Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.Prot.0099679.USCITA.06-11-2024.h.17:40

PARERE

ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287

relativo alla deliberazione del Consiglio dell'Ente d'Ambito Territoriale Ottimale Avellino n. 22 del 5 settembre 2024, recante "*Art. 26 bis della Legge Regione Campania n.14 del 26.05.2016: scelta della modalità di gestione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e approvazione della Relazione ex. Art. 14 comma 3 d.lgs. 201/2022*" e relativi allegati

inviato a

Ambito Territoriale Ottimale Avellino
Ente d'Ambito per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani

Proc. n. S4672B

Avv. Vittorio D'Alessio
Presidente del Consiglio d'Ambito Territoriale Ottimale Avellino
Ente d'Ambito per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani
PEC: *segreteria@pec.atorifiutiav.it*

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 5 novembre 2024, ha deliberato di esprimere un parere ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in relazione alla deliberazione del Consiglio dell'Ente d'Ambito Territoriale Ottimale Avellino n. 22 del 5 settembre 2024, recante "*Art. 26 bis della Legge Regione Campania n.14 del 26.05.2016: scelta della modalità di gestione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e approvazione della Relazione ex. Art. 14 comma 3 d.lgs. 201/2022*" e relativi allegati.

La deliberazione è stata depositata dall'Ente d'Ambito, in data 9 settembre 2024, nell'ambito del giudizio pendente presso il TAR Campania, instaurato a seguito del mancato adeguamento dell'Ente al parere motivato *ex* articolo 21-*bis* della legge n. 287/1990, inviato dall'Autorità in data 14 giugno 2023[1]. La Relazione *ex* articolo 14 del d.lgs. n. 201/2022 ("Relazione"), allegata alla deliberazione n. 22 del 5 settembre 2024, è stata trasmessa dall'Ente d'Ambito all'Autorità in data 27 settembre 2024, a seguito di specifica richiesta di informazioni.

[1] AS1918 *ATO Avellino - Costituzione di una nuova società in house per l'affidamento della gestione dei rifiuti*, in Boll. n. 40/2023.

Tale deliberazione ha ad oggetto la scelta, da parte dell'Ente d'Ambito, di affidare *in house* il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani nell'Ambito Territoriale Ottimale Avellino[2] a una società interamente partecipata dai Comuni, individuata nell'attuale società provinciale Irpiniambiente S.p.A.[3].

Nell'argomentare circa la scelta della modalità di affidamento, nella Relazione si dichiara che l'Ente d'Ambito Avellino ha determinato, "*attraverso una serie di delibere e studi di supporto*"[4], che la modalità *in house* è quella più adatta per il territorio di competenza. La scelta è "*motivata dall'esperienza pregressa della società provinciale e dal fatto che quasi tutti gli impianti necessari per soddisfare le esigenze dell'ATO sono di proprietà pubblica*".

Dal punto di vista della scelta tra la costituzione di una nuova società da parte dei Comuni e l'acquisizione da parte degli stessi della società provinciale Irpiniambiente S.p.A., la Relazione riporta che l'Ente d'Ambito ha appreso che la valutazione del valore sociale delle quote di quest'ultima – come stimato dalla Provincia con Delibera n. 32/2024 – è pari a €2.491.330,94, mentre per costituire una nuova società servirebbero ai Comuni €4.000.000,00 in base alla stima contenuta nella Relazione *ex* articolo 14 e nel relativo PEF approvati con la deliberazione di Consiglio d'Ambito n. 4 del 4 febbraio 2023. Pertanto, la scelta è ricaduta sull'opzione di rilevare da parte dei Comuni la società provinciale, invece di costituirne una nuova.

Dopo aver illustrato la sussistenza, attuale e futura, dei requisiti dell'*in house* richiesti dall'ordinamento, la Relazione esamina le motivazioni economico-finanziarie della scelta dell'*in house* ed espone alcune ragioni del mancato ricorso al mercato, facendo innanzitutto riferimento a una sentenza del Consiglio di Stato, la n. 3682/2021, per sostenere che, nelle valutazioni

[2] Fatta salva la costituzione del Comune di Avellino in separato Sub Ambito Distrettuale ("SAD").
[3] La deliberazione fa seguito alla deliberazione n. 8 del 16 marzo 2024 recante "*Art. 26 bis della Legge Regione Campania n.14 del 26.05.2016: scelta in ordine alla governance della gestione del ciclo integrato dei rifiuti*", con la quale l'Ente d'Ambito aveva dato mandato al Direttore Generale di valutare la fattibilità tecnica di diverse opzioni, consistenti alternativamente: nell'acquisizione da parte dei Comuni della società provinciale Irpiniambiente S.p.A.; nell'acquisizione di altre società attive nei servizi afferenti al ciclo dei rifiuti nei Comuni facenti parte dell'ATO Avellino oppure nella costituzione da parte dei Comuni di una nuova società.
[4] Viene citata, in particolare, la Relazione elaborata dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope, già allegata alla deliberazione n. 4 del 4 febbraio 2023, oggetto di impugnazione nell'ambito del contenzioso pendente, anche specificatamente in ordine alla motivazione qualificata per la scelta dell'*in house* e alle ragioni del mancato ricorso al mercato.

