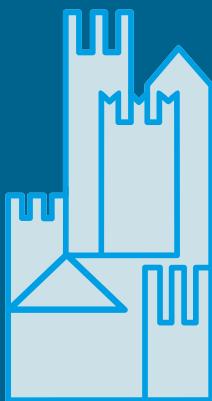


Le partecipazioni locali

**Limiti alle assunzioni/detenzioni
ed effetti su bilancio e personale**

iFEL Fondazione ANCI





Le partecipazioni locali

**Limiti alle assunzioni/detenzioni
ed effetti su bilancio e personale**

a cura di Harald Bonura

iFEL Fondazione ANCI

Il volume è a cura di *Harald Bonura*.

Si ringraziano *Pierciro Galeone, Alessandro Gargani*
e *Walter Tortorella* per le indicazioni suggerite.

Il volume è stato chiuso con le informazioni disponibili
al 30 settembre 2013.

Progetto grafico:
Giuliano Vittori, Pasquale Cimaroli, Claudia Pacelli
www.backup.it

Indice

Introduzione	5
Parte prima	
Le partecipazioni pubbliche locali, tra limiti alla potestà organizzativa ed effetti sugli equilibri finanziari e sulla gestione del personale delle società e degli enti soci	7
1. L'oggetto dello studio	9
Parte seconda	
II. Gli enti locali e le partecipazioni pubbliche: soggetti a capacità limitata?	15
1. Una breve storia delle partecipazioni degli enti locali in società di capitali	17
1.1. I servizi pubblici locali: dal 1990 al 2008...	18
1.2. ...e dal 2008 ai giorni nostri	22
1.3. Brevi cenni sulla disciplina europea in materia di servizi d'interesse generale e imprese pubbliche	25
1.4. Prime conclusioni sul punto	26
1.5. Le partecipazioni nelle c.d. "società strumentali" e l'art. 13, d.l. 4.07.2006, n. 223 (c.d. "decreto Bersani")	27
1.6. Alcuni profili di criticità	31
2. I limiti quali-quantitativi all'assunzione e detenzione di partecipazioni in società di capitali (art. 3, c. 27, l. 244/07; art. 14, c. 32, d.l. 78/2010; art. 4, d.l. 95/2012)	33
2.1. I limiti qualitativi: l'art. 3, c. 27, l. 244/07	33
2.2. I limiti quantitativi: l'art. 14, c. 32, d.l. 78/2010	35
2.3. Gli obblighi di dismissione: l'art. 4, d.l. 95/2012	37
2.4. Le numerose questioni aperte create dall'art. 4, d.l. 95/2012	39

Parte terza

I rapporti finanziari tra gli enti e le società partecipate	43
1. Gli enti locali e il costo del personale nelle società partecipate	45
1.1. Il contesto del problema: il polimorfismo organizzativo degli enti locali	46
1.2. I vincoli alle spese per personale e l'interpretazione estensiva dell'organizzazione amministrativa locale	48
1.3. La normazione di consolidamento "selettivo" e il giudice contabile	52
1.4. Le questioni aperte	57
2. Il trasferimento all'ente locale del personale delle società partecipate	61
2.1. Le misure di finanza pubblica e la reinternalizzazione dei servizi	61
2.2. Il reinserimento nell'amministrazione locale dei dipendenti originariamente trasferiti alla società partecipata	62
2.3. I vincoli di finanza pubblica e il personale assunto dalle società partecipate	68
3. I debiti delle società controllate e la responsabilità dell'ente locale	71
3.1. L'autonomia patrimoniale della Società secondo il regime proprio delle società a responsabilità limitata	71
3.2. Le amministrazioni e i soggetti sottoposti al loro "controllo analogo"	73
3.3. Le società-organismi di diritto pubblico	76
3.4. Le società in mano pubblica - "quasi amministrazioni"	77
3.5. Società in mano pubblica - non imprese	81
3.6. L'autonomia patrimoniale come tratto proprio delle società in mano pubblica	83
3.7. Il potere comunale di decidere l'assunzione dei debiti delle società controllate	85
3.8. La società partecipata come centro di imputazione dei debiti dell'ente locale	88
4. Il consolidamento dei bilanci	91
4.1. La normazione sul consolidamento dei bilanci e la sperimentazione dei nuovi sistemi di contabilità pubblica	92
4.2. Il consolidamento e i vincoli di finanza pubblica	94
Appendice giurisprudenziale e pareristica	CD ROM

