



*Autorità Garante  
della Concorrenza e del Mercato*

PARERE

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

relativo alla Deliberazione del Consiglio d'Ambito dell'Ambito Territoriale Ottimale Napoli 1 n. 6 del 27.03.2023 recante “*Acquisto della partecipazione sociale della SAPNA S.p.A. – Affidamenti in house providing – Provvedimenti.*”

inviato a  
Ambito Territoriale Ottimale Napoli 1  
Ente d'Ambito per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani

Rif. n. S4652

Dott. Raffaele Del Giudice  
Presidente del Consiglio d'Ambito  
Ambito Territoriale Ottimale Napoli 1  
*Ente d'Ambito per il servizio di gestione  
integrata dei rifiuti urbani*  
PEC: atonapoli1@pec.it

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 9 maggio 2023, 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 d'Ambito dell'Ambito Territoriale Ottimale Napoli 1 n. 6 del 27.03.2023 recante “*Acquisizione di quota della partecipazione sociale della SAPNA S.p.A. – Affidamenti in house providing – Provvedimenti.*”. La deliberazione è stata oggetto di pubblicazione sul sito *web* istituzionale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'apposita sezione “*Trasparenza SPL*” in data 29 marzo 2023.

Tale deliberazione ha a oggetto l'acquisizione da parte dell'Ente d'Ambito Territoriale Ottimale Napoli 1 (anche “*EDA Napoli 1*”) della quota del 21,13% di partecipazioni nella società S.A.P.NA. S.p.A. e la contestuale decisione di affidamento *in house* a quest'ultima del segmento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani afferente al trattamento intermedio del rifiuto urbano indifferenziato nei Comuni di competenza.

L'Autorità intende svolgere alcune considerazioni in merito a diversi profili di criticità concorrenziale dell'operazione, relativi in particolare: (i) alla stessa decisione dell'Ente d'Ambito di partecipare al capitale sociale di un

soggetto incaricato della gestione di un servizio pubblico locale a rete; (ii) alla motivazione qualificata circa la forma di affidamento scelta, le ragioni del mancato ricorso al mercato e la durata dell'affidamento.

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

La deliberazione adottata dall'Ente d'Ambito Napoli 1 appare innanzitutto viziata per la stessa decisione dell'Ente di partecipare al capitale sociale del soggetto incaricato della gestione di un servizio pubblico locale a rete, in violazione degli articoli 6, comma 2, e 33, comma 2, del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (recante il "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 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 2, ha, tuttavia, differito la decorrenza del termine iniziale di cui all'articolo 6, comma 2, 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 di Piani di ambito in via di definizione.

Nel fornire un'interpretazione della norma di cui all'articolo 33, comma 2, in un precedente parere reso all'EDA di Caserta, la Sezione di controllo della Corte dei Conti della Campania (deliberazione n. 13/2023/PASP) ha ritenuto che, per beneficiare di tale disposizione derogatoria, entro il 30 marzo 2023 gli enti d'ambito avrebbero dovuto non soltanto acquisire la partecipazione societaria, ma anche affidato all'operatore interessato il servizio di gestione dei rifiuti e stipulato il relativo contratto di servizio<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Secondo la Corte infatti "in base al combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 33, al fine di beneficiare della clausola di salvezza contenuta nel mentovato comma 1, tale affidamento dovrebbe intervenire entro il 30 marzo 2023. Ad avviso del Collegio, infatti, senza la stipulazione del contratto di servizio non può parlarsi di "affidamento in essere" ai fini dell'art. 33, comma 1, del decreto di riordino dei SPL". In termini simili si è espressa anche la Corte dei Conti della Puglia (deliberazione n. 36/2023/PASP).

Nelle more dell'attesa del parere della Corte dei Conti in merito alla deliberazione del Consiglio d'Ambito n. 2 del 9 febbraio 2023, nella quale si decideva già l'acquisizione della sopra menzionata quota di partecipazioni nella società S.A.P.NA. S.p.A., l'EDA Napoli 1 ha ritenuto di adottare la nuova deliberazione oggetto del presente parere, dando anche conto della citata posizione espressa dalla Sezione di Controllo della Corte dei Conti della Campania e ritenendo di potersene discostare, in quanto, secondo l'Ente, tale interpretazione priverebbe di portata applicativa il comma 2 dell'articolo 33 del d.lgs. n. 201/2022.

