

AS1915 - CONSORZIO DI BACINO ALESSANDRINO - AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI RACCOLTA E TRASPORTO DEI RIFIUTI SOLIDI URBANI

Roma, 25 luglio 2023

Consorzio di Bacino Alessandrino per la raccolta ed il trasporto
dei rifiuti solidi urbani

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 18 luglio 2023, ha deliberato di esprimere un parere, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in relazione alla deliberazione dell'Assemblea Consortile del Consorzio di Bacino Alessandrino per la raccolta ed il trasporto dei rifiuti solidi urbani ("Consorzio di Bacino Alessandrino") del 29 maggio 2023, n. 5, recante *"Affidamento in house providing alla società Amag Ambiente S.p.a. del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani nel comune di Alessandria"*, pubblicata, in data 31 maggio 2023, sul sito web istituzionale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'apposita sezione *"Trasparenza SPL"*.

Tale deliberazione ha ad oggetto l'affidamento *in house* da parte del Consorzio di Bacino Alessandrino alla società Amag Ambiente S.p.A. del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Alessandria per un periodo transitorio di diciotto mesi fino al 30 giugno 2024.

L'Autorità intende svolgere alcune considerazioni in merito a diversi profili di criticità concorrenziale dell'operazione, relativi in particolare: (i) alla partecipazione del Consorzio di Bacino Alessandrino al capitale sociale di un soggetto incaricato della gestione di un servizio pubblico locale a rete e (ii) alla motivazione qualificata circa la forma di affidamento scelta e le ragioni del mancato ricorso al mercato.

(i) Sulla partecipazione dell'ente di governo nel soggetto incaricato del servizio di gestione dei rifiuti urbani

La deliberazione adottata dal Consorzio di Bacino Alessandrino appare innanzitutto viziata in quanto l'ente di governo partecipa al capitale sociale del soggetto incaricato della gestione di un servizio pubblico locale a rete, in violazione degli articoli 6, comma 2, e 33, commi 1 e 2, del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (recante *"Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica"*).

L'articolo 6, comma 2, del d.lgs. n. 201/2022 vieta, infatti, agli enti di governo dell'ambito o alle Autorità specificamente istituite per la regolazione e il controllo dei servizi pubblici locali di partecipare direttamente o indirettamente ai soggetti incaricati della gestione dei servizi pubblici locali a rete. Ciò al fine di garantire il rispetto del principio di cui al primo comma, secondo cui, a livello locale, le funzioni di regolazione, indirizzo e controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente.

L'articolo 33, comma 1, ha tuttavia precisato che, in via transitoria, tale divieto non si applica alle partecipazioni degli Enti di Governo dell'Ambito dei servizi di gestione dei rifiuti urbani in relazione agli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del medesimo d.lgs. n. 201/2022. Inoltre, il comma 2 del medesimo articolo ha differito la decorrenza di tale divieto alla data del 30 marzo 2023 con riferimento alle sole partecipazioni degli Enti di Governo d'Ambito del servizio di gestione dei rifiuti urbani e al fine di consentire l'attuazione dei piani di ambito in via di definizione¹.

Nel fornire un'interpretazione della norma di cui all'articolo 33, la Sezione di controllo della Corte dei conti della Campania (deliberazione n. 13/2023/PASP) ha chiarito che l'articolo 33, comma 1, del d.lgs. n. 201/2022 trova applicazione unicamente agli affidamenti in essere al 31 dicembre 2022, quale data di entrata in vigore del d.lgs. n. 201/2022².

L'Autorità condivide la posizione espressa dalla Corte dei conti, in quanto la *ratio* della disposizione di cui all'articolo 33, comma 1, per i servizi di gestione dei rifiuti urbani, dovrebbe essere quella - come la medesima norma recita - di *"piena attuazione degli impegni contenuti nel Piano nazionale di ripresa e resilienza"*. Nell'ambito delle riforme abilitanti

¹ [La deroga introdotta dall'articolo 33, comma 2, trae origine dalla necessità di "consentire l'attuazione di Piani di ambito in via di definizione" e, quindi, di permettere agli Enti di Governo di completare, entro e non oltre 90 giorni dall'entrata in vigore della normativa di cui al d.lgs. n. 201/2022, un processo già avviato e in via di definizione. È, del resto, lo stesso tenore letterale delle disposizioni di cui agli articoli 6, comma 2, e 33, comma 2, a deporre nel senso che, entro il 30 marzo 2023, debba essere stipulato il contratto di servizio, posto che lo slittamento temporale richiede che vi sia, ex articolo 6, comma 2, una partecipazione in "soggetti incaricati della gestione del servizio", ossia con cui è già stato stipulato un contratto di servizio.]

