



AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI BARI

CT 2715/23

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA

SEDE DI BARI

RICORSO ex art. 21-*bis* legge n. 287/1990

dell'**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato** (di seguito anche "Autorità"), in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, presso i cui uffici in Bari, alla Via Melo, n. 97, (c.f. 93003250722, fax: 080.5237411, Pec:ads.ba@mailcert.avvocaturastato.it), è per legge domiciliata;

contro

Ricorrente

Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il servizio di gestione dei rifiuti ("AGER"), C.F. 93473040728, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Modugno (Ba), Via delle Magnolie, 6/8, PEC: protocollo@pec.ager.puglia.it;

Resistente

e nei confronti di

Regione Puglia, C.F. 93473040728, in persona del Presidente *pro tempore*, con sede in Bari, Lungomare Nazario Sauro, 33, PEC: avvocaturaregionale@pec.rupar.puglia.it;

Controinteressato

per l'annullamento

- delle Deliberazioni n. 4 del 29 marzo 2023 del Comitato dei Delegati di AGER Puglia e n. 78 del 29 marzo 2023 – e per quanto possa occorrere anche della Deliberazione n. 1 del 3 marzo 2023 - del Direttore Generale di AGER Puglia per l'acquisto da parte di AGER Puglia del 40% del capitale sociale di Aseco S.p.A. ("ASECO") da Acquedotto Pugliese S.p.A. ("Acquedotto Pugliese" o "AQP") e l'affidamento delle attività di realizzazione e gestione di impianti per il trattamento della FORSU prodotta dai Comuni pugliesi ad ASECO;
- di tutti gli atti presupposti e connessi.

FATTO

1. L'Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il servizio di gestione dei rifiuti ("AGER") è un ente pubblico istituito con legge regionale n. 24/2012, poi modificata dalla legge regionale n. 20/2016, e rappresenta l'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale ("ATO") regionale sulla base del quale, ai sensi del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Testo Unico Ambientale, di seguito "TUA"), è organizzato il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani nella Regione Puglia.
2. L'AGER, cui partecipano obbligatoriamente la Regione, tutti i comuni e la Città metropolitana di Bari, esercita le proprie funzioni per l'intero ambito territoriale ottimale. Principalmente, l'AGER "*provvede all'attuazione del piano regionale dei rifiuti e in conformità della normativa nazionale e comunitaria procede all'affidamento della realizzazione e della gestione degli impianti di trattamento, recupero, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti solidi urbani*" (art. 5 l.r. n. 20/2016, di modifica dell'art. 9 l.r. n. 24/2012).
3. In data 6 marzo 2023 l'AGER ha trasmesso all'Autorità, ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 175/2016 (testo unico delle società a partecipazione pubblica o "TUSPP"), la deliberazione del proprio Comitato dei Delegati n. 1 del 3 marzo 2023 (**doc. n. 2**), con cui ha approvato l'operazione di acquisto del 40% del capitale sociale di Aseco S.p.A. ("ASECO") da parte di Acquedotto Pugliese S.p.A. ("Acquedotto Pugliese" o "AQP"), per la costituzione di una società, denominata new ASECO, controllata dalla Regione Puglia sia tramite AGER sia tramite AQP (il cui capitale sociale è detenuto al 100% dalla Regione Puglia).
4. L'operazione descritta è finalizzata all'affidamento in modalità *in house providing* della realizzazione e gestione di impianti di trattamento della Frazione Organica del Rifiuto Solido Urbano ("FORSU"), cui sia anche affidato il servizio di trattamento dei flussi regionali.
5. Con riferimento a tale operazione, la Corte dei conti, Sezione Regionale di Controllo per la Puglia, ha in seguito rilasciato il parere n. 36 del 22 marzo 2023 (**doc. n. 3**), con il quale da un lato ha ritenuto che fossero integrate le condizioni poste dall'art. 17, TUSPP, per il ricorso al modulo gestorio dell'*in house providing*, dall'altro ha valutato la motivazione analitica di AGER carente sotto il profilo della sostenibilità economica e finanziaria. Inoltre, secondo la Corte, la legittimità dell'operazione ai sensi del nuovo d.lgs. n. 201/2022 (il testo unico sui servizi pubblici locali o "TUSPL"), sarebbe subordinata all'effettivo affidamento del servizio pubblico entro il 29 marzo 2023.
6. Il 3 aprile 2023 l'Autorità ha, quindi, richiesto ad AGER di fornire informazioni circa ogni ulteriore decisione presa in merito all'operazione, considerato il parere della Corte dei conti che

