

AS1895 – VARI COMUNI DELLA PROVINCIA DI NAPOLI - ADESIONE SOCIETÀ DI GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO APNN SPA ACQUA PUBBLICA NAPOLI NORD SPA

Roma, 7 aprile 2023

Ente Idrico Campano

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 4 aprile 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'Ente Idrico Campano n. 67 dell'8 novembre 2022, avente ad oggetto l' "Approvazione della forma proposta di gestione del Distretto Napoli Nord", di cui l'Autorità ha avuto conoscenza nell'ambito delle comunicazioni inviate tra l'8 e il 24 febbraio 2023 dai Comuni di Caivano, Crispano, Bacoli, Giugliano in Campania, Quarto, Mugnano di Napoli, Monte di Procida e Cardito ai sensi dell'articolo 5, D.Lgs. n. 175/2016 (il *testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* o "TUSPP")¹.

Le decisioni in oggetto si inseriscono nell'ambito del processo intrapreso dall'Ente Idrico Campano ("EIC") per pervenire alla gestione integrata e unica dei servizi idrici nell'ambito distrettuale Napoli Nord, come imposto dalla normativa statale e regionale di riferimento². In particolare, la Deliberazione n. 67/2022 dell'EIC approva la scelta della forma di gestione di tipo pubblicistico espressa dal Consiglio di Distretto Napoli Nord con la Deliberazione n. 4 del 5 agosto 2022³. Da quest'ultima Deliberazione, così come dal Piano d'ambito distrettuale⁴, si apprende come nel Distretto Napoli Nord siano presenti molti Comuni con gestioni del servizio idrico in economia non in linea con la regolazione di settore.

Al fine di superare le criticità connesse al mancato rispetto degli *standard* di qualità tecnica e contrattuale prescritti dalla regolazione di settore, tali Comuni hanno manifestato l'intenzione di procedere alla costituzione di una società a capitale interamente pubblico, alla quale affidare, in via transitoria, la gestione del SII. Come si apprende dal Piano d'ambito distrettuale, la costituenda società è destinata ad assumere il ruolo di gestore unico dell'ambito distrettuale Napoli Nord, che è in ogni caso orientato verso un modello di gestione interamente pubblica⁵.

Il processo di conformazione della gestione del SII al principio dell'unicità della gestione⁶ nel Distretto Napoli Nord è stato accelerato dalla lettera con cui il Presidente della Regione Campania⁷ ha diffidato tutti i Comuni del Distretto ad emettere entro il 20 gennaio 2023 le determinazioni di competenza in ordine alla condivisione del modello di gestione del servizio a mezzo di società *in-house* deliberato dal Consiglio di Distretto il 5 agosto 2022. Come sancito dall'articolo 14 del D.L. n. 115/2022⁸, si prevede, in caso di mancato affidamento del SII in attuazione di quanto previsto

¹ [In particolare, sono state trasmesse le Deliberazioni dei Consigli Comunali di Caivano n. 5 del 18 gennaio 2023, Crispano n. 2 del 19 gennaio 2023, Bacoli n. 5 del 27 gennaio 2023, Giugliano in Campania n. 2 del 30 gennaio 2023, Quarto n. 6 del 3 febbraio 2023, Mugnano di Napoli n. 1 del 9 gennaio 2023, Monte di Procida n. 2 dell'8 febbraio 2023, Cardito n. 1 del 17 gennaio 2023, che approvano la partecipazione dei Comuni alla costituenda società di gestione del servizio idrico integrato ("SII") dell'Ambito Distrettuale Napoli Nord e ne approvano lo statuto. La Deliberazione dell'Ente Idrico Campano n. 67 dell'8 novembre 2022, di cui l'Autorità ha avuto conoscenza nell'ambito delle summenzionate segnalazioni, risulta pubblicata sul sito istituzionale www.enteidricocampano.it.]