L'Autorità è, invece, dell'avviso per cui la *ratio* della deroga introdotta per i servizi di gestione dei rifiuti urbani sia quella - come lo stesso articolo 33, comma 2, prevede - 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 novanta giorni dall'entrata in vigore della normativa di cui al d.lgs. n. 201/2022, un processo già avviato e in via di definizione. Ove si ritenesse, come sostiene l'EDA Napoli 1, che il contratto di servizio con la società *in house* possa essere sottoscritto anche in data successiva al 30 marzo 2023 si consentirebbe, di fatto, all'ente la facoltà di rendere operativa la società *in house* anche ben oltre detto termine.

Del resto, è lo stesso tenore letterale delle disposizioni di cui agli articoli 6, comma 2, e 33, comma 2, del d.lgs. n. 201/2022 a deporre nel senso che, entro il 30 marzo 2023, dovrebbe essere anche stipulato il contratto di servizio. Infatti, ai sensi dell'articolo 6, comma 2, lo slittamento temporale richiede che vi sia una partecipazione in “*soggetti incaricati della gestione del servizio*”, ossia con cui è già stato stipulato un contratto.

Il pertinente parere della Sezione di controllo della Corte dei Conti della Campania, depositato in data 29 marzo 2023 (deliberazione n. 82/2023/PASP), ha confermato le considerazioni espresse nei precedenti citati, evidenziando altresì come un'interpretazione contraria non sarebbe condivisibile nella misura in cui non si ravvisa quale esigenza transitoria di coordinamento possa sussistere rispetto a operazioni societarie che, alla data di entrata in vigore del decreto di riordino dei servizi pubblici locali, non erano state neppure deliberate.

Inoltre, tale posizione non rende sostanzialmente inapplicabile la disposizione di cui all'articolo 33, comma 2, come sostiene l'EDA Napoli 1, posto che il lasso temporale decorrente dal 31 dicembre 2022 (data di entrata in vigore del d.lgs. n. 201/2022) e il 30 marzo 2023 risulta ampiamente sufficiente per completare le consultazioni previste dall'articolo 5, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 (recante "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*") e gli adempimenti di cui all'articolo 17, comma 3, del d.lgs. n. 201/2022.

Si ritiene, pertanto, che la decisione dell'Ente d'Ambito Napoli 1 di partecipare direttamente alla società incaricata della gestione del servizio si ponga in violazione degli articoli 6, comma 2, e 33, comma 2, del d.lgs. n. 201/2022.

*(ii) Sulla motivazione circa la forma di affidamento scelta, le ragioni del mancato ricorso al mercato e la durata dell'affidamento*

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<sup>2</sup>).

---

<sup>2</sup> In particolare, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, 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 decreto, 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. 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". La norma è stata abrogata dall'articolo 37, comma 1, lettera h), del citato d.lgs. n. 201/2022 di riordino della disciplina dei servizi

Nella deliberazione, l'EDA Napoli 1, richiamando quanto prescritto dall'articolo 14 del d.lgs. n. 201/2022, elabora la propria argomentazione in sostegno della scelta di non ricorrere al mercato sulla base di un'analisi S.W.O.T. (*Strengths, Weaknesses, Opportunities, Threats*).

Si nota come tale analisi 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, infatti, opportuno 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, invece, la formulazione di alcuni elementi di giudizio sembra conferire ingiustificatamente un punteggio maggiore all'*in house*. A titolo di esempio: nella parte sui punti di forza dell'*in house* si menziona “*la maggior trasparenza gestionale derivante dall'obbligo di controllo analogo*” cui fa da contrappeso, nella parte sui punti di debolezza, “*la difficoltà di applicare le penali*” in assenza di vincoli contrattuali; tuttavia, per le altre due modalità di gestione, il vantaggio costituito dalla possibilità di far valere gli obiettivi contrattuali tramite penali non è considerato tra i punti di forza, ma solo come punto di debolezza a causa della “*macchinosa attività di controllo*”. In altri casi, si registra un'incoerenza nell'omettere elementi di giudizio che rilevano – seppure in maniera diversa – anche nella società a gestione mista, la quale costituisce a tutti gli effetti un ibrido tra le due.