sulla scelta di gestione del servizio dei rifiuti urbani, deve attribuirsi (almeno) pari valenza alle considerazioni extra-economiche, sociali e ambientali, rispetto a quelle meramente economiche. In tale sentenza – che viene citata in alcuni estratti – si sostiene, tra gli altri, che, nel valutare la scelta di internalizzare la gestione di un servizio essenziale, il profilo dei costi deve essere considerato in maniera complementare ai profili della qualità, dell'efficacia e dell'adeguatezza. Si intende dunque che, in presenza di un'impresa *in house* già attiva, che abbia dato prova di eseguire il servizio con "*efficacia, efficienza ed affidabilità*", la scelta di proseguire con l'internalizzazione del servizio potrebbe considerarsi giustificata.

Volendo basare la propria decisione tenendo conto "*anche dei risultati organizzativi e gestionali ottenuti nel tempo dal soggetto a cui sarà affidata la gestione dell'intero ciclo dei rifiuti urbani*" – si sostiene nella Relazione – "*Irpiniambiente S.p.A. è in possesso delle qualità e dell'esperienza per lo svolgimento dello stesso, in quanto già Gestore del servizio nel gran parte del territorio*".

A riprova di ciò, viene citato il fatto che la società ha posto come "*fondamento del proprio modello gestionale il servizio porta a porta, la declinazione del servizio in base alle caratteristiche territoriali del Comune servito, la pulizia del territorio, l'attenzione ai costi di gestione*". Inoltre, si prevede che l'estensione a tutto il territorio provinciale delle attività di raccolta domiciliare e di quelle ora svolte in economia dai Comuni porterà ad una crescita occupazionale, che potrebbe rivelarsi ridimensionata in caso di esternalizzazione del servizio. In aggiunta, il progetto di implementare la tariffa puntuale sul territorio – che dovrebbe far parte dell'offerta da parte di Irpiniambiente S.p.A. – porterà, secondo l'Ente, ad una maggiore equità nella distribuzione dei costi del servizio.

Vengono poi elencati alcuni vantaggi del ricorso all'*in house*, spesso citati, quali: la maggiore facilità di variare le condizioni di offerta in base alle esigenze della comunità di riferimento, invece di "*un contratto difficilmente modificabile senza ulteriori aggravi per il Comune*" in caso di esternalizzazione del servizio; la maggiore verificabilità e capacità di controllo sui costi da parte della committenza; l'assenza di terzietà quale maggiore garanzia di raggiungimento degli obiettivi contrattuali; la maggiore qualità dei servizi garantita dall'assenza di scopo di lucro, in quanto la società *in house*,

con il solo vincolo del pareggio di bilancio, sarebbe più elastica nell'attivare interventi, "*indipendentemente dalle circostanze particolari e dal grado di redditività economica di ciascun intervento, nel rispetto dei principi di economicità, efficienza ed efficacia*".

Analizzando più in dettaglio le motivazioni economico-finanziarie della scelta, la Relazione fa ampio riferimento alla regolazione di settore, in particolare a quella inerente alla determinazione dei costi del servizio, valida a prescindere dalla modalità di affidamento, e in base alla quale la stazione appaltante è in grado di "*determinare il valore dei servizi oggetto di affidamento*" e gli operatori di "*valutare la possibilità di presentare un'offerta più competitiva, valorizzando eventuali efficienze gestionali*" [5]. Ciò detto, ai fini dell'attestazione della congruità economica dell'offerta proposta da Irpiniambiente S.p.A. – che sarà contenuta nel Piano Industriale redatto da parte della società, attualmente ancora non disponibile[6] – per l'affidamento di 15 anni della gestione integrata dei rifiuti nell'ATO Avellino "*sarà fondamentale*" il confronto tra i costi del servizio preventivati e il costo del servizio svolto dalle attuali aziende che operano nel territorio, tratto dai valori di costo indicati nei PEF su modello ARERA approvati dai singoli Comuni per l'anno 2024.