² [Come affermato dalla Sezione di controllo della Corte dei conti della Campania, "con riferimento a due tipologie di servizi a rete (servizio idrico integrato e servizi di gestione dei rifiuti urbani), la norma de qua fa salvi gli affidamenti in essere alla data (31/12/2022) di entrata in vigore del decreto di riordino dei SPL, esonerando gli enti di governo dei rispettivi ambiti, per la durata degli affidamenti stessi, dall'osservanza del divieto diviso dall'art. 6, comma 2.".]

in tema di promozione della concorrenza, finalizzate alla rimozione di barriere all'entrata nei mercati, il PNRR prevede, infatti, un ricorso più responsabile alle gestioni *in house*.

Pertanto, con riferimento alla fattispecie in esame, si ritiene che essa non rientri nel campo di applicazione della disposizione transitoria di cui al comma 1 dell'articolo 33, in quanto il Consorzio di Bacino Alessandrino non aveva un "*affidamento in essere*" alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 201/2022, essendo scaduta la proroga della durata dell'affidamento (disposta con deliberazione dell'Assemblea Consortile del 9 dicembre 2021, n. 21) proprio in data 31 dicembre 2022 e non risultando che la società Amag Ambiente S.p.A. abbia operato con un valido titolo dal 1° gennaio 2023 e fino alla data della deliberazione in oggetto (29 maggio 2023).

Né al caso di specie può ritenersi applicabile il differimento del divieto sancito dal comma 2 dell'articolo 33, posto che entro la data del 30 marzo 2023 non risulta essere stata adottata alcuna nuova delibera di affidamento del servizio scaduto al 31 dicembre 2022, né intervenuta la stipulazione di un nuovo contratto di servizio, di talché non poteva dirsi validamente in essere alcun affidamento.

Si ritiene pertanto che la decisione del Consorzio di Bacino Alessandrino di affidare la gestione *in house* del servizio ad una società direttamente partecipata si ponga in violazione degli articoli 6, comma 2, e 33, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 201/2022.

(ii) Sulla motivazione circa la forma di affidamento scelta e le ragioni del mancato ricorso al mercato

Per gli affidamenti a società *in house* di servizi pubblici locali di rilevanza economica il citato d.lgs. n. 201/2022 prevede che, prima della procedura di affidamento, l'ente debba dar conto, in una apposita relazione, degli esiti della valutazione sulla scelta della modalità di gestione (articolo 14, commi 2 e 3). Nel caso di affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, inoltre, gli enti locali adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio (articolo 17, comma 2)³.

Nella relazione redatta ai sensi dell'articolo 17 del d.lgs. n. 201/2022, allegata alla delibera del 29 maggio 2023, n. 5 (anche "Relazione"), il Consorzio di Bacino Alessandrino elabora due ordini di ragioni a sostegno della scelta di non ricorrere al mercato. La prima si basa sul presupposto minore onere economico per la collettività, dovuto alla considerazione che solo nell'*in house providing* è possibile non corrispondere un utile di mercato all'impresa che svolge il servizio.

Tale argomentazione a sostegno della scelta dell'*in house* risulta fallace sotto molteplici profili. Innanzitutto, la necessità di garantire l'equilibrio economico-finanziario del contratto di servizio pubblico richiede la copertura di tutti i costi, inclusi quelli di capitale, tramite il riconoscimento di un utile ragionevole. Tale principio è valido a prescindere dalla modalità di affidamento. La mancata copertura dei costi di capitale sarebbe, infatti, non priva di conseguenze, anche a carico della collettività. A titolo di esempio, si consideri che, senza prevedere alcuna remunerazione per i capitali utilizzati, l'impresa sarebbe impossibilitata a rivolgersi al mercato dei capitali per reperire finanziamenti utili a realizzare gli investimenti, restando interamente dipendente da risorse pubbliche a fondo perduto.

In secondo luogo, ancorché la scelta di non corrispondere un ragionevole tasso di utile può essere legittimamente assunta dall'ente affidante (le tariffe stabilite dall'Autorità di settore, ARERA, prevedono l'inclusione di tale elemento di costo, ma costituiscono delle soglie massime che non impediscono di fissare livelli inferiori), non sembrerebbe che tale scelta costituisca un vantaggio intrinseco dell'*in house*, quanto più una determinazione escludente e discriminatoria rispetto alla possibilità di ricorrere a modalità di affidamento diverse, in quanto eventuali operatori privati non potrebbero permettersi di non remunerare il capitale investito.