Introduzione

Il fenomeno delle società pubbliche – e, in particolare, di quelle partecipate da enti locali – non cessa di essere al centro dell’attenzione degli studiosi e, soprattutto, del legislatore. Né potrebbe essere diversamente. Il trasferimento (parziale o completo) all’esterno di funzioni un tempo svolte direttamente dalle amministrazioni locali, ma anche la scelta di ricorrere a modelli più efficienti di gestione o la “tentazione” di assumere nella sfera pubblica attività ritenute redditizie, hanno dato luogo a un processo articolato di passaggio della produzione di servizi dalla sfera pubblica a soggetti formalmente distinti e autonomi, costituiti secondo le norme del diritto dei privati, ma prevalentemente (e, secondo alcuni, sostanzialmente) pubblici.

Il quadro che a oggi emerge, grazie anche alla diffusione di studi e banche dati, evidenzia come la proprietà e/o il controllo di imprese e altri organismi da parte dei governi locali abbia assunto nel nostro Paese connotati rilevanti, sia per il giro di affari che per gli impatti, effettivi o potenziali, sui territori in cui insistono.

Tutto ciò arriva a spiegare (almeno in parte) l’incessante lavoro legislativo sul tema. Infatti, da una parte si sono aggiunti nuovi tasselli alla riforma dei servizi pubblici locali, con interventi diretti a incidere sia su aspetti connessi all’apertura della concorrenza sia sulle compagini pro-

priarie delle società di gestione dei servizi stessi. Dall'altra, nell'ambito della riscrittura degli assetti istituzionali delle autonomie locali di matrice federalista, è necessario tener conto anche dei nuovi assetti organizzativi sorti dall'interazione del Comune e le varie entità partecipate. L'esigenza di garantire regole e governance maggiormente trasparenti ha ispirato la definizione di regole contabili uniformi e schemi di bilancio consolidato in grado di rappresentare il complesso delle articolate realtà comunali e dei vari soggetti facenti capo, parzialmente o totalmente, agli enti stessi.

In questo quadro, la scelta di IFEL è stata quella di tornare a occuparsi di partecipazioni pubbliche locali, ma non per indagare aspetti già ampiamente esplorati (come quello degli affidamenti in house o delle regole di funzionamento delle società pubbliche), quanto piuttosto per concentrarsi su due aspetti particolarmente tormentati e relativamente nuovi: a) le crescenti limitazioni all'autonomia degli enti locali in materia di organizzazione e partecipazione in enti; b) gli effetti prodotti dalla partecipazione pubblica sugli assetti finanziari e di gestione del personale dei due soggetti (ente locale e società da questo partecipata) in una relazione "circolare" che non manca di produrre effetti distonici e contraddittori. Il tutto anche allo scopo di riflettere sull'efficacia, adeguatezza e proporzionalità della risposta del legislatore alle distorsioni, sul piano della concorrenza, dei comportamenti della pubblica amministrazione e della gestione delle risorse pubbliche, provocate dalla crescita esponenziale delle partecipazioni locali in società di capitali; nonchè sull'opportunità, prima ancora che sulla legittimità, di interventi che agiscano sul fronte della capacità giuridica e dell'autonomia degli enti locali, anziché su quello dell'efficacia ed efficienza delle gestioni.

Pierciro Galeone
Segretario Generale IFEL

**Le partecipazioni pubbliche
locali, tra limiti alla potestà
organizzativa ed effetti
sugli equilibri finanziari
e sulla gestione del personale
delle società e degli enti soci**

1

1. L'oggetto dello studio

La partecipazione di pubbliche amministrazioni al capitale di società è fenomeno ormai risalente nel tempo⁽¹⁾ e dai vasti contorni⁽²⁾, ma il cui carattere frammentario e disorganico è direttamente proporzionale all'enfasi attribuita al medesimo nel corso del tempo. Gli interventi normativi più recenti hanno rafforzato tale relazione, da un lato alimentando (fragili) aspettative (fosse solo sul piano del consolidamento dei conti pubblici) sugli effetti "salvifici" delle azioni di riordino/contenimento/razionalizzazione di tali partecipazioni; dall'altro, accrescendo gli elementi di contraddizione e confusione del sistema⁽³⁾.

