

AS1755 – ATO CATANIA 2 – GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Roma, 5 marzo 2021

Assemblea Territoriale Idrica Catania

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 3 marzo 2021, ha deliberato di esprimere un parere ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in relazione alle Deliberazioni nn. 13 e 14, assunte entrambe il 17 dicembre 2020¹ dall'Assemblea Territoriale Idrica (di seguito, anche A.T.I.) dell'Ambito Territoriale Ottimale - Catania 2 (di seguito, anche A.T.O. - Catania), aventi rispettivamente a oggetto "Approvazione della relazione ex articolo 34, comma 20, D.L n. 179/2011 - Scelta della forma di gestione in house" e "Approvazione del «Piano d'azione e cronoprogramma per l'individuazione del Gestore Unico»".

Entrambe le decisioni in oggetto si inseriscono nel processo intrapreso da oltre quindici anni nell'A.T.O. catanese per pervenire, come imposto dalla normativa statale e regionale, alla gestione integrata e unica dei servizi idrici. Nel territorio in esame, infatti, la prestazione di questi servizi si caratterizza ancora per una estrema frammentazione e disomogeneità delle gestioni, in considerazione della elevata numerosità di gestori incaricati della loro fornitura, in modo integrato o solo parziale². L'A.T.I., con le Deliberazioni in oggetto, ha da ultimo optato per l'affidamento diretto *in house* del S.I.I. in favore di una costituenda società consortile, mentre il precedente Ente di Governo aveva, nel 2004, scelto l'affidamento in favore di società pubblico - privata con socio privato di minoranza da selezionare tramite gara a c.d. doppio oggetto, il cui esito è stato oggetto di un articolato contenzioso non ancora concluso.

L'attuale scelta della forma di affidamento del S.I.I. nell'A.T.O. catanese è stata, a sua volta, preceduta da una fase transitoria (c.d. di salvaguardia), deliberata nel 2018 e con originaria durata fino al 31 dicembre 2020, nel corso della quale si sarebbe dovuto realizzare un processo di accorpamento delle attuali gestioni a fronte della loro prosecuzione fino a tale termine³. Entro il periodo di salvaguardia si sarebbe dovuto anche procedere all'approvazione del piano d'ambito e, quindi, alla scelta della forma di affidamento del S.I.I. I previsti processi aggregativi, tuttavia, non si sono realizzati nel termine previsto e l'A.T.I. ha, quindi, proceduto a prorogare il periodo di salvaguardia al 31 dicembre 2023 e ad approvare il piano d'ambito che ha individuato nell'affidamento *in house* la forma di gestione del S.I.I.⁴.

In questo contesto, la Deliberazione n. 13/2020 in esame è, quindi, intervenuta per approvare la scelta dell'affidamento *in house* (così come previsto dal piano d'ambito) e la relativa relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2011, precisando che il Piano Economico Finanziario (già approvato in seno al piano d'ambito) ne costituisce parte integrante e prendendo, altresì, atto della intervenuta asseverazione dello stesso.

La contemporanea Deliberazione n. 14/2020 ha, invece, approvato il cronoprogramma per l'attuazione della prevista gestione unitaria del S.I.I., prevedendo entro il 31 dicembre 2020 l'avvio, da parte dei quattro gestori pubblici del S.I.I., della costituzione della società consortile Catania Nord Acque; il suo perfezionamento con l'ingresso nella sua compagine sociale di tutti i comuni compresi nell'A.T.O. (entro il 30 giugno 2021); la sottoscrizione della relativa Convenzione con l'A.T.I. (entro il 31 agosto 2021); e il trasferimento in suo favore delle reti e gli impianti da parte dei gestori esistenti (entro il 21 dicembre 2023).