In terzo luogo, la semplice comparazione tra il costo del servizio nelle tre modalità di affidamento tiene conto soltanto della differenza di costo dovuta alla (non) corresponsione dell'utile, ma trascura i risparmi conseguibili attraverso i ribassi derivanti dall'espletamento della procedura di gara. Dunque, i valori rappresentati, per quanto approssimativi, non raffigurano correttamente il confronto tra le tre opzioni, che potrebbe invece ben propendere verso la modalità con

³ [In particolare, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, del d.lgs. n. 201/2022, la deliberazione di affidamento del servizio dovrà basarsi su una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9 del d.lgs. n. 201/2022, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house*, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30 del d.lgs. n. 201/2022. Inoltre, in base al comma 4 del medesimo articolo 17, per i servizi pubblici locali a rete, alla deliberazione è allegato un piano economico-finanziario che, fatte salve le discipline di settore, contiene anche la proiezione, su base triennale e per l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, nonché la specificazione dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio.

Fino al 31 dicembre 2022, tali affidamenti dovevano avvenire in base ad apposita relazione dell'ente affidante ex articolo 34, comma 20, del D.L. n. 179/2012, che desse conto "delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta". Tale norma è stata abrogata dall'articolo 37, comma 1, lettera h) del citato d.lgs. n. 201/2022. Si ricorda, inoltre, che l'onere di motivazione rafforzata per gli affidamenti *in house* era previsto anche dall'articolo 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016 (secondo cui le stazioni appaltanti devono dar conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta). Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, prevede ora, all'articolo 7, comma 3, che l'affidamento *in house* di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal d.lgs. n. 201/2022 di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali.]

gara nel caso i ribassi più che compensassero l'eliminazione della corresponsione di un ragionevole utile in caso di *in house providing*.

Infine, si fa notare che il tasso di utile ipotizzato nella simulazione illustrata nella relazione, pari al 10% del costo totale, risulta sproporzionato rispetto al tasso di equa remunerazione del capitale investito previsto dall'ARERA per il settore dei rifiuti, tanto più considerando che trattasi non di contratto di concessione, ma di appalto (nel quale, è assente l'assunzione del rischio di mercato da parte dell'operatore).

Venendo al secondo ordine di ragioni poste a sostegno della scelta di affidare la gestione del servizio con modalità *in house*, ovvero l'analisi *Strengths, Weaknesses, Opportunities e Threats* (S.W.O.T.), si nota come la stessa non si presti a soddisfare gli obblighi di motivazione qualificata di cui agli articoli 14, commi 2 e 3, e 17, comma 2, del d.lgs. n. 201/2022, in quanto descrive in modo generico e non circostanziato le caratteristiche di ognuna delle tre modalità alternative di affidamento, giustificando aprioristicamente come superiore l'*in house*, senza riferimento concreto all'operazione in esame.

Nel caso specifico, inoltre, la comparazione avviene sulla base di un'assegnazione di punteggi che appare particolarmente arbitraria. Stante l'intrinseca discrezionalità di un'analisi così delineata, al fine di offrire una valutazione equa e bilanciata sarebbe opportuno infatti prestare la massima attenzione nell'identificare gli elementi in base ai quali confrontare le tre diverse modalità di gestione, così da rendere evidenti i fattori di differenziazione che giustificano i punteggi assegnati.

Nella presente analisi S.W.O.T., invece, la formulazione di alcuni elementi di giudizio sembra conferire ingiustificatamente un punteggio maggiore all'*in house*. A titolo di esempio e senza pretesa di esaustività rispetto al contenuto di ogni singolo elemento analizzato nell'analisi S.W.O.T., si sottolinea l'incongruità del giudizio in relazione a:

- i costi del servizio, in quanto viene inserito tra i punti di forza dell'*in house* con un punteggio di 3 punti il «*contenimento di utili di impresa e per la possibile riduzione delle spese generali*», mentre ai risparmi conseguibili attraverso i ribassi derivanti dall'espletamento della procedura di gara, inseriti tra i punti di forza della società mista e dell'esternalizzazione, vengono attribuiti, rispettivamente, soltanto 2 punti e 1 punto. Tale disparità di giudizio non appare giustificabile o ragionevole, in ragione del fatto che il costo del servizio potrebbe invece ben risultare complessivamente più basso in caso di gestione affidata a terzi, indipendentemente dal perseguimento dell'utile di impresa;