Infine, la Relazione rende noto che la Provincia di Avellino, nella propria delibera sulla razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche[7], non ha ritenuto di dover produrre la ricognizione *ex* articolo 30 del d.lgs. n. 201/2022

---

[5] Pag. 55 della Relazione: "*Per la valutazione di economicità di gestione, è utile premettere il parere rilasciato dall'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA) all'Autorità Nazionale Anticorruzione con nota del 15 marzo 2021, secondo cui: "ai fini della valutazione sulla congruità economica dell'offerta, ove si tratti di attività ricomprese nel perimetro della regolazione, dovrà essere operato un necessario rinvio a quanto disposto dall'Autorità in merito ai criteri per il riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e investimento*".

[6] Pag. 56 della Relazione: "*Il Piano Industriale dovrà prevedere:*

✓*l'esecuzione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani in maniera omogenea, su tutto il territorio del Bacino dell'ATO Avellino (ad eccezione del capoluogo che utilizzerà solo gli impianti) composto da 113 Comuni, secondo i dettami del Piano d'Ambito adottato il 24.8.2023 con delibera del consiglio d'ambito n. 31, favorendo la diffusione di best-practice;*

✓*il superamento degli obiettivi raccolta differenziata sul tutto il territorio;*

✓*introduzione e gestione della tariffa puntuale per le utenze domestiche e non domestiche;*

✓*miglioramento della sostenibilità ambientale complessiva del territorio;*

✓*maggiore sostenibilità ambientale della gestione dei rifiuti nel territorio.*"

[7] Amministrazione Provinciale di Avellino Provvedimento presidenziale n. 128 del 14 novembre 2023, recante "*Razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche ex articolo 20 del d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175*.".

in relazione alle attività svolte dalla propria partecipata Irpiniambiente S.p.A.[8]. Pertanto, i dati sull'andamento della gestione ricavabili da tale documento non sono disponibili.

Nelle conclusioni, la Relazione dichiara, tra gli altri, di recepire l'analisi S.W.O.T. già sviluppata nella precedente Relazione *ex* articolo 14 del d.lgs. n. 201/2022, elaborata dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope e allegata alla deliberazione dell'Ente d'Ambito Avellino n. 4 del 4 febbraio 2023 (oggetto del precedente parere AS1918), e di scegliere quindi la modalità *in house*, condizionata all'esito positivo del passaggio delle quote della società provinciale ai Comuni e della valutazione di congruità economica da svolgersi una volta che sarà reso disponibile il Piano Industriale a cura di Irpiniambiente S.p.A..

L'Autorità intende svolgere alcune considerazioni in merito a determinati profili di criticità concorrenziale dell'operazione, relativi in particolare agli obblighi di motivazione qualificata circa la forma di affidamento prescelta.

In particolare, la Relazione *ex* articolo 14 del d.lgs. n. 201/2022, allegata alla deliberazione del Consiglio d'Ambito n. 22 del 5 settembre 2024, non risulta idonea a giustificare la modalità di affidamento scelta dall'ente.

Innanzitutto, l'Ente d'Ambito motiva la scelta di affidare *in house* il servizio alla società Irpiniambiente S.p.A. – oltre che sulla valutazione del valore delle quote della stessa, che risulterebbe di molto inferiore a un'eventuale costituzione di società *ex novo* – eminentemente sulla base del fatto che la società è già attiva sul territorio e sull'esperienza pregressa maturata, senza tuttavia riportare dati concreti in ordine ai risultati ottenuti dalla società sotto il profilo della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, degli investimenti effettuati e degli effetti sulla finanza pubblica. Le uniche informazioni in merito si riducono ad affermazioni generiche sull'operato della società[9], senza possibilità di

[8] "[…] *stante la particolare situazione giuridica di Irpiniambiente s.p.a., società in house della Provincia di Avellino che, tuttavia, esercita un servizio pubblico locale a rilevanza economica a favore dei Comuni e non dell'ente Provincia in via diretta*.".

[9] Pag. 54: "[…] *Irpiniambiente s.p.a., nei Comuni in cui già opera come soggetto "in house providing" ha posto come fondamento del proprio modello gestionale il servizio porta a porta, la declinazione del servizio in base alle caratteristiche territoriali del Comune servito, la pulizia del territorio, l'attenzione ai costi di gestione*".

valutarne effettivamente la valenza, anche con riferimento ad esperienze paragonabili.

La mancanza di dati provenienti dalla ricognizione *ex* articolo 30 del d. lgs. n. 201/2022 non è peraltro idonea a giustificare l'assenza di dati quantitativi a fondamento della scelta compiuta, vieppiù considerato che la società è già attiva da anni sul territorio. Quello che traspare, semmai, è la – perdurante – carenza istruttoria dimostrata da parte dell'Ente d'Ambito Avellino rispetto a quanto richiesto dalla normativa vigente.

