

Osservazioni dell'ANEA al DCO 171/2014/R/IDR dell'AEEGSI del 10 Aprile 2014 "Orientamenti per la predisposizione di schemi di convenzione tipo per la regolazione dei rapporti tra Ente affidante e Soggetto Gestore dei servizi idrici"

L'ANEA (Associazione Nazionale Enti e Autorità di Ambito) presenta le proprie osservazioni al documento per la consultazione 171/2014/R/IDR dell'AEEGSI, "Orientamenti per la predisposizione di schemi di convenzione tipo per la regolazione dei rapporti tra Ente Affidante e Soggetto gestore dei servizi idrici".

QUADRO DI RIFERIMENTO

Q1 *Si condivide l'orientamento dell'Autorità volto a definire una matrice di schemi di convenzioni tipo sulla base della tipologia di affidamento e del tipo di schema regolatorio selezionato ai sensi del Metodo Tariffario Idrico?*

Questa Associazione (ANEA) condivide l'intento dell'AEEGSI di definire uno schema di convenzione tipo che completi l'approccio per schemi regolatori tariffari, ma non condivide l'orientamento volto a definire matrici di schemi di convenzioni tipo sulla base della tipologia di affidamento.

Si ritiene che le caratteristiche di ciascun modello organizzativo e gestionale (*in house providing*, PPP, gara) non siano tali da giustificare distinti schemi di convenzioni tipo. Per le sue peculiari caratteristiche l'attenzione si focalizza sull'*in house providing*. Questo modello gestionale ha assunto, nella generalità dei casi, la forma societaria di una spa sottoposta alla disciplina codicistica. Accanto alla sua intrinseca natura di *longa manus* dell'ente pubblico affidatario, l'*in house providing* assume in concreto la veste di una spa, ne condivide le logiche societarie e le modalità di formazione delle decisioni secondo regole codicistiche.

Questo aspetto vale ad avvicinare l'*in house providing*, negli aspetti fondamentali, agli altri modelli gestionali. Si pensi al principio dell'equilibrio economico-finanziario che è perfettamente comune ai tre modelli. Per tutti si pone l'esigenza di inserire nella convenzione tipo una clausola che garantisca che il gestore sia sempre in grado di finanziare le attività connesse all'erogazione del servizio. Considerato, anche, che è l'Ente d'Ambito a dover garantire, attraverso la proposizione della tariffa, che il gestore percepisca ricavi sufficienti a mantenere l'equilibrio e che gli strumenti utilizzabili per il riequilibrio sono comuni ai tre modelli, non si ravvisano elementi tali da giustificare una disciplina differenziata. L'unico

aspetto, sul punto, che distingue nettamente *l'in house providing* dagli altri modelli gestionali attiene al rispetto dei vincoli di finanza pubblica (patto di stabilità interno). Trattasi di vincoli che discendono direttamente da disposizioni legislative rispetto alle quali la convenzione nulla potrebbe aggiungere.

Pure altri aspetti caratterizzanti i tre modelli gestionali come individuati nel documento in consultazione (in punto di separazione tra funzioni di programmazione e controllo e funzione di gestione, presenza o meno di pressione concorrenziale come incentivo all'efficienza produttiva e all'innovazione tecnologica, tutela dell'utenza), ad un più approfondito esame e per l'esperienza di questa Associazione, non valgono a giustificare una diversa convenzione tipo.

In conclusione, non si ravvisa la necessità o l'opportunità di distinguere i tre modelli gestionali a livello contrattuale, se non limitatamente a quegli aspetti che discendono direttamente dal contesto normativo (es. in punto di vincoli di finanza pubblica) o giurisprudenziale (es. requisiti dell'*in house providing* che trovano sede principale di trattazione nello Statuto della società).

La convenzione tipo se vorrà effettivamente rispondere ad esigenze di semplificazione e stabilità della disciplina regolatoria (così si legge nel documento di consultazione), con effetti positivi per le scelte di investimento dei soggetti coinvolti, inclusi gli enti finanziatori, dovrà essere quanto possibile uniforme per i tre modelli.

Con riferimento ai rapporti istituzionali tra AEEGSI, Regioni e enti di ambito, inoltre, questi dovrebbero ispirarsi, anche per l'attività regolatoria relativa alle convenzioni tipo, al principio di sussidiarietà verticale. Ciò potrebbe tradursi in uno schema di convenzione tipo da cui emergano spazi di discrezionalità a favore della regolazione locale (ad. esempio la definizione di cosa sia manutenzione ordinaria e straordinaria, congruagli sui ricavi, etc).