² [In Campania, se l'EIC è l'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale ("ATO") corrispondente all'intera Regione Campania, l'affidamento del servizio idrico è organizzato per ambiti distrettuali: pertanto, l'EIC affida la gestione del servizio idrico integrato al soggetto gestore per ogni ambito distrettuale sulla base delle indicazioni del Consiglio di distretto, che ne costituisce un organo permanente (cfr. L.R. n. 15/2015). In particolare, la distinzione tra Ambito distrettuale Napoli Città, corrispondente al Comune di Napoli, e Ambito distrettuale Napoli Nord, comprendente trentuno Comuni della Città metropolitana di Napoli, è stata introdotta dalla L.R. n. 31/2021, che ha modificato l'art. 6 della L.R. n. 15/2015. Tale articolo è stato in seguito modificato anche dalla L.R. n. 2/2022, che ha demandato l'individuazione degli ambiti distrettuali ad apposita deliberazione della Giunta regionale (cfr. D.G.R. n. 434/2022).]

³ [Anche tale Deliberazione, di cui l'Autorità ha avuto conoscenza nell'ambito delle summenzionate segnalazioni, risulta pubblicata sul sito istituzionale www.enteidricocampano.it.]

⁴ [Il Piano d'ambito distrettuale è stato definitivamente adottato con delibera del Consiglio di Distretto Napoli Nord n. 1 del 2 febbraio 2023 e approvato dall'EIC con delibera n. 1 del 6 febbraio 2023; anch'esso è disponibile sul sito istituzionale www.enteidricocampano.it.]

⁵ [Il Piano distrettuale recepisce l'impostazione impressa dal Consiglio di Distretto verso modelli gestori di tipo pubblicistico: "...l'assetto gestionale di avvio affidamento non coincide con l'intero territorio di riferimento ma l'obiettivo previsto è che la costituenda società, con incrementi progressivi del perimetro gestionale, possa gestire, entro la fine del 2027, l'intero S.I.I. in tutto il territorio dell'ambito distrettuale di riferimento" (cfr. pag. 550/605 del Piano; enfasi aggiunta).]

⁶ [Sancito, si ricorda, dall'art. 147, co. 2, lett. b), del D.Lgs. n. 152/2006.]

⁷ [Cfr. lettera prot. 2023/207/UDCP/GAB/GAB del 4 gennaio 2023.]

⁸ [Convertito con modificazioni da L. n. 142/2022.]

dall'articolo 149-bis del D.Lgs. n. 152/2006⁹ (recante *norme in materia ambientale* o "TUA") entro il termine indicato, l'intervento sostitutivo del Presidente della Regione.

Otto dei trentuno Comuni del Distretto Napoli Nord, compresi tra quelli che gestiscono attualmente il servizio idrico in economia, hanno quindi trasmesso all'Autorità ai sensi dell'articolo 5, TUSPP, la delibera di approvazione della partecipazione ad una società di nuova costituzione per la gestione del SII secondo il modello *in-house providing*, della quale approvano anche lo statuto, denominata "APNN S.p.a. - Acqua Pubblica Napoli Nord S.p.a." ("APNN" o la "Società").

In particolare, i Comuni ritengono che per evitare l'esercizio dei summenzionati poteri sostitutivi regionali, occorra procedere quanto prima alla costituzione della società *in-house* che, secondo la volontà espressa dal Consiglio di Distretto, dovrà essere individuata quale gestore unico del SII dell'intero Distretto Napoli Nord. In un secondo momento, attraverso la relazione ex articolo 34, co. 20, del D.L. n. 179/2012¹⁰, di competenza dell'EIC, verrà dato atto della sussistenza dei requisiti e delle condizioni per procedere al legittimo affidamento del servizio secondo la forma dell'*in-house providing*. I Comuni ritengono, pertanto, "*necessario e obbligatorio*" aderire alla costituenda società APPN, in conformità all'articolo 142, TUA, e alla L.R. n. 15/2015, e ai provvedimenti amministrativi dell'EIC.