nel frattempo era stato adottato. Il 12 aprile 2023 AGER ha trasmesso all'Autorità la deliberazione del Comitato dei Delegati n. 4 del 29 marzo 2023 (**doc. n. 4**), con cui ha approvato nuovamente l'operazione, comprese le integrazioni documentali predisposte per riscontrare i rilievi sollevati dalla Corte dei Conti. Inoltre, ha trasmesso la determina del Direttore Generale di AGER n. 78 del 29 marzo 2023 (**doc. n. 5**), con cui ha disposto l'affidamento in house a new ASECO delle attività di realizzazione e gestione di impianti per il trattamento della FORSU prodotta dai Comuni pugliesi.

7. Gli atti con cui l'operazione è stata conclusa, trasmessi all'Autorità ai sensi dell'art. 5, TUSPP, sono stati oggetto di segnalazioni da parte di privati in cui si evidenziava come nella gestione dei rifiuti la Regione Puglia avrebbe assunto un ruolo che, sulla base della normativa vigente a livello nazionale (principalmente, il TUA), spetterebbe ai singoli Comuni. Infatti, a detta dei segnalanti la l.r. n. 24/2012, come modificata con l.r. n. 20/2016, attribuirebbe già poteri significativi alla Regione rispetto a quanto previsto dal TUA in capo ai Comuni. La Regione, poi, eserciterebbe i suoi poteri violando le previsioni della normativa nazionale in materia di gestione dei rifiuti (TUA).

8. Sulla base di tali risultanze, in data 5 maggio 2023, l'Autorità, ai sensi dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990, ha comunicato all'AGER e alla Regione Puglia un parere motivato in merito alle predette deliberazioni (**doc. n. 7**), nel quale ha evidenziato che l'operazione in esame non soddisfa **il c.d. vincolo di scopo** di cui all'art. 4, comma 1, TUSPP, ai sensi del quale l'acquisto di una partecipazione o la costituzione di una società da parte di un'amministrazione pubblica è legittimo qualora strettamente necessario allo svolgimento dei suoi fini istituzionali.

Nel caso di specie, infatti, le attività affidate a new ASECO dovrebbero essere funzionali allo svolgimento dei fini istituzionali di AGER e di AQP, che si rileva sono entrambe partecipate dalla Regione Puglia.

Tuttavia, l'Autorità ha rilevato che i fini istituzionali dell'AGER, individuati dalla normativa regionale pugliese, devono essere interpretati conformemente alla normativa statale e, in particolare, a quanto previsto dal TUA, che attribuisce alle Regioni compiti di pianificazione, organizzazione e controllo dell'attività ma non anche competenze di gestione dei rifiuti. Quest'ultime sono attribuite ai Comuni, da esercitarsi tramite Enti di Governo d'Ambito ("EGA"). Gli EGA, istituiti dalle Regioni, ai quali gli enti locali partecipano obbligatoriamente, sono gli unici deputati ad esercitare le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, nonché di scelta

della forma di gestione, di determinazione delle tariffe, di affidamento della gestione e relativo controllo.

Ciò premesso, l'Autorità ha evidenziato che AGER è sottoposta al controllo della Regione Puglia e, quindi, non appare integrare le caratteristiche di EGA in quanto gli enti locali che vi partecipano non adottano in tale contesto le decisioni di propria competenza. Da ciò consegue che AGER, e quindi la Regione Puglia, non appare avere alcuna competenza di affidare a new ASECO in modalità *in house providing* servizi che non rientrano nel perimetro delle sue competenze.

Pertanto, l'Autorità ha concluso osservando che la Regione Puglia, che controlla new ASECO, non rappresenta l'ente competente ad affidare il servizio di trattamento dei rifiuti e, dunque, non può costituire o partecipare in una società *in house providing* finalizzata alla realizzazione e gestione di impianti di trattamento della FORSU, cui sia anche affidato il servizio di trattamento dei flussi regionali. Per tale ragione, l'Autorità riteneva che l'operazione comunicata non rispettasse il requisito di stretta indispensabilità per i fini dell'ente, richiesto dall'art. 4, TUSPP.