Ugualmente insignificante è la circostanza – anche questa citata tra le motivazioni a supporto dell'affidamento *in house* all'attuale società provinciale – che "*quasi tutti gli impianti necessari per soddisfare le esigenze dell'ATO sono di proprietà pubblica*". Infatti, la pubblica proprietà non è condizione ostativa alla possibilità di scelta tra le tre opzioni di modalità di affidamento previste dall'articolo 14, comma 1, del d.lgs. n. 201/2022, come del resto esplicitamente previsto, anche nel caso di gestione delle reti separata rispetto alla gestione del servizio, dall'articolo 21, comma 4, del medesimo decreto.

Occorre poi considerare l'inattualità della evocata sentenza del Consiglio di Stato n. 3682/2021, citata nella Relazione, rispetto a quanto ora imposto dalla nuova normativa applicabile, frattanto entrata in vigore. L'articolo 14 del d.lgs. n. 201/2022, infatti, richiede espressamente all'Ente affidante di dare conto di una serie di elementi che risultano gravemente carenti nella Relazione e che non erano richiesti dalla normativa applicabile *ratione temporis*[10].

[10] Mentre, in tema di motivazione sulla scelta della modalità di affidamento, la relazione *ex* articolo 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012 (abrogato a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 201/2022) richiedeva succintamente di dare conto delle "*ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta*" e l'articolo 192, comma 2, del d. lgs. n. 50/2016 (ora sostituito dal nuovo codice dei contratti pubblici, d. lgs. 36/2023) imponeva alle stazioni appaltanti di effettuare "*preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*", nella relazione *ex* articolo 14 del d.lgs. n. 201/2022 attualmente vigente viene infatti richiesto all'Ente affidante di tenere conto delle "*caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale*

In ogni caso, si ritiene che il contenuto della citata sentenza sia semmai condivisibile nella misura in cui può ritenersi adeguata, anche a vigente legislazione, la scelta di mantenere l'affidamento *in house* nel caso in cui il pregresso gestore abbia dato concretamente prova di conseguire risultati efficienti, efficaci ed adeguati e sia pertanto da considerarsi un caso di gestione *in house* virtuosa, tale da giustificare il mancato ricorso al mercato. Tuttavia, nel caso di specie, la Relazione non dà conto in questo senso dei risultati finora raggiunti dalla società nella gestione del ciclo dei rifiuti.

Anche le restanti argomentazioni esposte nella Relazione non giustificano la scelta compiuta. Infatti, in relazione al recepimento integrale dell'analisi S.W.O.T. illustrata nella precedente Relazione *ex* articolo 14 del d.lgs. n. 201/2022 allegata alla deliberazione dell'Ente d'Ambito Avellino n. 4 del 4 febbraio 2023, si richiamano interamente tutte le contestazioni relative al contenuto specifico dell'analisi stessa, ampiamente esposte nel citato parere motivato *ex* articolo 21-*bis* della legge n. 287/1990 inviato all'Ente d'Ambito in data 14 giugno 2023[11], e si ribadisce che, di per sé, tale tipo di analisi non è in grado di costituire un'argomentazione esaustiva a supporto della scelta della modalità *in house* in base alla legislazione vigente.

Si rileva dunque, nella deliberazione n. 22 del 5 settembre 2024 e nell'allegata Relazione, la perdurante carenza degli elementi motivazionali richiesti in ordine alla scelta sulla modalità di affidamento, in violazione dell'articolo 14, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 201/2022. Tale violazione appare tanto più grave, in quanto trattasi a tutti gli effetti di una reiterazione dei vizi già dedotti - circa la carenza di motivazione - in relazione al precedente progetto di affidare il servizio ad una *newco* di proprietà dell'Ente d'Ambito.

L'Autorità ritiene che le descritte violazioni abbiano un evidente impatto anticoncorrenziale, in quanto in grado di limitare ingiustificatamente la possibilità, per operatori efficienti attivi nel servizio di gestione integrata dei

---

e per gli utenti e degli investimenti effettuati", tenendo altresì conto "*dei dati e delle informazioni che emergono dalle verifiche periodiche*" sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali effettuate ai sensi dell'articolo 30 del medesimo decreto.

[11] Nel richiamato parere motivato, infatti, oltre a sottolineare che l'analisi S.W.O.T. non si presta "*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, 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*", viene segnalata l'arbitrarietà nell'assegnazione dei punteggi alle diverse modalità di affidamento, in quanto "*la formulazione di alcuni elementi di giudizio sembra conferire ingiustificatamente un punteggio maggiore all'in house*".

rifiuti urbani, di gestire il servizio in esito a una procedura competitiva a evidenza pubblica o attraverso un affidamento con modalità alternative conformi alla normativa vigente.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/1990, l'Ente d'Ambito Avellino 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

Firmato digitalmente da
Roberto Rustichelli
C = IT
Data e ora della firma: 06/11/2024 16:25:23