L'Autorità, in merito a tali ultime Deliberazioni, intende svolgere le seguenti considerazioni anzitutto con riguardo alla relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2012, approvata con la Deliberazione A.T.I. n. 13/2020. Premesso che non risulta contraria né al diritto dell'Unione europea né a quello nazionale una disciplina interna che preveda condizioni di legittimità dell'*in house providing* più restrittive rispetto ai requisiti minimi imposti dal diritto euro-unitario, tale relazione appare unicamente impostata sulla petizione di principio secondo cui l'affidamento *in house*

¹ [Entrambi gli atti sono stati oggetto di pubblicazione sul sito internet dell'A.T.I. nel periodo dal 21 dicembre 2020 a 5 gennaio 2021 (<https://www.at Catania.it/>) e oggetto di segnalazione all'Autorità con comunicazione pervenuta il 10 febbraio 2021.]

² [L'art. 141, comma 2, del D.lgs. n. 192/2006, ss.mm.ii. (recante "Norme in materia ambientale"; c.d. testo Unico ambientale - T.U.A.), definisce il S.I.I. come l'insieme "dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua a usi civili, di fognatura di depurazione delle acque reflue".]

³ [Il progetto condizionava, precisamente, la "salvaguardia" delle gestioni in essere all'impegno dei gestori privati di favorire la loro aggregazione e a quello dei gestori pubblici di realizzare l'accorpamento delle relative gestioni in due poli di aggregazione: uno, nella parte settentrionale dell'A.T.O., per l'aggregazione in un'unica società consortile sia dei quattro gestori pubblici (Acoset S.p.A., Sidra S.p.A., Ama s.s. e So.Gip S.r.l.) sia delle gestioni in economia ancora presenti nell'area e, un altro nella parte meridionale dell'A.T.O., per l'aggregazione nella società pubblico-privata Servizi Idrici Etnei S.p.A. (aggiudicataria della gara a c.d. doppio oggetto del 2005) delle attuali gestioni in economia presenti in tale area (Vd. Deliberazioni A.T.I. nn. 6, 7 e 8 2018).]

⁴ [Vd. Deliberazioni del 10 dicembre 2020 nn. 2 e 3.]

sarebbe ontologicamente la migliore forma di affidamento del S.I.I., in quanto modalità che meglio concilierebbe una gestione del servizio improntata ai requisiti di efficienza, efficacia ed economicità con lo scopo della ricerca del bene comune, in quanto, come tutti i servizi pubblici locali, il S.I.I. *“si colloca in una zona intermedia tra le attività economiche da gestire secondo i canoni dell'efficienza e nell'ambito di un contesto competitivo e le attività non economiche da gestire in funzione dell'interesse generale e in vista di obiettivi di coesione sociale o territoriale di equità distributiva, ecc. ...”*⁵. La relazione pone, inoltre, l'accento sulla necessità di tenere conto del particolare assetto territoriale dell'A.T.O. catanese, che risulta ripartito in due zone geograficamente e idrologicamente distinte e sulla conseguente attuale grande frammentazione verticale e orizzontale del S.I.I. per desumere, senza ulteriori approfondimenti, la non appetibilità *tout court* della sua gestione da parte di privati.

Il documento argomenta ancora la preferenza accordata all'*in house* limitandosi a enfatizzare la clausola dell'obbligo di reinvestimento degli utili netti prevista dallo Statuto della costituenda società consortile, come pure il vantaggio per un subentrante soggetto unico *in house* di non essere vincolato alla c.d. clausola sociale, nonché, infine, una pretesa evidenza statistica in ordine all'insorgere di contrasti tra socio privato e socio pubblico in caso di gestione tramite società mista, senza motivare tuttavia per quale ragione queste circostanze dovrebbero apportare efficienze sicuramente maggiori di quelle conseguibili ricorrendo ad una ricerca nel mercato di offerte alternative, omettendo di svolgere un reale confronto a tale riguardo o di spiegare le ragioni per le quali tale confronto è nei fatti impossibile.