- l'eventuale fallimento del gestore, in quanto il possibile venir meno del sostegno politico viene inserita tra le minacce dell'*in house* con un punteggio di -1 punti (peraltro a fronte dell'esatto e contrario punto di forza derivante dal sostegno politico valutato con un punteggio di 2), mentre il rischio di fallimento del socio privato nel caso di società mista e del gestore nel caso di esternalizzazione del servizio vengono valutati con un punteggio di -2;

- l'obbligo di onorare il contratto di servizio, che viene valutato come un punto di debolezza solo con riferimento alla società mista e all'esternalizzazione, con l'attribuzione di un punteggio negativo, rispettivamente di -3 e -2. Risulta immotivata e irragionevole sia l'omissione della valutazione dell'elemento sulla onorabilità del contratto di servizio con riferimento all'*in house*, che sebbene costituisca una gestione internalizzata dell'ente prevede, comunque, la presenza di un contratto di servizio, sia la disparità del punteggio negativo attribuito alle altre due ipotesi, in quanto non v'è ragione di ritenere più oneroso l'obbligo di onorare il contratto in relazione all'affidamento alla società mista piuttosto che in relazione all'affidamento a terzi;

- la sinergia dell'ente affidante con il gestore e i conseguenti vantaggi di snellimento delle procedure, che vengono valutati come un punto di forza dell'*in house* con un punteggio di 1 e come punto di debolezza della società mista con un punteggio di -2 e dell'esternalizzazione con un punteggio di -1. Anche in questo caso, non risulta giustificabile il maggiore punteggio negativo a carico della società mista, soprattutto in considerazione del fatto che essendo un soggetto a partecipazione maggioritaria pubblica dovrebbe, da un punto di vista logico, consentire una maggiore sinergia con l'ente affidante rispetto al modello di gestione esternalizzata.

Inoltre, si registrano delle incoerenze nell'omettere elementi di giudizio che rappresentano dei punti di forza dell'*in house* e che rilevano, seppur in maniera diversa, anche nella società mista, che costituisce a tutti gli effetti un ibrido tra la gestione *in house* e la esternalizzazione del servizio. Ad esempio, il confronto tra l'ente affidante e il gestore sulla qualità dei servizi viene valutato come un punto di forza dell'*in house* con un punteggio di 2 e come una minaccia nel caso di esternalizzazione con un punteggio di -1, mentre non viene affatto valutato nella società mista.

Infine, si evidenziano altresì alcuni indebiti aggravati di punteggio a carico dell'esternalizzazione del servizio, ad esempio, tra gli elementi di minaccia viene calcolata una voce negativa con attribuzione del punteggio di -1 sebbene espressamente riferita alla società mista (*"eccessiva interferenza nelle attività esecutive quotidiane della società mista da parte di soggetti interni all'Ente affidante, ma diversi dal responsabile del procedimento o dal direttore dell'esecuzione del contratto"*).

Da ultimo, si rileva inoltre la carenza o l'inadeguatezza della descrizione degli elementi economico-finanziari previsti dal d.lgs. n. 201/2022 a supportare l'eventuale convenienza economica dell'operazione rispetto al ricorso al mercato, in particolare: la valutazione sui risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, come richiesto dall'articolo 14, comma 2, anche per le motivazioni appena esposte; la giustificazione dell'affidamento *"in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche"*, come previsto all'articolo 17, comma 2, soprattutto in considerazione del fatto che Amag Ambiente S.p.A. risulta affidataria del servizio in oggetto dal 2014; ancora in relazione a quanto richiesto dall'articolo

17, comma 2, riferimenti a indicatori prescritti dall'ARERA, quali, tra gli altri, gli schemi di Piano economico finanziario (PEF), il valore dell'equa remunerazione del capitale, i parametri di qualità del servizio; la valutazione degli elementi connessi alla qualità del servizio di cui all'articolo 17, comma 2, per la quale si rinvia alla "Relazione di congruità del nuovo piano di gestione dei servizi ambientali per il Comune di Alessandria" svolta da E.R.I.C.A. soc. coop. (allegata sub B) alla Relazione), che tuttavia non riporta alcuna analisi, né valutazione, in relazione alla qualità del servizio.