¹ La prima ipotesi presa in considerazione è quella della l. 10.08.1893, n. 449, istitutiva della Banca d'Italia.

² Nonostante il generale riconoscimento di una crescente "proliferazione" di società pubbliche, mancano studi sistematici e le ricerche in materia sono perlopiù concentrate sulle partecipazioni detenute dagli enti locali. Cfr., Istituto per la Finanza e l'Economia Locale-IFEL, *Le partecipazioni dei Comuni nelle public utilities locali. Il quadro delle regole, la dimensione del fenomeno e la percezione delle collettività. Contributi al dibattito*, Roma, 2012; Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Servizio Studi-Dipartimento Bilancio, *Le società a partecipazione pubblica*, 27.05.2011, in <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/bi0409.htm>; Corte dei Conti, sezione delle autonomie, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di comuni e province*, 30.06.2010, deliberazione n. 14/SEZAUT/2010/FRG, in www.cortedeiconti.it; Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre 2008, in www.assonime.it; Centro Europa Ricerche, *Rapporto su Ruolo e Governance delle imprese controllate dallo Stato: analisi e proposte per il futuro*, gennaio 2008, in www.astrid-online.it.

³ Sul dominio, nella materia, del «principio della confusione», v. già M.S. Giannini, *Le impre-*

Basti segnalare la sensazione quasi surreale provocata da una norma, quella contenuta all'ultimo capoverso del penultimo comma dell'art. 4, d.l. 6.07.2012, n. 95, che si sforza di ribadire la generale riconducibilità delle società pubbliche alla disciplina del codice civile – stabilendo che «*le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali*

Lo stesso sintagma “società pubbliche”, di recente impiego⁽⁴⁾, non arriva a identificare una categoria unitaria⁽⁵⁾, ma viene indifferentemente utilizzato per scopi diversi e talora disomogenei: ricostruire un minimo comune denominatore “soggettivo” – di tipo meramente “descrittivo” – fondato sulla natura giuridica del socio; indicare l’oggetto di una disciplina speciale volta a mescolare profili pubblicistici agli statuti societari; sottolineare gli effetti prodotti, anche su società non partecipate da pubbliche amministrazioni, dal loro assoggettamento a speciali regimi di controllo pubblico ovvero di funzionamento⁽⁶⁾; fino ad arrivare a individuare la natura giuridica delle società, che, appunto, secondo parte della dottrina⁽⁷⁾ e della

se pubbliche in Italia (1958), ora in Id., *Scritti*, IV (1955-1962), Milano, 2004, p. 411.

⁴ Per G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle Società*, 2006, 5-6, p. 1000, «si tratta di un sintagma fino a poco tempo fa estraneo al lessico giuridico italiano».

⁵ Sull’oggettiva inesistenza di una categoria unitaria “società pubbliche” v. M. Cammelli, *Società pubbliche*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, V, 2012, p. 1190.

⁶ Si pensi, quanto al primo aspetto, alla (non corretta) sovrapposizione, nel linguaggio comune, della nozione di società pubblica con quella di organismo di diritto pubblico ovvero, quanto al secondo aspetto, alle particolari previsioni, di cui all’art. 6, d.l. 31.05.2010, n. 78, discendenti non già dalla natura pubblica della società o del socio, quanto dall’inserimento nel c.d. “elenco delle pubbliche amministrazioni”, redatto dall’ISTAT in forza di quanto previsto dall’art. 1, cc. 1, 2 e 3, l. 31.12.2009, n. 196.

⁷ G. Rossi, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 2, p. 221 ss.; G. Gruner, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Servizi pubblici*

giurisprudenza⁽⁸⁾, sarebbero veri e propri enti pubblici in forma societaria, in via di principio sottoposti alle norme del diritto amministrativo.