9. L'Autorità, pertanto, ha chiesto ad AGER di comunicare, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte, evidenziando che, qualora tali iniziative non fossero risultate conformi ai principi concorrenziali che sottendono alle norme violate, l'Autorità si sarebbe riservata il potere di presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

10. Nel termine normativamente previsto, l'Amministrazione interessata non ha fatto pervenire alcun riscontro, sicchè l'Autorità, nell'adunanza del 18 luglio 2023, ha deliberato di presentare ricorso ex art. 21-*bis* della legge n. 287/1990.

DIRITTO

Premessa

Prima di procedere con l'analisi dei motivi di ricorso è necessario inquadrare la norma di legge che legittima l'Autorità ad impugnare le deliberazioni dell'ente sopra menzionato.

In proposito si evidenzia che il ricorso ex art. 21-*bis* della legge n. 287/90 è uno strumento normativamente previsto e conferito all'Autorità, volto a ottenere l'annullamento di atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica “*che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*”.

Trattasi di una peculiare *legitimatio ad causam* in capo all'Autorità per agire in giudizio innanzi al giudice amministrativo, contro atti generali, regolamenti e provvedimenti amministrativi ritenuti lesivi della libertà di concorrenza (cfr., tra le tante, Cons. Stato, n. 1580 del 2023; C.G.A.R.S., n.

428/2017). Attraverso di esso il legislatore ha inteso rafforzare i poteri dell'Autorità, consentendole di incidere nel modo più efficace possibile sul processo di apertura dei mercati, nonché sul corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali tra imprese (cfr., tra le tante, Cons. Stato, 18 aprile 2023, n. 3880; Cons. Stato, 28 gennaio 2016, n. 323; Cons. Stato, 30 aprile 2014, n. 2246; Corte cost., n. 20/2013).

In questo contesto, la speciale legittimazione prevista da tale norma può essere azionata dall'Autorità per far valere una violazione di una previsione contenuta nel TUSPP, il quale all'art. 1, comma 2, stabilisce che: *“Le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica”*. Tale previsione evidenzia che tra le finalità sottese al nuovo Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica v'è anche quella di tutelare la concorrenza e il mercato, e quindi, si può presumere che la violazione di una norma del TUSPP comporti il pericolo di una distorsione del mercato, legittimando l'intervento dell'Autorità ai sensi dell'art. 21-bis della L. n. 287/90.

Coerente con tale affermazione risulta, del resto, la previsione di cui all'art. 5, comma 3, del TUSPP, che, nell'imporre alle amministrazioni pubbliche di comunicare la costituzione di società a partecipazione pubblica o la acquisizione di partecipazioni dirette o indirette all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, prevede espressamente che in tal caso essa *“può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287”*.

Come ribadito recentemente dal Consiglio di Stato, *“Ciò significa, in altre parole, che per il combinato disposto dell'art. 5, comma 3, del TUSPP e dell'art. 21 bis, comma 2, della L. n. 287/90, la costituzione di nuove società a partecipazione pubblica o l'acquisizione di partecipazioni societarie, da parte di amministrazioni pubbliche, se attuata in violazione delle norme sul TUSPP costituisce per definizione un ambito in cui l'Autorità è legittimata a intervenire. [...]. Sul punto giova anche precisare, da una parte, che la speciale legittimazione attribuita dall'art. 21 bis della L. n. 287/90 ha precisamente la finalità di consentire all'Autorità di intervenire in via preventiva, al fine di evitare il consolidarsi delle situazioni illecite che essa è chiamata a contrastare (quali gli accordi interconcorrenziali, l'abuso di posizione dominante, gli aiuti stato, etc...); d'altra parte che le previsioni del D. L.vo n. 175/2016 tipizzano obblighi finalizzati anche a prevenire situazioni di rischio per la concorrenza e il libero mercato, conseguendo da ciò che la relativa violazione crea una situazione di pericolo che rende concreto l'interesse dell'Autorità tutoria ad intervenire per ripristinare la legalità violata.”* (Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2023, n. 3380).