Considerando poi che eventuali contenziosi scaturenti dalle modifiche alle convenzioni di gestione in essere avranno come controparti direttamente gli enti di ambito, si evidenzia l'opportunità di usare particolare cautela nell'inquadramento dell'attività che consegnerà all'approvazione delle convenzioni tipo dell'AEEGSI come "mero adeguamento" piuttosto che come "rinegoziazione" delle convenzioni. Si richiama il noto orientamento restrittivo della Corte di Giustizia in proposito, cfr. anche le nuove direttive su concessioni e appalti.

ACQUIS COMMUNAUTAIRE

Q2 *Si condivide l'impostazione generale?*

Q3 *Si ritiene che la ricostruzione del quadro eurounitario sia completa?*

Q4 *Si condivide il rapporto tra la Direttiva Concessioni e il settore idrico?*

Q5 *Si condivide il rapporto tra definizioni europee e definizioni nazionali?*

Si apprezza l'impostazione generale seguita nella presentazione dell'Acquis Communautaire per l'indubbia utilità in termini di conoscenza ed aggiornamento del quadro eurounitario in tema di modelli organizzativi, di disciplina delle compensazioni e della recente Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

La ricostruzione del Diritto eurounitario si presenta esaustiva e dettagliata.

Il rapporto tra la Direttiva Concessioni ed il settore idrico pare ben impostato. Per l'operazione di esclusione del settore idrico, si ha conferma indiretta della corretta individuazione delle fasi della filiera idrica come descritte all'art.1.1 Allegato A alla delibera n.643/2013. La delibera in questione fornisce definizioni in merito compatibili con quelle della Direttiva ma non sempre coincidenti (es. in punto di allacciamenti idrici quale fase della filiera idrica, e di recupero energetico in termini di eventuale attività della depurazione). In particolare, le definizioni fornite dalla Direttiva all'art. 12 paiono "stringenti" e con un uso dell'espressioni talvolta "atecnico".

Per quanto la Direttiva escluda il settore idrico, almeno in questa prima fase, dalla sua diretta applicabilità, la stessa potrebbe costituire valido riferimento per la risoluzione di problematiche prive ad oggi di adeguata disciplina da parte del legislatore nazionale (es. modifiche apportabili in corso di concessione).

Preme, inoltre, richiamare il Protocollo 26 del Trattato di Lisbona sui servizi di interesse generale (cfr. anche le nuove direttive appalti e concessioni) là dove riconosce *"il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare ed organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti"* nonché *"la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse"*. Si ritiene che tali disposizioni evidenzino fortemente le criticità (cfr. Q1) insite nel potenziale superamento di fatto della natura "locale" del servizio idrico integrato.

Infine, in riscontro alle considerazioni in merito alle due categorie comunitarie delle "concessioni" e degli "appalti" (cfr. nota n.22 del documento in consultazione), si ritiene estremamente utile ed opportuno che lo schema di convenzione tipo consenta chiaramente la classificazione della gestione in termini di "concessione"¹. Ciò è importante laddove, come si evince dal documento, a tale classificazione (e relative definizioni) si rinvia una questione di primario interesse pubblico quale quella della proprietà giuridica delle infrastrutture (cfr. 3.25 del documento di consultazione).

DISCIPLINA NAZIONALE

Q6 *Si condivide l'impostazione generale?*

Q7 *Si ritiene che la ricostruzione del quadro nazionale sia completa ed esaustiva?*

Q8 *Si condivide l'individuazione dei criteri legislativi di riferimento, desumibili dal combinato disposto dell'art. 151 del d.lgs. 152/06 con le disposizioni della L. 481/95?*

La ricostruzione del quadro nazionale si presenta nell'insieme sufficientemente esaustiva. Le brevi osservazioni in merito sono le seguenti:

- in seno al BOX 3 *Organizzazione dello svolgimento dei servizi* viene richiamato, assieme ad altri riferimenti normativi, l'art. 13 del D.L. 150/13, il quale introduce una deroga ai termini di cui all'art. 34 commi 20 e ss del D.L. 179/2012. L'art. 34 detta regole minime di natura procedurale per l'affidamento dei SPL. Si ricorda, anche, che il comma 29 dell'art. 34 nel sostituire il comma 4 dell'art. 154 del D.Lgs. 152/2006 ha introdotto l'approvazione da parte dell'AEEGSI della proposta di tariffa di base predisposta nell'osservanza del metodo tariffario Sarebbe, pertanto, corretto richiamare assieme al citato art. 13 anche l'art. 34 commi 20 e ss del D.L. 179/2012;
- in seno al BOX 3 di cui sopra, viene richiamato, altresì, il comma 1 bis dell'art. 3 bis del D.L. 138/2011 che individua ed attribuisce le funzioni di organizzazione dei SPL a rete di rilevanza economica, inclusi la scelta della forma di gestione e di affidamento della gestione, agli enti di governo degli ambiti. Sarebbe corretto

¹ Il contesto normativo nazionale, unitamente alla normativa di settore compreso anche il MTI, a parere di questa Associazione non consentirebbero il ricorso al modello dell' "appalto" per la gestione del SII. Chiediamo conforto all'AEEGSI circa la correttezza di questa interpretazione.

richiamare assieme al citato comma 1 bis dell'art. 3 bis del D.L. 138/2011 anche gli artt. 142 comma 3 del d.Lgs. 152/06, norma di settore equivalente;

- al punto 4.3 sarebbe, forse, più corretto precisare che l'art. 113 del D.Lgs. 267/2000 sia da considerarsi, per le parti non abrogate dall'art. 23 bis D.L. 112/08, ancora in vigore (es. proprietà delle reti, assegnazione reti a nuovo gestore, divieto di differenziazione nel trattamento dei gestori in ordine al regime tributario e a contribuzioni). Queste parti, naturalmente, dovranno essere vagliate alla luce delle discipline di settore;
- dato lo stretto legame nel modello gestionale della "gara" fra i contenuti del bando e quelli della convenzione di gestione si richiama il D.M. 22.11.2001 che ha ad oggetto "Modalità di affidamento in concessione a terzi della gestione del servizio idrico integrato, a norma dell'art. 20, comma 1, della L. 5.01.1994, n.36" ancora vigente, recante una minuziosa disciplina delle varie fasi della procedura di affidamento del sii². Nel fare ciò il Decreto fa riferimento per taluni aspetti (es. disciplina offerta, criteri di aggiudicazione, attribuzione punteggio) al Metodo normalizzato. All'allegato B il Decreto disciplina il contenuto del bando di gara. Questa osservazione intende fornire un semplice spunto per una riflessione in merito.

Infine, in merito all'individuazione dei criteri legislativi di riferimento, osserviamo che la lettura è in combinato disposto con le disposizioni della L. 481/95 ma non anche con gli artt. 142 del dlgs. 152/2006 e 148 del dlgs.152/2006 e dell'art. 2 comma 186 bis l.191/2009 e ss.mm. Tale corretto combinato disposto avrebbe avuto come esito una diversa articolazione di vari criteri legislativi individuati, costruiti in base alla corretta applicazione, nei rapporti tra AEEGSI e enti di ambito, del principio di sussidiarietà verticale.

A titolo puramente esemplificativo, in relazione all'art. 151 del D.Lgs. 152/2006, il documento dell'AEEGSI prevede:

"f) l'obbligo di adottare e aggiornare la carta di servizio sulla base delle disposizioni regolatorie vigenti, le quali producono sulle convenzioni di gestione gli effetti di cui all'art. 2, comma 37, della legge 481/95"

Questa previsione ignora completamente le competenze degli enti di ambito nonché il vigente assetto delle fonti della regolazione del settore idrico. L'art. 2 comma 37 prevede infatti l'integrazione diretta dei Regolamenti di servizio dei gestori da parte della regolazione

² Il D.M. 2-05-2006 che ha ad oggetto "Disciplina delle modalità e dei termini di aggiudicazione della gestione del Servizio idrico integrato, ai sensi dell'art. 150, comma 2 del D.Lgs. 3.04.2006, n. 152" conserva una valenza puramente indicativa poiché con comunicato del 26.06.2006, pubblicato in G.U. n.146 del 26.06.2006, è stata segnalata l'inefficacia del decreto in questione il quale, non essendo stato inviato alla Corte dei Conti per essere sottoposto al preventivo e necessario controllo, non ha ottenuto la registrazione di legge.

dell'AEEGSI; nel servizio idrico però i regolamenti di servizio sono **atti amministrativi** delle competenti Pubbliche Amministrazioni (gli enti di ambito) sui quali, eventualmente, la regolazione dell'AEEGSI ha legittimo titolo ad intervenire in caso di inerzie e di esercizio di potere sostitutivo (da vedersi poi se solo in seconda battuta rispetto alle Regioni). Analogamente (anche se con alcune differenziazioni a livello di *iter* procedurale di adozione degli atti) il discorso applicato alle Carte dei Servizi.