In merito, poi, alla valutazione, ex articolo 192, comma 2, D.lgs. n. 50/2016, di congruità economica dell'affidamento *in house* rispetto a forme alternative di gestione (i.e. gara e gara a c.d. doppio oggetto), la cui legittimità costituzionale oltre che rispetto all'ordinamento euro-unitario, si ricorda, è resa definitivamente in controversia dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 100/2020) e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (ordinanza 6 febbraio 2020, nelle cause riunite da C-89/19 a C-91/19), la relazione si limita a presentare una simulazione di sviluppo gestionale dell'affidamento che sarebbe ritenuta in grado di garantire il perseguimento degli obiettivi posti a fondamento della scelta dell'*in house* e, questo, pur ammettendo che il nuovo gestore sarebbe l'aggregazione di un *mix* di operatori con modelli organizzativi molto diversi che non hanno mai avuto una gestione industriale del servizio di scala adeguata e che provengono da esperienze anche solo mono-comunali. La *“valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house avuto riguardo al valore e all'oggetto della prestazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato”*, prescinde in ogni caso totalmente da qualsiasi analisi comparativa tra le condizioni economiche della gestione *in house* e quelle ottenibili mediante forme di gestione alternative, limitandosi a ribadire petizioni di principio sulla preferibilità del modello prescelto e sulle particolarità che storicamente hanno caratterizzato la gestione dei servizi idrici nel territorio di riferimento; si osserva sul punto che queste ultime, seppure costituiscano elementi valutativi da tenere in considerazione, non possono essere l'unico elemento rilevante per giustificare il mancato ricorso al mercato.

Conclusivamente, l'Autorità ritiene che l'affidamento prescelto manchi dei requisiti necessari per essere considerato legittimo, atteso il sostanziale mancato soddisfacimento degli obblighi di motivazione analitica in ordine alla preferibilità della scelta effettuata previsti dalla vigente normativa.

Sotto altro profilo, si rileva una dubbia legittimità anche con riguardo al ricorrere dell'insieme degli elementi costitutivi proprio del modello dell'affidamento di c.d. *in house providing*, soprattutto con riferimento al requisito del controllo analogo congiunto, posto che lo Statuto della nuova società consortile destinataria dell'affidamento *in house* non prevede nulla in merito.

In termini ancor più generali, la natura giuridica del nuovo soggetto (consorzio) e il suo oggetto sociale alimentano dubbi circa la possibilità stessa di qualificarlo gestore unico del S.I.I. nell'A.T.O. catanese, in quanto esso sembra piuttosto (come proprio della natura dei consorzi) uno strumento per consentire agli attuali gestori pubblici del S.I.I. di continuare a gestire ognuna per proprio conto distinte porzioni territoriali del S.I.I., dopo aver inglobato le gestioni in economia ancora esistenti ed evidentemente anche quelle gestite dalla società S.I.E., società mista pubblico-privata con selezione del socio privato tramite gara a c.d. doppio oggetto. Il nuovo consorzio, infatti, ha il compito di favorire le iniziative di progettazione, organizzazione e sviluppo gestionale nell'interesse e per conto dei consorziati in relazione a tutte le attività comprese nella gestione del S.I.I., nonché quello di compiere ogni operazione idonea alla migliore efficienza dell'attività dei soci e al loro coordinamento. Da quanto precede, pertanto, le quattro società consorziate sembrerebbero restare comunque singolarmente attive nella gestione del S.I.I. in violazione del principio dell'unicità della gestione del servizio stesso che, quindi, sarebbe solo fittiziamente rispettato.

Infine, anche la motivazione contenuta nella relazione a supporto della già deliberata proroga tecnica, al 31 dicembre 2023, delle gestioni in essere appare discutibile, considerato che l'istituto della proroga tecnica è previsto, nell'ambito dei contratti pubblici, al solo fine di consentire, senza interruzione del servizio, il subentro da un gestore all'altro e, quindi, come un istituto intrinsecamente eccezionale e temporaneo.