Ciò si collega alla circostanza che la violazione delle predette regole può avere un evidente impatto sotto il profilo concorrenziale, come rilevato dall'Autorità nel caso di specie.

Le deliberazioni oggetto del parere, invero, hanno ad oggetto la costituzione di una società *in house* (*new* ASECO) da parte di AGER e AQP, realizzazione e/o la gestione degli impianti di trattamento, recupero, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti urbani, con particolare riferimento allo stato alla FORSU, in violazione del c.d. vincolo di scopo istituzionale di cui all'art. 4, comma 1, TUSPP, il quale stabilisce il divieto per le pubbliche amministrazioni di costituire società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi, non strettamente necessari al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, e di assumere e mantenere le partecipazioni in tali società. Tale divieto mira ad evitare che enti pubblici svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza (cfr. Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229; cfr. Corte cost. 1° agosto 2008, n. 326).

Sicché non c'è dubbio che l'Autorità ha interesse che ne venga dichiarata l'illegittimità, anche al fine di garantire i necessari effetti conformativi nell'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione.

Ciò posto, si procede ad illustrare i motivi del ricorso.

MOTIVI

Violazione o falsa applicazione dell'art. 4, comma 1, TUSPP; Violazione o falsa applicazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato; Violazione o falsa applicazione dei principi di libertà di iniziativa economica e di libera concorrenza di cui agli artt. 3, 41 e 117 Costituzione; Violazione o falsa applicazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato di cui all'art. 106 e ss. TFUE.

1. Gli atti deliberativi impugnati appaiono in contrasto con le norme a tutela della concorrenza, dando luogo a quello che, anche in mancanza di alcun tipo di riscontro dell'Amministrazione resistente alla fase precontenziosa instaurata dall'Autorità, si palesa allo stato come un'illegittima costituzione di una società *in house* per la gestione integrata dei rifiuti nella Regione Puglia, non strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità istituzionali della stessa AGER e comunque della pubblica amministrazione controllante, *i.e.* la Regione.

2. Per delineare compiutamente la violazione riscontrata dall'Autorità, occorre richiamare, sinteticamente, il quadro normativo di riferimento in merito alla distribuzione delle competenze tra gli enti territoriali in materia di gestione integrata dei rifiuti.

In ossequio al principio di sussidiarietà verticale sancito in Costituzione, il TUA detta una precisa definizione delle competenze in materia di rifiuti, assegnando ai Comuni i compiti amministrativi più vicini ai cittadini, da esercitarsi tramite enti di governo d'ambito ("EGA"), e riservando alle Regioni un ruolo prettamente di programmazione, regolazione e autorizzazione. La stessa AGER, se si ha riguardo al suo statuto approvato con deliberazione della giunta regionale 11 luglio 2017, n. 1124, svolge attività di programmazione e regolazione nell'ambito del settore regionale dei rifiuti, dovendo dare attuazione, ai sensi della L. regionale n. 20 del 4 agosto 2016, al piano regionale dei rifiuti e non può essa stessa svolgere, direttamente o per il tramite di altro soggetto, attività di realizzazione e gestione degli impianti di trattamento, recupero, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

A ciò si aggiunga che il controllo, di fatto, della Aseco S.p.A. spetta in definitiva alla Regione Puglia che, com'è noto, esercita il controllo di AQP, la quale detiene il 60% delle quote della anzidetta Aseco.

Va rilevato altresì che tra i compiti delle Regioni sono comprese: la predisposizione dei piani regionali di gestione dei rifiuti, la delimitazione degli ambiti territoriali ottimali ("ATO") per la gestione dei rifiuti urbani, la promozione della "*gestione integrata*" dei rifiuti, nonché l'incentivazione alla riduzione della produzione dei rifiuti e al recupero degli stessi (art. 196).