SCHEMI DI CONVENZIONE TIPO

Q9 *Si condivide la proposta sugli aspetti generali in base ai quali gli schemi di convenzione tipo base verranno differenziati in ragione della modalità di affidamento e delle caratteristiche che le identificano?*

Si rinvia alle osservazioni al quesito n. 1.

Q10 *Si condivide la proposta di differenziare le clausole contrattuali in ragione dei quattro tipi di schemi regolatori, integrando gli schemi base di convenzione tipo A1, B1, C1? Quali ulteriori clausole contrattuali si reputa opportuno suggerire?*

Questa Associazione non condivide la proposta di differenziare il contenuto della convenzione tipo in ragione dei quattro tipi di schemi regolatori. Poiché lo schema regolatorio si compone di atti (PdI e PEF) suscettibili di cambiamento, ed è prevedibile che ciò accada nei prossimi anni almeno fino a quando tali atti non abbiano acquisito un certo grado di stabilità ed affidabilità, si ritiene che lo schema di convenzione tipo debba avere un contenuto tale da consentire il passaggio da un schema regolatorio ad un altro, senza dover necessariamente modificare la convenzione di gestione.

Di seguito le clausole contrattuali che a parere dell'ANEA, per l'esperienza maturata, dovrebbero entrare a fare parte del contenuto dello schema di convenzione tipo.

- Clausole che attengono all'equilibrio economico e finanziario. Le vigenti Convenzioni di gestione sono state redatte, per la maggior parte, senza tenere in considerazione la necessità di garantire gli enti finanziatori rispetto al regolare pagamento del servizio del debito. Si ritiene, pertanto, indispensabile l'inserimento nello schema di convenzione tipo delle clausole contrattuali volte a:

1. fornire una definizione di equilibrio economico e finanziario;

2. disciplinare la procedura per l'accertamento ed il ripristino dell'equilibrio economico e finanziario;
 3. tipizzare le cause, non imputabili a dolo o colpa del gestore, responsabili dello scostamento e gli strumenti utilizzabili per il riequilibrio.
- Ulteriori clausole su cui gli istituti di credito pongono attenzione:
- 1) risoluzione controversie;
 - 2) facoltà di applicare misure cautelative in caso di controversia;
 - 3) attribuzione del rischio e delle conseguenze degli eventi di forza maggiore;
 - 4) circostanze che danno luogo a cessazione dell'affidamento (risoluzione anticipata);
 - 5) diritto di subentro degli enti finanziatori in caso di risoluzione della Convenzione;
 - 6) criteri di calcolo del valore residuo (al termine dell'affidamento e per risoluzione anticipata);
- Clausola di rinegoziazione della convenzione che garantisca al tempo stesso sia il sufficiente margine di manovra per procedere ad aggiustamenti eccezionali, sia il dovuto rispetto della complessiva distribuzione dei rischi, dei costi e dei benefici inizialmente pattuita fra le parti. Le clausole dovranno, in particolare, prevedere espressamente la possibilità di modifica, le parti oggetto di modifica, la procedura ed i tempi per addivenire ad un nuovo accordo. Su questo aspetto la recente Direttiva 2014/23/UE sulle concessioni può fornire spunti. In questo senso la clausola di rinegoziazione si presenta quale strumento per completare il contratto secondo una procedura concordata dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale. Si rinvia all'osservazione a Q1, per le rinegoziazioni contrattuali che si collocano nell'alveo della regolazione dell'AEEGSI .
- Clausola di proroga dell'affidamento (in rapporto all'equilibrio economico e finanziario): quale *extrema ratio* per prevenire lo scostamento o ripristinare l'equilibrio economico e finanziario³. Sul punto si ricorda che il TAR Toscana con sentenza n.436/2013 sul ricorso proposto dal Forum Toscana contro la Delibera n.12/2011 dell'AATO 2 ha affermato che *"la contestata proroga appare legittima in quanto correttamente motivata con*

³ La possibilità in questione non è estranea al nostro ordinamento, infatti l'art. 143 del Codice dei contratti pubblici, in tema di concessioni di lavori pubblici, prevede che le variazioni dei presupposti e delle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico degli investimenti e della gestione apportate dalla stazione appaltante *"nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni"*.

l'emergere di imprevisti, in particolare con il sopravvenuto fabbisogno di investimenti infrastrutturali". In linea con questa pronuncia, ma antecedente alla stessa, la posizione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che nell'adunanza del 21.03.2012 ha escluso nella fattispecie la sussistenza dell'illecito concorrenziale.