In conclusione, la deliberazione del Consorzio di Bacino Alessandrino citata in premessa, avente ad oggetto l'affidamento *in house* alla società Amag Ambiente S.p.A del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Alessandria per un periodo transitorio di diciotto mesi fino al 30 giugno 2024, sia illegittima per i seguenti motivi:

(i) la partecipazione del Consorzio di Bacino Alessandrino al capitale sociale del soggetto incaricato della gestione di un servizio pubblico locale a rete, in violazione degli articoli 6, comma 2, e 33, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 201/2022;

(ii) la significativa carenza di motivazione qualificata circa la forma di affidamento scelta e le ragioni del mancato ricorso al mercato, in violazione degli articoli 14 e 17 del d.lgs. n. 201/2022.

L'Autorità ritiene che in ragione dei descritti profili di illegittimità della deliberazione, tutte le descritte violazioni abbiano un evidente impatto anticoncorrenziale, in quanto idonee a ritardare e ostacolare ingiustificatamente l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Alessandria tramite una procedura conforme alla normativa vigente e ai principi concorrenziali in essa contenuti idonea a garantire, a beneficio degli utenti, che il servizio sia espletato con alti livelli di qualità, sicurezza e alle migliori condizioni economiche. Del resto, la recente disciplina introdotta dal d.lgs. n. 201/2022 si pone come obiettivo, tra gli altri, la "tutela e la promozione" della concorrenza (cfr. articolo 1, comma 3, del d.lgs. n. 201/2022).

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/1990, il Consorzio di Bacino Alessandrino dovrà comunicare all'Autorità, entro sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali che sottendono alle normative violate, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

Comunicato in merito all'adeguamento del Consorzio di Bacino Alessandrino al parere motivato espresso dall'Autorità ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990, avente ad oggetto il verbale di deliberazione dell'Assemblea Consortile del Consorzio di Bacino Alessandrino n. 5 del 29 maggio 2023

L'Autorità, il 18 luglio 2023, ha deliberato di rendere un parere motivato, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/1990, sulla deliberazione dell'Assemblea Consortile del Consorzio di Bacino Alessandrino n. 5 del 29 maggio 2023, avente a oggetto l'affidamento *in house* alla società Amag Ambiente S.p.A. del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Alessandria per un periodo transitorio di 18 mesi fino al 30 giugno 2024.

L'Autorità ha, infatti, ritenuto che tale deliberazione fosse illegittima per i seguenti motivi: (i) la partecipazione diretta del Consorzio di Bacino Alessandrino al capitale sociale del soggetto incaricato della gestione di un servizio pubblico locale a rete, in violazione degli articoli 6, comma 2, e 33, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 201/2022; (ii) la significativa carenza di motivazione analitica circa la modalità di affidamento scelta e le ragioni del mancato ricorso al mercato, in violazione degli articoli 14 e 17 del d.lgs. n. 201/2022.

In riscontro al parere, il Consorzio di Bacino Alessandrino ha dato atto della propria intenzione di aderire alle contestazioni formulate dall'Autorità e, quindi, dismettere la propria quota di partecipazione in Amag Ambiente S.p.A. Inoltre, dalla consultazione *ex officio* della sezione "Amministrazione Trasparente" del sito *web* istituzionale del Consorzio di Bacino Alessandrino, risulta che in data 20 settembre 2023, l'Ente d'Ambito, conseguentemente alla ricezione del parere motivato dell'Autorità, ha adottato la delibera n. 12 con la quale ha revocato l'atto oggetto di contestazione. Con tale delibera, il Consorzio di Bacino Alessandrino ha, altresì, deliberato la dismissione definitiva della propria partecipazione all'interno di Amag Ambiente S.p.A., nonché l'affidamento del servizio di igiene ambientale nel Comune di Alessandria, attualmente gestito da Amag Ambiente S.p.A., a una società mista pubblico privata, mediante l'indizione di una gara a doppio oggetto.

L'Autorità ha ritenuto che la revoca dell'atto contestato da parte dell'Ente d'Ambito sia idonea a far venire meno le violazioni riscontrate nel proprio parere motivato.

Pertanto, preso atto dell'adeguamento dell'Ente d'Ambito al parere motivato del 18 luglio 2023, trasmesso in data 25 luglio 2023, l'Autorità ha deliberato, nella riunione del 10 ottobre 2023, di non proporre ricorso al TAR Piemonte contro la deliberazione in oggetto.