Anche la ragione giustificatrice del crescente ricorso alle società pubbliche non è univoca, né costante nel tempo. Nel corso degli anni, alle società pubbliche si è fatto ricorso per agevolare i processi di dismissione di attività attraverso la trasformazione di enti pubblici in società per azioni, di cui cedere la proprietà; per favorire la differente organizzazione, mediante il ricorso ai più efficienti moduli privatistici, di attività originariamente svolte all'interno dell'amministrazione (c.d. "esternalizzazione"); per realizzare l'opposta (rispetto all'esternalizzazione) "assunzione" in capo all'amministrazione pubblica (ma attraverso, appunto, la mediazione della società pubblica) di funzioni e attività nuove, ritenute "redditizie" o "economiche"⁽⁹⁾ o, al contrario, e *lato sensu*, di tipo "difensivo"⁽¹⁰⁾; per perseguire specifici obiettivi attraverso la costituzione di società legali, secondo lo schema «*una società-uno statuto normativo*»; per soddisfare, quantomeno nel settore dei servizi pubblici locali, l'esigenza di nuovi modelli organizzativi che consentissero, attraverso la concentrazione/fusione delle tradizionali aziende municipalizzate (trasformate in società di capitali), il raggiungimento di una dimensione critica sufficiente a reggere la sfida della concorrenza; e, infine, anche, perché no, per consentire la "fuga" dalle regole e dai vincoli del pubblico (con le conseguenti distorsioni).

e appalti, 2004, 3, p. 701 ss..

⁸ *Ex multis*, Corte Costituzionale, 28 dicembre 1993, n. 466; Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 2003, n. 5241. Più di recente, si v. anche Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574.

⁹ Si pensi alle società pubbliche locali costituite per la realizzazione e gestione di impianti di produzione di energia da fonti alternative e rinnovabili.

¹⁰ Si fa riferimento, ad esempio, alle società utilizzate per il perseguimento di politiche attive del lavoro; v. art. 4, cc. 6 e 7, d.l. 31.01.1995, n. 26, per il quale «*6. Al fine di favorire l'occupazione o la rioccupazione di lavoratori, i comuni e le province sono autorizzati a costituire società per azioni con la GEPI S.p.a., anche per la gestione di servizi pubblici locali.*

7. Per le medesime finalità di cui al comma 6, i comuni e le province possono consentire, mediante appositi aumenti di capitale, l'ingresso della GEPI S.p.a. in società da essi partecipate».

L'accennata varietà di figure, obiettivi, schemi giuridici giustifica – in parte – l'eterogeneità dei fini perseguiti dai più recenti interventi legislativi, perlopiù caratterizzati da un intento di “pubblicizzazione” del regime giuridico di tali società; negli ultimi anni, cioè, le società partecipate dalle amministrazioni pubbliche, e specialmente quelle delle regioni e degli enti locali, sono state interessate da una serie di disposizioni normative sostanzialmente volte a estendere alle stesse il regime proprio delle amministrazioni-socie.

Anche in questo caso, le ragioni alla base di tale processo possono essere molte e qualitativamente composite⁽¹¹⁾: assecondare esigenze di “moralizzazione” della spesa pubblica, attraverso l'introduzione di vincoli che evitino possibili sprechi; rispettare i vincoli di finanza pubblica, soprattutto a livello locale; limitare le distorsioni concorrenziali comunque insite nel modello; rendere omogenei i comportamenti della pubblica amministrazione intesa in senso “allargato”.

In questo quadro, il presente studio privilegia un approccio specifico e assai limitato: indagare il fenomeno delle società partecipate da enti locali, sotto un duplice aspetto. Da un lato, i crescenti limiti imposti alla capacità giuridica delle autorità pubbliche locali (anche in termini di scelta organizzativa); dall'altro, i rapporti finanziari tra gli enti e le società partecipate, non nella prospettiva civilistica dello scambio negoziale di risorse, quanto in quella, più ampia, degli effetti della partecipazione pubblica sulle politiche di gestione del bilancio e del personale degli enti (anche societari), in un'ottica, altresì, di partecipazione di tali politiche alla formazione del quadro complessivo della finanza pubblica.

¹¹ Per una ricostruzione schematica, v. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, p. 352. Per l'A. gli interventi hanno perseguito scopi di “moralizzazione” e di riduzione dei costi delle società pubbliche, in quanto concorrenti al c.d. “conto economico consolidato” dello Stato; scopi “antielusivi” del regime che caratterizza l'organizzazione e l'attività degli enti pubblici; scopi di tutela della concorrenza e di freno alle distorsioni concorrenziali. Così, anche G. Urbano, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.it.

Oggetto dello studio, dunque, non sono i (ben indagati, tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza) presupposti/limiti per il ricorso agli affidamenti diretti (*in house*) o alle società miste, né, tantomeno, l'analisi dei moduli negoziali (contratti di servizio, patti parasociali...) tra ente locale e soggetto gestore, né, infine, l'esame degli statuti societari o delle regole di svolgimento delle attività.