Secondo l'impianto originario del TUA, l'organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani doveva essere esercitata dai Comuni per mezzo delle Autorità d'ambito territoriale previste dall'art. 201. Tuttavia, l'art. 2, co. 186-*bis*, Legge n. 191/2009 ("Legge finanziaria 2010"), ne ha disposto la soppressione entro il 1° gennaio 2011 (termine da ultimo prorogato al 31 dicembre 2012). Entro il medesimo termine, le Regioni dovevano attribuire con legge ad altro soggetto le funzioni già esercitate dalle Autorità d'ambito, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

In particolare, "*a tutela della concorrenza e dell'ambiente*" e al fine di superare la frammentazione gestoria ancora presente in vaste aree del Paese, le Regioni dovevano organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica : (i) definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio; (ii) istituendo o designando gli enti di governo ("EGA") degli stessi entro il termine del 30 giugno 2012 (art. 3-*bis*, comma 1, D.L. n. 138/2011). Gli EGA, ai quali gli enti locali partecipano obbligatoriamente, sono gli unici enti deputati ad esercitare le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica,

“compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani”, nonché di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe, di affidamento della gestione e relativo controllo (art. 3-*bis*, comma 1-*bis*, D.L. n. 138/2011). Ad oggi, quindi, è l'EGA ad aggiudicare il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani secondo la disciplina vigente in tema di affidamento dei servizi pubblici locali. In definitiva, tra i compiti e le funzioni tanto della Regione Puglia quanto dell'Ager non vi è la gestione del servizio rifiuti, con conseguente illegittimità delle deliberazioni impugnate per violazione dell'art. 4 comma 1, TUSPP, atteso che l'Aseco spa è chiamata a svolgere proprio l'attività di realizzazione e/o gestione degli impianti di trattamento, recupero, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti urbani, con particolare riferimento allo stato alla FORSU: queste ultime attività, a ben vedere, non strettamente necessarie al perseguimento dei fini istituzionali tanto della Regione, quanto di Ager. Del resto l'Ager, se da Statuto (cfr. art. 1, commi 2 e 3 dello statuto – doc. n. 9) può svolgere attività di centrale di committenza e procedere *“all'affidamento della realizzazione e della gestione degli impianti di trattamento, recupero, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti solidi urbani”*, non può essa stessa direttamente e/o indirettamente svolgere il servizio di *“gestione degli impianti di trattamento, recupero, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti solidi urbani”* che invece sarà deputata a svolgere la società *new* Aseco.

3. In questo contesto normativo nazionale, la Regione Puglia ha delineato un assetto organizzativo del settore ambientale che prevede un ATO unico su scala regionale, il cui governo è affidato all'AGER. In particolare, la L.R. n. 24/2012, come modificata dalla L.R. n. 20 del 2016, prevede all'art. 9, comma 1, che: *“Per l'esercizio associato delle funzioni pubbliche relative al servizio di gestione dei rifiuti urbani, previste dal D. Lgs. 152/2006” sia istituita quale organo unico di governo un'agenzia denominata “Agenzia territoriale della regione puglia per il servizio di gestione dei rifiuti (Agenzia)” cui partecipano obbligatoriamente la Regione, tutti i comuni e la Città metropolitana di Bari”*. L'AGER esercita le proprie funzioni per l'intero ambito territoriale ottimale: *“provvede all'attuazione del piano regionale dei rifiuti e in conformità della normativa nazionale e comunitaria procede all'affidamento della realizzazione e della gestione degli impianti di trattamento, recupero, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti solidi urbani”* (art. 9, comma 6).

Gli organi dell'Agenza sono, a) il Presidente; b) il Direttore generale; c) il Comitato dei delegati; d) il Collegio dei revisori dei conti (art. 10). I principali poteri amministrativi sono concentrati in capo al Direttore Generale, *“nominato dalla Giunta regionale attraverso procedure di evidenza pubblica, su proposta del Presidente della Regione Puglia, sentito il Comitato dei delegati”* (art. 10-*bis*). Emerge, dunque, che rispetto ad altre realtà regionali, titolari della funzione di programmazione del settore dei

rifiuti, la Puglia abbia scelto un modello particolare accentrato in cui la Regione è titolare di penetranti poteri di indirizzo sull'Ente di Governo d'Ambito.

4. Ciò premesso, in merito al controllo dell'Autorità sulle partecipazioni pubbliche, si osserva come l'operazione notificata non possa ritenersi conforme ai principi del TUSPP. Secondo l'art. 4, comma 1, TUSPP, infatti, *“Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”*.