L'Autorità intende svolgere alcune considerazioni in merito agli obblighi di motivazione analitica che assistono la scelta del modello di gestione di un servizio pubblico locale, quale è il SII, e, in particolare, la scelta di internalizzare la gestione del servizio attraverso l'affidamento diretto ad una società che rispetta i requisiti previsti dall'ordinamento per l'*in-house providing*.

Si rammenta che, con specifico riferimento ai provvedimenti di affidamento diretto di servizi a società *in-house providing*, l'articolo 192, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016 (il *codice dei contratti pubblici* o "CCP", applicabile *pro-tempore*¹¹), prevede che le stazioni appaltanti debbano dar conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta¹². Come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa in una recente sentenza riguardante proprio l'affidamento del SII ad una società *in-house*, il regime aggravato previsto da tale articolo richiede, "*...quale condizione per poter legittimamente addivenire ad un affidamento diretto in-house, una situazione di dimostrato fallimento del mercato rilevante*"¹³. Tale obbligo risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza.

Inoltre, gli affidamenti a società *in-house* di servizi pubblici locali di rilevanza economica fino al 31 dicembre 2022 dovevano avvenire in base ad apposita relazione dell'ente affidante ex articolo 34, co. 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 prescelta¹⁴.

Si tratta di obblighi funzionali a stimolare l'apertura concorrenziale dei mercati e a promuovere l'effettiva applicazione dei principi di libera prestazione dei servizi e di parità tra gli operatori economici, con riflessi diretti sul piano della efficienza ed economicità della gestione¹⁵.

Le delibere del Consiglio di Distretto Napoli Nord e dell'EIC non hanno rispettato alcuno dei summenzionati obblighi motivazionali inerenti agli affidamenti *in-house* a società a partecipazione pubblica posti dalla normativa primaria a tutela della concorrenza¹⁶.

⁹ [Ai sensi dell'art. 149-bis del TUA, "[l]ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale."]

¹⁰ [Convertito con modificazioni dalla L. n. 221/2012.]

¹¹ [Il D.Lgs. n. 50 del 2016 è stato abrogato, con effetto dal 1° luglio 2023, dal D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (recante "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici"). Le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso.]

¹² [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.]

¹³ [Cfr. la sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ("CGARS") n. 1258/2022, che annulla gli atti dell'Assemblea territoriale idrica di Catania inerenti all'affidamento del servizio idrico integrato a una società *in-house*. Peraltro, tali atti erano stati oggetto del parere dell'Autorità ex art. 21-bis, Legge n. 287/1990, "AS1755 – ATO CATANIA 2 – GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO", rif. n. S4137, adottato dall'Autorità in data 3 marzo 2021, in Boll. n. 23/2021. Anche il Consiglio di Stato ha ribadito, in altra occasione, come il mancato ricorso al mercato debba essere giustificato sulla base di una valutazione non solo giuridico-formale, ma anche dimostrando la ragionevolezza economica della scelta compiuta (cfr. sentenza n. 6460/2020).]

¹⁴ [Tale disposizione è stata abrogata dal D.Lgs. n. 201/2022 (recante riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica o "TU SPL"), il quale per i servizi pubblici locali 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 (cfr. art. 14). Nel caso di affidamenti *in-house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea individuate dal CCP, 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 (cfr. art. 17).]

¹⁵ [Cfr. CGARS, sentenza n. 1258 del 2022, cit., nonché Corte costituzionale, sentenza n. 201 del 2022.]

¹⁶ [Come rilevato dall'Autorità nel parere ex art. 21-bis, Legge n. 287/1990, "AS1809 - CITTÀ METROPOLITANA DI REGGIO CALABRIA – ACQUISIZIONE DELLA PARTECIPAZIONE NELLA SOCIETÀ CASTORE SPL S.R.L.", del 12 ottobre 2021, su Boll. n. 1/2022: "...gli