L'ottica prescelta è dunque, volutamente, assai ristretta e specifica.

Scopo dello studio è, infatti, quello di offrire spunti di riflessione intorno ad alcune questioni precise e, in particolare, sull'efficacia, adeguatezza e proporzionalità della risposta predisposta dal legislatore al riscontrato verificarsi di distorsioni (sul piano della concorrenza, dei comportamenti della pubblica amministrazione e della ottimale gestione delle risorse pubbliche) provocate dalla crescita esponenziale delle partecipazioni locali in società di capitali; così come sull'opportunità, prima ancora che sulla legittimità, di interventi che agiscano sul fronte della capacità giuridica e dell'autonomia degli enti locali, anziché su quello dell'efficacia ed efficienza delle gestioni; e, infine, sull'efficacia della scelta di sovrapporre, *tout court*, regole e schemi pubblicistici a modelli privatistici.

Nel capitolo II, quindi, esaminate le principali forme di partecipazioni pubbliche locali (soprattutto in relazione alla distinzione tra servizi d'interesse generale e attività c.d. "strumentali") e la relativa disciplina (§ II.1.), si cercherà di dare conto dei limiti qualitativi e quantitativi all'assunzione e detenzione delle stesse introdotti dalla normativa più recente; nonché della relazione tra tali limiti e le politiche pubbliche (per lo più, di contenimento/razionalizzazione della spesa pubblica) perseguiti (§ II.2.). Nel capitolo III, invece, inquadrato il contesto generale di polimorfismo organizzativo degli enti locali, sono indagate le relazioni tra enti locali e spese di personale nelle società partecipate (§ III.1.) – anche in relazione ai passaggi di personale da queste ultime ai primi (§ III.2.) – nonché quelle tra debiti delle società e responsabilità dell'ente pubblico-socio (§ III.3.). Da ultimo, sarà brevemente affrontato il tema degli obblighi di consolidamento dei bilanci (§ III.4.).

Gli enti locali e le partecipazioni pubbliche: soggetti a capacità limitata?

2

1. Una breve storia delle partecipazioni degli enti locali in società di capitali

Le prime esperienze di società pubbliche locali (il cui capitale, cioè, è detenuto da enti locali) sono abbastanza datate⁽¹⁾ e prive di un quadro normativo di riferimento: con espressioni parimenti riferibili all'attualità, è stato osservato che si trattava di esperienze «*costrette a muoversi sul terreno accidentato di una normazione frammentaria, completamente asistematica e spesso interpretata restrittivamente dalla giurisprudenza e dagli organi di controllo*»⁽²⁾.

Il fenomeno si concentra prevalentemente, come si dirà, soprattutto nel settore dei servizi pubblici locali⁽³⁾, per estendersi, successivamente, anche alle c.d. “attività strumentali”.

¹ Si occupano di tale fenomeno, già S. Cassese, *I servizi pubblici locali nel Mezzogiorno*, Roma, 1969, p. 37 ss.; M. Cammelli, *Le società a partecipazione pubblica. Comuni, province e regioni*, Rimini, 1989.

² A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato*, in M. Cammelli-M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, p. 31.

³ Per una preziosa e originale ricostruzione di carattere generale, G. Fonderico, *Il Comune regolatore*, Pisa, 2012.

1.1. I servizi pubblici locali: dal 1990 al 2008...

La partecipazione pubblica a una società di capitali quale modello di organizzazione dei servizi pubblici locali viene espressamente prevista solo con l'art. 22 della l. 8.06.1990, n. 142 (Ordinamento degli enti locali). In origine, peraltro, la società doveva essere a prevalente capitale pubblico e veniva espressamente ammessa solo in ragione di specifiche ragioni di partenariato pubblico-pubblico o pubblico-privato⁽⁴⁾. Con una manovra più ampia rispetto al solo ambito dei servizi pubblici locali, due anni dopo il legislatore ha poi generalizzato il ricorso anche alle società a capitale pubblico minoritario: «*Le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi di programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e), dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'articolo 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionariato diffuso e resta comunque sul mercato» (art. 12, c. 1, l. 23.12.1992, n. 498)⁽⁵⁾.*