La relazione, infatti, sebbene appaia consapevole dei limiti e dell'eccezionalità dell'istituto della proroga degli affidamenti, recupera a suo sostegno le apodittiche e generiche motivazioni utilizzate per giustificare la scelta dell'*in house providing*, quali: la morfologia del territorio, la pendenza di contenziosi, la necessità di riordinare una gestione del S.I.I. estremamente frammentata sia nella sua erogazione che nel numero degli operatori. La relazione, pertanto, non sembra in grado di superare l'evidenza che, nel caso di specie, l'utilizzo dell'istituto della proroga tecnica sia stato piegato all'esigenza di sostenere, in ogni caso, la scelta della gestione unica *in house* del S.I.I. in relazione alla quale,

⁵ [Espressamente la relazione cita la Corte dei Conti, sez. reg. contr. e, in particolare, il parere n. 13 del 1° agosto 2014.]

tuttavia, la stessa relazione ha - come detto - motivato in modo sostanzialmente aprioristico e prescindendo da un effettivo confronto con il mercato (che tuttavia già nel 2004, quando l'Amministrazione scelse l'affidamento con gara a c.d. doppio oggetto, ha dimostrato di essere un'alternativa del tutto percorribile). La stessa A.T.I., peraltro, ha già dato prova di non essere stata in grado di rispettare le scadenze originariamente previste nel 2018 e che, del pari, presupponevano la c.d. salvaguardia (in sostanza la proroga) delle gestioni in essere, per le quali avrebbe, per contro, dovuto pienamente valutare la rispettiva conformità alla normativa *pro tempore* vigente e, in caso, la loro cessazione *ex lege*, ai sensi dell'articolo 172 T.U.A. A ciò si aggiunga che, in ragione del perdurante contezioso sulla legittimità del precedente affidamento alla società S.I.E., quest'ultima continuerà fino al 31 dicembre 2023 a gestire il S.I.I. in sette comuni dell'A.T.O. sulla base di un titolo giuridicamente ancora controverso.

L'Autorità ritiene, quindi, che la Deliberazione dell'A.T.I. Catania n. 13 del 17 dicembre 2020 non sia conforme alla disciplina in materia di *in house providing* come declinata dalla normativa nazionale con particolare riferimento agli obblighi di motivazione rafforzata previsti, per finalità pro-concorrenziali e di contrasto "*all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali*", dall'articolo 34, D.L. n. 179/2012 e dall'articolo 192, comma 2, D.lgs. n. 50/2016. La Deliberazione, inoltre, appare presentare aspetti di illegittimità, per difetto di adeguata motivazione, anche in relazione al divieto generale di proroga degli affidamenti non strettamente strumentali a consentire in tempi comunque brevi l'avvicendamento tra il gestore uscente e quello entrante. Nel caso di specie peraltro, l'Amministrazione ha già dato prova di non riuscire a rispettare, in disparte di ogni considerazione sulla sua legittimità, i termini di realizzazione di un progetto di convergenza verso la gestione unica e integrata di servizi idrici nel territorio di competenza che già presupponeva la proroga biennale delle gestioni in essere che, adesso, si vorrebbero prorogare per un periodo di tempo ancora più lungo.

I rappresentati vizi si estendono, di conseguenza, anche alla contemporanea Deliberazione dell'A.T.I. Catania n. 14 del 17 dicembre 2020 che definisce il cronoprogramma per la realizzazione del passaggio alla gestione unica del S.I.I. nell'A.T.O.. Tale Deliberazione, infatti, si fonda sul presupposto della scelta, effettuata con la coeva Deliberazione n. 13/2020, di un modello di gestione del S.I.I. che appare non adeguatamente motivato rispetto a scelte alternative nonché carente dei suoi elementi costitutivi. La Deliberazione n. 14/2020, inoltre, presume anche la legittimità della proroga tecnica delle gestioni in essere che, invece, non appare sostenuta, nell'ambito della relazione approvata con la Deliberazione n. 13/2020, da un apparato motivazionale idoneo a superarne i dubbi di legittimità.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/1990, l'Assemblea Territoriale d'Ambito Catania dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di 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 sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

per IL PRESIDENTE
il Componente
Michele Ainis

Comunicato in merito al mancato adeguamento dell'Assemblea Territoriale Idrica di Catania al parere reso dall'Autorità, ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990 riguardo alla Deliberazione del 17 dicembre 2020 n. 13, avente a oggetto "Approvazione della relazione ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2011 - Scelta della forma di gestione in house" e n. 14, avente a oggetto "Approvazione del «Piano d'azione e cronoprogramma per l'individuazione del Gestore Unico»".