---

pubblici locali. Si ricorda, inoltre, che l'onere di motivazione rafforzata per gli affidamenti *in house* è previsto anche dall'articolo 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016 (recante “*Codice dei contratti pubblici*”), 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. 31 marzo 2023 n. 36, 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.

In aggiunta, senza pretesa di esaustività rispetto al contenuto di ogni singolo elemento analizzato nell'analisi S.W.O.T., si vuole sottolineare l'incongruità del giudizio inerente ai costi del servizio, inserito tra i punti di forza dell'*in house*, in base al presupposto che questa modalità di gestione assicuri “*costi del servizio più bassi per la mancanza di utili di impresa*”.

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. 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 remunerare il capitale 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, rinunciandovi espressamente), 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, posto che eventuali operatori privati non potrebbero permettersi di non remunerare il capitale.

Infine, all'eventualità che il costo del servizio risulti minore nell'*in house* grazie alla non corresponsione dell'utile viene attribuito un punteggio di tre punti, mentre ai risparmi conseguibili attraverso i ribassi derivanti dall'espletamento della procedura di gara viene attribuito solamente un punto. Tale disparità di giudizio non appare giustificabile o ragionevole, in virtù del fatto che il costo del servizio potrebbe, invece, ben risultare complessivamente più basso in caso di gestione affidata a terzi, pur remunerando tutti i fattori della produzione.

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 mancata pubblicazione del Piano Economico-Finanziario (anche PEF) quale allegato alla deliberazione di affidamento del servizio e con esso la totale assenza delle informazioni di carattere economico-finanziario sull'affidamento richieste dall'articolo 17, comma 4; l'assenza di un ragionevole sforzo di giustificare l'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; ancora in relazione a quanto richiesto dall'articolo 17, comma 2, sulla necessità per l'ente di tenere conto di atti e indicatori prescritti da ARERA, la presenza di riferimenti soltanto generici all'adozione del pertinente metodo tariffario e la totale assenza di altri riferimenti, ad esempio relativi agli schemi di PEF, al valore dell'equa remunerazione del capitale, o ai livelli di qualità del servizio.

Da ultimo, si nota come, in relazione a quanto prescritto dall'articolo 19, comma 1, del d.lgs. n. 201/2022, nella deliberazione non è fornita alcuna evidenza in merito al fatto che la durata dell'affidamento, pari a 15 anni, sia stabilita in misura proporzionata all'entità degli investimenti e al periodo necessario ad ammortizzare gli stessi. Non è inoltre possibile alcun ulteriore approfondimento in merito a causa della mancanza degli allegati documenti di pianificazione economico-finanziaria.

\* \* \*

In conclusione, la deliberazione dell'EDA Napoli 1 citata in premessa, avente a oggetto l'acquisizione di partecipazioni nella società S.A.P.NA. S.p.A. e la contestuale decisione di affidamento *in house* a quest'ultima del segmento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani afferente al trattamento intermedio del rifiuto urbano indifferenziato nel territorio di competenza, risulta illegittima per i seguenti motivi:

- (i) per la stessa decisione dell'Ente d'Ambito di partecipare al capitale sociale del soggetto incaricato della gestione di un servizio pubblico



locale a rete, in violazione degli articoli 6, comma 2, e 33, comma 2, del d.lgs. n. 201/2022;

- (ii) per la significativa carenza di motivazione qualificata circa la forma di affidamento scelta, le ragioni del mancato ricorso al mercato e la durata dell'affidamento, in violazione degli articoli 14, 17 e 19, comma 1, del d.lgs. n. 201/2022.

L'Autorità ritiene che tutte 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 rifiuti urbani, di essere posti nelle condizioni di poter partecipare a una procedura competitiva finalizzata all'ingresso nel mercato di riferimento. 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).

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/1990, l'EDA Napoli 1 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 presente parere sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE  
*Roberto Rustichelli*