La norma, replicando il precedente art. 3, comma 27, della Legge n. 244 del 2007 (finanziaria 2008), prevede il c.d. vincolo di scopo ponendo come limite alla partecipazione societaria delle Pubbliche Amministrazioni lo svolgimento di attività strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Come rilevato dalla costante giurisprudenza che si è formata sul tema, *“affinché la partecipazione sia legittima, infatti, è necessario che la società partecipata persegua uno scopo non solo coerente con lo scopo pubblico perseguito dall'ente partecipante ma anche strettamente correlato ad esso”* (in questo senso, *ex multis*, Corte Conti, Emilia-Romagna, Sez. reg. contr., 13/01/2021, n.1).

Si tratta, infatti, di un nesso più stringente di quello di mera strumentalità, come, invece, richiesto nel passato (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 3 giugno 2011, n. 10 che, sia pur con riguardo all'art. 27, terzo comma, L. n. 244 del 2007 ha ritenuto che il collegamento con le finalità istituzionali dell'ente costituisce un limite *“non di mera compatibilità, ma di stretta strumentalità”*; Corte dei conti, Sez. Reg. controllo Lombardia, 20 gennaio 2016 n. 7, per la quale la scelta di esercitare una funzione o erogare un servizio pubblico mediante lo strumento societario è elettivamente demandata all'organo di governo che deve effettuare le opportune verifiche di compatibilità e di inerenza alle finalità istituzionali prima di decidere la costituzione di nuove società ovvero la sorte delle partecipazioni già possedute): l'attività di produzione e servizi della società, infatti, non deve essere semplicemente compatibile o utile al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico, ma deve essere, in concreto, strettamente necessaria al perseguimento di tali finalità, al punto che, in mancanza, tali finalità non potrebbero essere, in tutto o in parte, perseguite o, al più, potrebbero essere perseguite ma a condizioni finanziarie, organizzative, ecc. più gravose o meno efficaci.

5. Nel caso di specie, *new* ASECO dovrebbe rappresentare una società funzionale allo svolgimento di fini istituzionali di AGER e, anche della Regione Puglia che controlla AQP.

Tuttavia, come rilevato dall’Autorità nel parere trasmesso e non riscontrato dall’amministrazione, *“i fini istituzionali di AGER individuati dalla normativa regionale, non possono essere interpretati in contrasto con la normativa statale e, in particolare, con quanto previsto dal Testo Unico dell’Ambiente”* (pag. 3, doc. n. 7).

Su questa premessa va rilevato che la legge regionale, nella parte in cui attribuisce ad AGER competenze di *“attuazione del piano regionale dei rifiuti e in conformità della normativa nazionale e comunitaria procede all’affidamento della realizzazione e della gestione degli impianti di trattamento, recupero, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti solidi urbani”*, deve essere interpretata conformemente alle previsioni del TUA. Sul punto, l’Autorità ha rilevato che *“L’operazione in esame riguarda la realizzazione e gestione di impianti per il trattamento della FORSU prodotta in Puglia, con affidamento in modalità in house providing ad una società controllata dalla Regione, la quale dovrebbe svolgere la propria attività nella misura dell’80% a vantaggio di soci che ne detengono il controllo (AGER e AQP, quindi in definitiva la Regione Puglia), la quale, tuttavia, non dispone di competenze di gestione dei rifiuti differenziati raccolti sul territorio regionale”* (pag. 4, doc. n. 5).

A ciò si aggiunga che tanto AGER quanto la Regione non sono titolari di funzioni e compiti di gestione diretta e/o indiretta di impianti di trattamento, recupero, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, e dunque non possono affidare ad un proprio organismo *in house* alcun servizio ricompreso nella gestione dei rifiuti.

Inoltre, l’Autorità ha sottolineato che le competenze della Regione Puglia (e, di conseguenza, *new ASECO*) inerenti alla realizzazione e gestione dell’impiantistica pubblica, menzionate dalla legislazione regionale, attengono a fasi organizzative e procedurali. Come rilevato dall’Autorità, *“La realizzazione e gestione dell’impiantistica pubblica, anche qualora sia finalizzata a colmare un deficit strutturale, si ritiene che non possa mai comportare un affidamento in modalità in house providing del servizio di trattamento sui flussi raccolti dai gestori locali del servizio di igiene urbana, in capo a una società controllata dalla Regione, per mancanza di competenza dell’ente pubblico affidante”* (pag. 5, doc. n. 7).