Infatti, la scelta del modello di gestione del servizio pubblico locale tra quelle consentite dalla normativa vigente¹⁷ costituisce esercizio della discrezionalità amministrativa degli enti locali, che questi ultimi nell'ambito del SII attuano tramite l'ente d'ambito (nel caso di specie, l'EIC). L'esercizio di tale discrezionalità deve essere oggetto di preciso riscontro nella motivazione degli atti amministrativi che conducono alla scelta del modello di gestione del servizio: per l'ente d'ambito tale valutazione preventiva deve emergere sia nella motivazione dell'atto di affidamento del servizio, che nella relazione ex articolo 34, co. 20, del D.L. n. 179/2012 (oggi, artt. 14 e 17, TU SPL). Come già precisato in precedenza, tale motivazione non può basarsi su petizioni di principio sulla preferibilità del modello prescelto, o su considerazioni apodittiche e generiche, ma deve rendere conto di un effettivo confronto con il mercato¹⁸.

Nel caso di specie, né la normativa nazionale, né quella regionale, impongono la scelta del modello della società *in-house providing* per la gestione del SII nel Distretto Napoli Nord. La scelta dell'internalizzazione del servizio per i singoli Comuni è stata adottata, a monte, dalla delibera del Consiglio di Distretto, approvata dall'EIC e successivamente ratificata dai singoli Comuni, a fronte di una norma di diritto primario che lascia espressamente la libertà in capo agli enti locali di deliberare, tramite l'ente d'ambito, una delle forme di gestione ammesse dall'ordinamento¹⁹. La scelta di internalizzazione della gestione del SII – avvenuta, come evidenziato, in assenza della motivazione richiesta dalla legge – è di fatto idonea a produrre l'effetto di escludere altri operatori economici esterni dalla possibilità di concorrere a offrire tale servizio (nelle forme alternative della società mista o della esternalizzazione del servizio), in tal modo realizzando una violazione di norme poste a diretta tutela della concorrenza e del mercato e della libera prestazione dei servizi.

In conclusione, la Deliberazione dell'EIC n. 67 dell'8 novembre 2022, che ha recepito gli orientamenti espressi dalla Deliberazione n. 4 del 5 agosto 2022 del Consiglio di Distretto Napoli Nord, si pone in contrasto con le previsioni dell'articolo 192, co. 2, CCP, e dell'articolo 34, co. 20, del D.L. n. 179/2012 (allora vigente), in quanto ha deliberato un modello di gestione del SII interamente pubblicistico, senza operare alcuna valutazione sulla convenienza e congruità della scelta, in particolare circa possibili modelli alternativi riconosciuti dall'ordinamento per la gestione di servizi pubblici locali²⁰.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/1990, l'Ente Idrico Campano 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 al mancato adeguamento dell'Ente Idrico Campano al parere motivato espresso dall'Autorità ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990, in merito alla Deliberazione n. 67/2022 dell'Ente

obblighi di motivazione rafforzata richiesti dal legislatore in ordine al mancato ricorso al mercato e alla decisione di acquisire partecipazioni in società esistenti hanno una funzione strettamente prodromica alla realizzazione dei principi concorrenziali, al fine di evitare che la speciale prerogativa concessa dal legislatore si estenda oltre lo scopo e gli obiettivi prefissati dalla norma, fino a comprendere al suo interno molteplici servizi pubblici e offerti in concorrenza sul mercato, senza la preventiva valutazione di dati economici oggettivi circa la maggior convenienza della gestione in house dei servizi di interesse economico generale o pubblici rispetto al coinvolgimento di operatori economici specializzati presenti sul libero mercato e individuati a seguito di procedure concorsuali" (enfasi aggiunta).]

¹⁷ [In particolare, per i servizi pubblici locali a rete, affidamento a terzi mediante procedura di evidenza pubblica, affidamento a società mista o affidamento a società in house (art. 14, TUSPL).]

¹⁸ [Cfr. il summenzionato parere dell'Autorità n. AS1809 del 12 ottobre 2021.]

