ottenere estratti (a proprie spese) del libro dei soci e del libro delle adunanze e delle deliberazioni assembleari**. Al di fuori di tale ipotesi, è solo nell'assemblea, e rispetto ai temi dell'ordine del giorno, che il socio ha diritto ad una “piena disclosure”, cfr. Il diritto di accesso agli atti delle società partecipate dall'ente locale, di Roberto Bardelle <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?id=352>;

¹⁶ Il TUEL prevede inoltre anche forme di controllo esercitabili direttamente dai consiglieri (cfr. art.43).

¹⁷ Corte dei Conti sez. regionale controllo Liguria 127/2020/PRSE

¹⁸ Può riscontrarsi nei patti parasociali (strumento contemplato dall'art. 16, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 175/2016) la possibilità di fare ricorso all'ausilio istruttorio dell'EGA nell'esercizio del controllo analogo degli enti soci.



Tale contiguità di funzioni di controllo e vigilanza è ancora più evidente se si tiene in considerazione, inoltre, che la Convenzione di gestione prevede che la perdita definitiva delle condizioni poste a base della gestione "*in house providing*" costituisce causa di risoluzione (cfr. pt. C). Alla luce di questo è evidente che l'Ufficio d'Ambito può anche attivare strumenti istruttori per monitorare il mantenimento dei requisiti per l'affidamento *in house* al fine convenzionalmente previsto di verificare il ricorrere della sopra indicata causa di risoluzione. Tali strumenti istruttori, in una prospettiva di leale collaborazione, di economia procedurale e non sovrapposizione di funzioni che si lambiscono, potrebbero ragionevolmente tradursi anche in una interazione collaborativa strutturabile tra Ufficio d'Ambito e i vari organismi previsti per l'esercizio del controllo analogo (ad es., una relazione periodica sull'andamento dell'esercizio del controllo analogo nelle sue tre diverse fasi temporali con riferimento agli atti rilevanti e strategici della società).

Dunque, con riferimento al caso specifico, si osserva quanto segue.

In vacanza di una regolazione generale del procedimento di monitoraggio del mantenimento dei requisiti per l'*in house*, nel presupposto dell'esercizio del controllo analogo da parte degli enti soci e nei limiti del suo esercizio secondo quanto disciplinato (cfr. pt. E), nel corso procedimento ex art.16.5 della Convenzione, anche per un principio di leale collaborazione, di economia procedurale e non duplicazione/sovrapposizione di funzioni, ragionevolmente potrebbe essere avanzata dall'Ufficio d'Ambito (cfr. pt. A) una **circostanziata richiesta di supporto istruttorio** (ad es, tramite acquisizione documentale o altri strumenti operativi valutati più idonei e proporzionati alle finalità del procedimento) **agli organismi addetti all'esercizio del controllo analogo**.

Tale richiesta, ad ogni modo, resterebbe esercitabile nei limiti già indicati per l'attività istruttoria dell'Ufficio d'Ambito (funzionalizzazione all'oggetto dell'istruttoria al fine dell'acquisizione di elementi istruttori pertinenti all'attività di verifica dell'istanza di riequilibrio del gestore): tali aspetti dovranno essere desumibili nella motivazione della documentazione istruttoria.

Non può ragionevolmente escludersi, poi, che gli organismi per il controllo analogo potrebbero anche conseguentemente valutare di attivarsi con i poteri e nei limiti a loro propriamente riconosciuti.

In merito al regime di pubblicità dell'attività istruttoria svolta dall'Ufficio d'Ambito nel corso del procedimento ex art.16.5 della Convenzione il rinvio è alla disciplina generale sul diritto di accesso nelle sue diverse tipologie:

- accesso documentale *di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241*;
- accesso civico semplice previsto dall'art. 5, comma 1 del dlgs.33/2013;
- accesso civico generalizzato art.5 comma 2 e 5 bis dlgs.33/2013.¹⁹

¹⁹ "La finalità dell'accesso documentale....è, in effetti, ben differente da quella sottesa all'accesso generalizzato ed è quella di porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppostive e difensive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari. Più precisamente, dal punto di vista soggettivo, ai fini dell'istanza di accesso ex lege 241 il richiedente deve dimostrare di essere titolare di un «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso».Vi saranno dunque ipotesi residuali in cui sarà possibile, ove titolari di una situazione giuridica qualificata, accedere ad atti e documenti per i quali è invece negato l'accesso generalizzato".

"L'accesso civico rimane circoscritto ai soli atti, documenti e informazioni oggetto di obblighi di pubblicazione e costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge, sovrapponendo al dovere di pubblicazione, il diritto del privato di accedere ai documenti, dati e informazioni interessati dall'inadempimento.

L'accesso generalizzato si delinea come affatto autonomo ed indipendente da presupposti obblighi di pubblicazione e come espressione, invece, di una libertà che incontra, quali unici limiti, da una parte, il rispetto della tutela degli interessi pubblici e/o privati indicati all'art. 5 bis, commi 1 e 2, e dall'altra, il rispetto delle norme che prevedono specifiche esclusioni (art. 5 bis, comma 3) dlgs.33/2013" (cfr. Delibera ANAC n. 1309 del 28 dicembre 2016).



L'amministrazione, in caso di diritto di accesso è chiamata ad un bilanciamento concreto caso per caso con altri diritti ed interessi contrapposti quale il diritto alla riservatezza ai sensi della normativa sulla *privacy* ma anche a tutela della concorrenza (onde evitare che la conoscenza di taluni documenti possa creare situazioni di vantaggio a favore di alcuni operatori o causare turbamenti del mercato di riferimento).²⁰

Si rinvia quale strumento di riferimento utile per tutti questi aspetti alle "Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013", Delibera ANAC n. 1309 del 28 dicembre 2016 adottate dall'ANAC d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali.

²⁰ "Costituiscono oggetto di tutela (segreti commerciali) le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, quelle relative all'organizzazione, quelle finanziarie, ossia il know-how aziendale, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni siano segrete, nel senso che non siano, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; abbiano valore economico in quanto segrete; siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete; riguardino dati relativi a ricerche, prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di sostanze chimiche", cfr. (cfr. Delibera ANAC n. 1309 del 28 dicembre 2016).