6. Alla luce degli argomenti esposti, l’Autorità conclude: *“nel caso in esame, si ritiene che la Regione Puglia, che controlla new ASECO, non rappresenti l’ente competente ad affidare il servizio di trattamento dei rifiuti e, dunque, non possa costituire o partecipare in una società in house providing finalizzata alla realizzazione e gestione di impianti di trattamento della FORSU, cui sia anche affidato il servizio di trattamento dei flussi regionali. Per tale ragione, si ritiene che l’operazione comunicata non rispetti il requisito di stretta indispensabilità per i fini dell’ente, richiesto dall’art. 4, TUSP”* (pag. 5, doc. n. 7).

7. Le conclusioni cui giunge l’Autorità appaiono corrette e sono confortate dalla giurisprudenza sopra richiamata in tema di partecipazioni pubbliche. Nel caso di specie l’operazione ha ad oggetto la costituzione di una società *in house* controllata che svolge attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie al perseguimento dei fini istituzionali tanto della Regione, quanto di Ager.

A ciò si aggiunga che il controllo di fatto esercitato su tale società dalla regione puglia, attraverso Aqp, rende ulteriormente illegittima tale operazione. Si tratta, all’evidenza, della costituzione di una società per attività di produzione di beni e servizi che non sono strettamente necessarie – e, *a fortiori*, neanche compatibili o utili – per il perseguimento delle finalità istituzionali tanto di AGER quanto della Regione, a cui è riservato un ruolo prettamente di programmazione ma non di gestione del servizio integrato dei rifiuti urbani.

Alla luce di quanto precede, posto che, come osservato in premessa, le previsioni del TUSPP tipizzano obblighi finalizzati anche a prevenire situazioni di rischio per la concorrenza e il libero mercato, ne consegue che la riscontrata violazione del c.d. vincolo di scopo istituzionale di cui all’art. 4, comma 1, TUSPP, ha creato una situazione di pericolo idonea a distorcere le dinamiche del mercato dei rifiuti nella Regione Puglia, in quanto suscettibile di condizionare lo svolgersi delle dinamiche competitive ed alterare gli equilibri istituzionali previsti dal legislatore nazionale in un’ottica di bilanciamento tra interesse pubblico allo svolgimento efficiente del servizio ed apertura dei mercati alla concorrenza di soggetti sia privati che a partecipazione pubblica

8. Ai rilievi svolti dall’Autorità in merito alle distorsioni concorrenziali derivanti dall’operazione descritta, si associano i rilievi svolti dalla Corte dei Conti, deputata ex art. 5, commi 3 e 4 TUSPP (come modificati dalla l. n. 118/2022) a valutare in ordine alla conformità dell’atto di costituzione della società a quanto disposto dalle disposizioni del TUSPP, “*con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa*”. In particolare, con la deliberazione n. 36/2023, la Sezione Regionale di Controllo per la Puglia ha evidenziato alcune criticità circa la sostenibilità finanziaria e convenienza economica dell’operazione, in quanto “*né il PEF né il Piano di risanamento di ASECO si soffermano sulla attività oggetto del prospettato affidamento in house, i.e. la realizzazione/gestione di nuovi impianti di trattamento, recupero, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti urbani con particolare riferimento alla FORSU*” (pag. 32, doc. n. 2), inoltre “*non risulta esplicitata la metrica sulla cui base si giunge all’attribuzione dei punteggi che premia il modello dell’affidamento in house*” e “*non è disponibile un calcolo dettagliato dei costi e dei benefici di ciascuno dei tre modelli*” (pag. 33, doc. n. 3).

9. In conclusione, come correttamente rilevato nel parere motivato dell'Autorità reso ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, appare evidente che le delibere impugnate risultino dunque illegittime e vadano annullate per le considerazioni sopra esposte.

P.Q.M.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, come sopra rappresentata e difesa, chiede l'accoglimento del presente ricorso e conseguentemente l'annullamento degli atti in epigrafe.

Con vittoria di spese e compensi, oltre gli oneri di legge.

Documenti come da indice allegato.

Bari, 27/07/2023

Giuseppe Zuccaro
Avvocato dello Stato

