

## AS999 - DELIBERAZIONE 130/2010 DEL COMUNE DI ROMA

Roma, 12 dicembre 2012

Sindaco del Comune di Roma

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'esercizio dei poteri di segnalazione di cui all'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, intende formulare alcuni rilievi con riguardo agli aspetti anticoncorrenziali della deliberazione di Giunta Comunale n. 130 del 22 dicembre 2010, con la quale, approvando l'accordo per l'adeguamento del previgente contratto di servizio tra Roma Capitale e ACEA S.p.A., si è provveduto ad allineare la durata di quest'ultimo – originariamente di durata decennale fino al 2015 - alla scadenza, fissata al 31 dicembre 2027, della concessione in uso esclusivo gratuito dei beni demaniali costituiti dagli impianti di illuminazione pubblica, di cui la stessa società ACEA S.p.A. gode in virtù di una convenzione trentennale stipulata nel corso del 1999.

La suddetta deliberazione, comportando un'indebita estensione temporale del regime di affidamento diretto del servizio di illuminazione pubblica, e non consentendo quindi di procedere, per un considerevole periodo, ad affidamenti basati sull'esperimento di procedure ad evidenza pubblica, ha determinato rilevanti effetti di restrizione della concorrenza, a detrimento del corretto funzionamento dei mercati e, in ultima analisi, dei cittadini fruitori dei relativi servizi.

Ed infatti, con riguardo in primo luogo alla legittimità dell'attuale affidamento diretto - come derivante dal citato adeguamento del contratto di servizio di cui alla Deliberazione del dicembre 2010 ad ACEA per i servizi di cui trattasi-,

l'Autorità osserva che esso, interessando una società quale ACEA S.p.A., quotata in Borsa sin dal luglio 1999<sup>1</sup>, non presenta la caratteristica del "controllo analogo" dell'ente affidante sulla società affidataria, richiesta dalla normativa comunitaria e nazionale per utilizzare una procedura di *in-house providing* ai fini dell'attribuzione della gestione di un servizio pubblico locale, quale deve qualificarsi il servizio di illuminazione pubblica.

Nel caso di specie, in cui l'affidamento originario è intervenuto nel 2007, non appare inoltre applicabile la norma di salvaguardia prevista dall'articolo 34, comma 15, del D.L. n. 179/12 – attualmente in corso di conversione – secondo cui gli *"affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto"*.

Peraltro, già al momento della revisione di detto contratto, attuata con la delibera 130/2010 del Comune di Roma, una proroga dell'affidamento diretto risultava in contrasto con la normativa applicabile, e cioè con il comma 8 dell'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, e con il D.P.R. n. 168/10 di attuazione del citato articolo 23-bis. Sulla base di tali norme, infatti, il contratto di servizio di cui trattasi, in quanto sottoscritto dopo il 1° ottobre 2003, avrebbe dovuto cessare alla fine del 2011. Ciò nonostante, l'affidamento è stato addirittura prolungato fino alla fine del 2027, allineandolo alla durata della convenzione per la concessione degli impianti, nonostante ciò non sia tecnicamente necessario per lo svolgimento del servizio.

In conclusione, l'affidamento in questione risulta quindi in contrasto con i principi comunitari in materia di concorrenza, essendo in particolare privo dei requisiti per la configurabilità dell' *in-house providing*, in quanto la presenza di soci privati nel capitale di una società di per sé impedisce la configurazione di un rapporto di controllo analogo.

Le caratteristiche di tale affidamento diretto, che risulta comprensivo sia della gestione degli impianti che della fornitura di energia elettrica, hanno comportato (i) una distorsione della concorrenza nel mercato della fornitura del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica, in quanto ACEA S.p.A, società affidataria, si è assicurata senza alcun confronto concorrenziale e per un lungo periodo, il servizio di gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica nel Comune di Roma e (ii) una distorsione della concorrenza nel mercato della vendita al dettaglio di energia elettrica ai clienti non domestici allacciati in bassa tensione a favore della società ACEA Energia - controllata di ACEA S.p.A.- in quanto la prima ha assunto la qualità di fornitrice della seconda in esclusiva dell'energia elettrica necessaria per assicurare il servizio di illuminazione pubblica.