¹⁹ [In particolare, ai sensi del citato art. 149-bis del TUA l'ente d'ambito delibera la forma di gestione del SII "...fra quelle previste dall'ordinamento europeo" e provvede all'affidamento del servizio "...nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica". Tra le forme di gestione è espressamente contemplata la possibilità di affidamento diretto a società in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in-house, a patto che la società sia interamente pubblica e comunque partecipata dagli enti locali ricadenti nell'ATO. Ai sensi dell'art. 14, D.L. n. 115/2022, gli enti di governo d'ambito devono provvedere all'affidamento del SII secondo quanto previsto dall'art. 149-bis, TUA. Allo stesso modo la normativa regionale prevede che gli enti locali campani esercitino le funzioni di organizzazione del SII tramite l'EIC, che affida il servizio per ogni ambito distrettuale sulla base delle indicazioni fornite da ciascun Consiglio di Distretto "...in coerenza con quanto previsto dalla normativa nazionale e comunitaria in materia" (cfr. art. 8, co. 1, lett. b), L.R. n. 15/2015).]

²⁰ [Nel citato parere n. S4137/2021 (v. nt. 13), l'Autorità ha censurato la motivazione ex art. 192, co. 2, CCP, dell'Assemblea territoriale idrica di Catania, proprio in quanto la valutazione ha prescinduto "...totalmente da qualsiasi analisi comparativa tra le condizioni economiche della gestione in house e quelle ottenibili mediante forme di gestione alternative" (enfasi aggiunta). Tale impostazione è stata confermata dal CGARS nella sentenza n. 1258/2022, secondo cui: "L'obbligo motivazionale rafforzato già illustrato sopra, inerente la dimostrazione del "fallimento del mercato rilevante", comporta la necessità per la PA procedente di valutare le possibili alternative, oltre che la congruità economica e i benefici per la collettività... Dette esigenze istruttorie e motivazionali trovano la propria ragion d'essere nella discrezionalità che connota la scelta in questione" (enfasi aggiunta). Nel caso di specie, invece, l'unica motivazione rinvenibile per la scelta di un modello di gestione di tipo pubblicistico è la "natura essenziale del SII" e il "ruolo strategico della risorsa idrica" (cfr. Delibera del Consiglio di Distretto n. 4/2022).]

Idrico Campano di approvazione della forma di gestione in house del servizio idrico integrato nel Distretto di Napoli Nord

L'Autorità, il 4 aprile 2023, ha deliberato di rendere un parere motivato, ai sensi dell'articolo 21-*bis*, legge n. 287/1990, sulla Deliberazione n. 67/2022 con cui il Comitato esecutivo dell'Ente Idrico Campano ("EIC") ha approvato la scelta di affidare *in house* il servizio idrico integrato ("SII") nel territorio del Distretto stesso. L'Autorità ha, infatti, ritenuto che tale decisione non soddisfi gli obblighi motivazionali previsti dall'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016 e dall'articolo 34, comma 20, del decreto-legge n. 179/2012, vigenti *ratione temporis*.

L'EIC, con comunicazione pervenuta il 5 giugno 2023, ha replicato alla contestazione, sostenendo che la Deliberazione in questione sia un atto di mero indirizzo che si inserisce in una sequenza procedimentale ancora in itinere e che, allo stato, è proseguita con l'adozione del Piano d'ambito del Distretto di Napoli Nord, che ha confermato la scelta per l'affidamento diretto del SII, e del Piano economico finanziario della società *in house* alla quale affidare il servizio stesso e dal quale sarebbe possibile trarre le ragioni che giustificano la preferenza per l'affidamento diretto rispetto all'alternativa della sua esternalizzazione.

L'Autorità, in merito, ha ritenuto che l'analisi compiuta nei documenti indicati dall'EIC si limiti a giustificare la scelta dell'affidamento *in house* sulla base di mere petizioni di principio, senza svolgere alcun effettivo confronto con il mercato. L'Autorità preso, pertanto, atto del mancato adeguamento dell'EIC al parere motivato del 4 aprile 2023 ha deliberato, nella riunione del 13 giugno 2023, di proporre ricorso al TAR Campania contro la Deliberazione n. 67/2022.