- Clausola interpretativa che affermi un *favor utentis* ed il cui limite è dato dal rispetto dell'equilibrio economico e finanziario. Pertanto, si può escludere dall'applicazione di tale clausola interpretativa ciò che riguarda le condizioni economiche, che invece dovranno seguire il criterio dell'equilibrio economico e finanziario per non inficiare la bancabilità della convenzione.

Ulteriori clausole

- Clausola su canone di concessione, indispensabile quanto meno per le convenzioni in essere.
- Clausola che consenta la delega al gestore dei poteri espropriativi ai sensi dell'art. 6 del D.P.R. 327/2001 (clausola indispensabile là dove gli Enti d'Ambito siano stati individuati dalle rispettive Regioni quali Autorità esproprianti per i progetti definitivi previsti nei Piani d'Ambito).
- Clausola che disciplini i rapporti infragruppo (se modello gestionale con socio privato).
- Clausola su revisione periodica dei requisiti dell'*in house providing*.
- Clausola su regime giuridico ed economico delle infrastrutture (particolarmente opportuno nel modello di gestione con gara a gestore privato in ipotesi ad es. di fallimento dello stesso).
- Clausola su "Idoneità" delle garanzie finanziarie ed assicurative.

Q11 *Si condivide, in particolare, l'orientamento di differenziare le clausole contrattuali rafforzando gli aspetti che regolano la tutela della qualità del servizio e il raggiungimento dell'efficienza, nei casi di variazione del perimetro di attività svolte (quadranti II e IV del MTI), e gli aspetti relativi alle modalità di controllo degli investimenti e la finanziabilità degli stessi, nei casi che necessitano di interventi sul territorio di entità particolarmente rilevante (quadranti III e IV)?*

Partendo dal presupposto che sia preferibile un solo schema di convenzione a prescindere dalla tipologia di affidamento e di schema regolatorio adottato (quadrante di appartenenza), si auspica l'inserimento di particolari forme di controllo sulla tutela della qualità del servizio, sul raggiungimento dell'efficienza o sulla realizzazione degli investimenti e la finanziabilità degli stessi con previsione, in caso di mancato rispetto della disciplina prevista, di effetti che ricadono sul calcolo tariffario.

Q12 *Si condivide la previsione di un addendum finalizzato a disciplinare il processo di risanamento di imprese in crisi? Quali ulteriori elementi si ritiene che debbano essere presi in considerazione al riguardo?*

Si condivide un *addendum* finalizzato a disciplinare i processi di risanamento di imprese in crisi, tenuto conto anche del dibattito in tema di società pubbliche e fallimento delle stesse.

Peraltro, si ritiene che dovrebbero essere garantiti strumenti per gli enti affidanti atti a tutelare il Pubblico Interesse in caso di situazioni di crisi dell'impresa (ad esempio, in tema di titolarità delle concessioni idriche piuttosto che di proprietà delle infrastrutture, evitandone l'assoggettabilità a gravami di vario tipo).

Ulteriori osservazioni

Posto che l'impostazione generale del documento in consultazione risulta incentrata sul testo della convenzione in senso stretto, si pone la domanda di come e quando verranno trattati gli allegati alla stessa che ne costituiscono parte integrante e sostanziale, quali il Disciplinare tecnico e lo stesso Piano di Ambito.

A tale proposito, si fa presente che il documento Stato patrimoniale, per quanto previsto espressamente dall'art. 149 del 152/2006 quale articolazione del PEF assieme al Conto Economico ed al Rendiconto Finanziario, non è richiesto per l'approvazione delle tariffe. Tale documento è indispensabile per la corretta verifica annuale dell'andamento dei costi di gestione e di investimento di cui al citato art. 149.

Posto che il piano di ambito è un allegato alla convenzione, i prospetti inviati per l'approvazione delle tariffe (es. sviluppo tariffario, conto economico, rendiconto finanziario) di fatto sostituiscono ogni volta i capitoli del piano di ambito che trattano gli stessi temi?.

Firenze, 12 Maggio 2014