---

<sup>1</sup> [ Secondo i consolidati principi comunitari, la presenza di soci privati nel capitale di una società di per sé impedisce la configurazione di un rapporto di controllo analogo: per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società a cui partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice "esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi" (Casi C-26/03 Stadt Halle; C-340/04 Carbotermo e Consorzio Alisei, C-573/07 Sea S.r.l.). Tale conclusione appare rafforzata nel caso di specie dalla grande autonomia di ACEA, dimostrata in primo luogo dall'intervenuta quotazione in borsa, nonché dal campo di attività particolarmente esteso della società. L'orientamento comunitario è costante anche nel ritenere che l'individuazione dei soci privati mediante quotazione in borsa avviene con modalità non equiparabili a quelle di una procedura di gara realizzata nel rispetto del principio di trasparenza e delle disposizioni di cui alla Direttiva 2004/18/CE. E' invece necessario, secondo la Commissione, che i soci privati siano scelti con procedura concorrenziale, poiché "qualunque investimento di capitale privato di un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente" dagli obiettivi di interesse pubblico (caso Stadt Halle). ]

L'Autorità intende peraltro evidenziare, nel caso di specie, la natura non già meramente teorica di tali elementi distorsivi, ma piuttosto la sussistenza di concreti effetti peggiorativi sulle condizioni di fornitura del servizio, rispetto a quelle ottenibili nel caso in cui fossero state applicate procedure di gara per l'affidamento.

In tal senso, vale infatti sottolineare come l'adeguamento del contratto di servizio firmato nel dicembre 2010 appare essersi realizzato, sotto il profilo tariffario, basandosi sul solo riferimento allora disponibile, costituito dai prezzi a base d'asta della gara Consip per il servizio di illuminazione pubblica.

L'espletarsi successivo di detta gara ha tuttavia condotto a sconti rispetto a tali valori base, nel caso del Lotto 5 – Abruzzo – Lazio, pari al 23% per i servizi corrispondenti a quelli oggetto dell'affidamento.

In definitiva, la scelta del Comune di mantenere in capo ad ACEA S.p.A., per un periodo prolungato, l'affidamento diretto del servizio di gestione degli impianti di illuminazione pubblica e della fornitura dell'energia elettrica necessaria alla fornitura del servizio a prezzi predeterminati, senza procedere a gara al fine di ottenere le migliori condizioni di offerta, ha determinato un danno per la concorrenza, la cui estensione può essere commisurata alle mancate economie realizzate dal Comune di Roma. La misura di tali economie può essere individuata, nel caso di specie, nella differenza fra le condizioni economiche di fornitura stabilite nell'attuale contratto di servizio stipulato fra ACEA S.p.A. e il Comune, e quelle individuate dal mercato, come rappresentate dai prezzi di fornitura CONSIP a seguito dell'esperimento della relativa gara; ciò anche considerando la comparabilità di tali tariffe, data l'assenza, nel contratto di servizio di ACEA di standard di qualità superiori alla media, come autorevolmente osservato dalla stessa Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali del Comune di Roma nelle Relazioni annuali sullo stato dei servizi pubblici locali e sull'attività svolta riguardanti il 2010 e il 2011.

Sulla base di questi rilievi, l'Autorità auspica che il Comune di Roma, a fronte del richiamato contrasto con le norme a tutela della concorrenza delle attuali modalità di affidamento del servizio di pubblica illuminazione, voglia avvalersi della facoltà di revoca anticipata della concessione e/o scioglimento del contratto elencate nell'articolo 1 dell'Accordo per l'adeguamento del contratto di servizio tra Roma Capitale e ACEA S.p.A., e avviare, tanto per l'affidamento del servizio di gestione degli impianti di illuminazione pubblica quanto per l'acquisto dell'energia elettrica necessaria al funzionamento di tali impianti, le procedure ad evidenza pubblica necessarie per garantirne le più concorrenziali condizioni di fornitura a beneficio del mercato e, in ultima analisi, del cittadino contribuente.

IL PRESIDENTE

*Giovanni Pitruzzella*