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione dell'11 maggio 2021, ha deciso di impugnare davanti al T.A.R. territorialmente competente le Deliberazioni dell'Autorità Territoriale Idrica di Catania ("A.T.I.") nn. 13 e 14 del 17 dicembre 2020 (con le quali è stato, in particolare, approvato l'affidamento *in house providing* del S.I.I. per l'intero A.T.O. catanese in favore di una costituenda società consortile), la relativa relazione, ex articolo 34, comma 20, D.L. n. 179/2011 e il cronoprogramma per l'attuazione della prevista gestione unitaria del S.I.I..

L'Autorità, in relazione a tali Deliberazioni, aveva, infatti, deciso, nella riunione del 3 marzo 2021, l'invio, all'A.T.I., di un parere motivato, ai sensi dell'articolo 21-*bis*, legge n. 287/1990, diretto a rilevare, in merito alla Deliberazione n. 13/2020, la sostanziale inadempienza agli obblighi di motivazione analitica gravanti sull'amministrazione ai sensi dell'art 34, comma 20, D.L. n. 138/2012 e dell'articolo 192, comma 2, D.lgs. n. 50/2016 e alcune criticità sull'utilizzo del modello dell'*in house providing* per l'affidamento del S.I.I. alla costituenda società consortile. L'Autorità ha, altresì, ritenuto che i rappresentati vizi si estendessero anche alla contemporanea Deliberazione dell'A.T.I. Catania n. 14/2020 di definizione del cronoprogramma per la realizzazione del passaggio alla gestione unica del S.I.I. nell'A.T.O. catanese. L'A.T.I., a seguito del ricevimento del parere motivato, ha trasmesso, il 4 maggio 2021, le proprie repliche ai rilievi sollevati nel parere stesso, che l'Autorità non ha ritenuto idonei a superare le contestazioni effettuate. L'A.T.I., infatti, si è limitata a rinviare ai singoli enti locali che ne saranno soci la soluzione del problema dell'effettiva corrispondenza

della società consortile (alla quale ha affidato la gestione del S.I.I. nell'A.T.O. di Catania) al modello della società *in house providing*. Né l'A.T.I. ha formulato alcuna replica per superare i dubbi sollevati nel parere motivato in merito all'idoneità stessa di una società consortile a soddisfare l'obbligo normativo della gestione del S.I.I. da parte di un solo gestore per l'intero A.T.O. . In relazione poi alle motivazioni a sostegno della preferenza accordata alla forma di gestione *in house providing* rispetto alle alternative della gara o della c.d. gara a doppio oggetto, l'A.T.I. ha, anzitutto, richiamato come fallimentare una precedente esperienza di affidamento a una società mista con socio privato operativo selezionato con gara che, in realtà, non ha mai avuto concreta attuazione. L'A.T.I. ha, altresì, prodotto un approfondimento svolto da una società di consulenza economica in merito alla pretesa maggior economicità della scelta dell'affidamento *in house* rispetto ad altre forme di affidamento rispetto al quale si osserva non solo lo scarso rilievo probatorio di motivazioni addotte *ex post* rispetto a una scelta già compiuta ma anche la sussistenza di alcune perplessità metodologiche con particolare riferimento sia all'assenza di una valutazione di pertinenza dei criteri con cui sono stati scelti gli A.T.O. oggetto di confronto, sia al fatto che i ricavi e i costi imputati alla società consortile *in house* nel Piano Economico Finanziario (utilizzati per la comparazione economica con le differenti scelte di affidamento compiute dagli altri A.T.O. oggetto di comparazione) sono il frutto di mere stime.

L'Autorità, pertanto, preso atto del mancato adeguamento da parte dell'A.T.I. di Catania al predetto parere motivato, ha deliberato di impugnare la Delibera in oggetto davanti al T.A.R. territorialmente competente.