⁴ Art. 22, c. 3: «*I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme: [...] e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati».*

⁵ Tale percorso legislativo, monco per la mancata adozione del decreto legislativo previsto dal comma 2 del medesimo art. 12, è poi parzialmente proseguito con l'art. 4, c. 1, d.l. 26/95, per il quale «*al fine di favorire l'immediato avvio di operatività delle disposizioni di cui all'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, concernente la costituzione di società*

Rimanendo in tema di servizi pubblici locali, il nuovo testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (d.lgs. 18.08.2000, n. 267 - TUEL) si poneva, originariamente, in linea con la precedente disciplina, prevedendo espressamente tanto la società a capitale pubblico maggioritario, quanto quelle a maggioranza privata.

Ha immediatamente inizio, tuttavia, un'intensa e tormentata attività di modifica della disciplina dei servizi pubblici locali, che – non a caso – ha prevalentemente al centro proprio le società pubbliche locali.

Già nel 2001, infatti, sulla scia di una procedura d'infrazione avviata nei confronti della Repubblica Italiana dalla Commissione Europea⁽⁶⁾, si assiste a un primo, radicale cambiamento: si introduce una distinta disciplina (poi censurata dal giudice costituzionale, per difetto di competenza statale sulla materia⁽⁷⁾) per i servizi pubblici privi di rilevanza industriale (successivamente, “rilevanza economica”), che possono essere gestiti anche mediante «*società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile*»; in una logica pro-concorrenziale, si restringono le possibilità di organizzazione dei servizi pubblici locali al solo «*conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica*»; nella medesima logica, secondo tecniche ben note al diritto della regolazione (e prodromiche alla liberalizzazione delle attività di erogazione), si prevede la possibilità di separare la gestione della rete dall'erogazione dei servizi, potendosi affidare a) la proprietà della rete medesima a una società a capitale interamente pubblico e incedibile, b) la gestione della rete, oltre

miste con la partecipazione non maggioritaria degli enti locali per l'esercizio di servizi pubblici e la realizzazione di opere pubbliche, si provvede con regolamento da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sulla base dei principi e dei criteri di cui al comma 2 del medesimo articolo 12, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nel rispetto della normativa comunitaria. Tale regolamento è stato adottato con Dpr 16.09.1996, n. 533, recante "Norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali".

⁶ Commissione Europea, Procedura di infrazione 1999/2184.

⁷ Corte Costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272.

che a soggetti individuati mediante confronto concorrenziale, a «*società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati, cui può essere affidata direttamente tale attività*»; si prevede che i rapporti tra l'ente locale e il soggetto gestore, così individuato, siano retti da un “contratto” di servizio.

L'improvvisa (e, per molti, eccessiva) “torsione” (in senso pro-concorrenziale) imposta dal legislatore e le conseguenti resistenze all'apertura al mercato – in uno a una nuova procedura d'infrazione comunitaria⁽⁸⁾ (*rectius*, di reitera – per ragioni evidentemente differenti – della precedente messa in mora⁽⁹⁾, nell'ambito della medesima procedura d'infrazione) – provocavano un nuovo intervento legislativo⁽¹⁰⁾, che, per quanto di nostro limitato interesse, reintroduceva, nell'ordinamento interno, la possibilità di gestione dei servizi pubblici locali mediante il ricorso a società partecipate dagli enti locali.

Doveva trattarsi, tuttavia, o di «*società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche*» ovvero di «*società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*».

La gestione delle reti, quando separata dall'erogazione del servizio, può essere affidata direttamente (e, cioè, senza una previa procedura concorrenziale) soltanto in favore di «*società di capitali con la partecipazione*

⁸ Commissione Europea, 26.06.2002, C(2002)2329.

⁹ Id., 8.11.2000 [SG(2002)D/108243].

¹⁰ Art. 14, d.l. 30.09.2003, n. 269.

totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Anche per il caso di servizi pubblici privi di rilevanza economica, la possibilità di affidamento diretto è ristretta al solo caso di «*società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».*

All'esito di tali evoluzioni normative, nel settore dei servizi pubblici locali, le partecipazioni pubbliche erano dunque previste:

1. in società, a capitale interamente o parzialmente pubblico, per la gestione delle attività economicamente rilevanti;
2. in società a capitale interamente pubblico per la gestione delle reti e degli impianti;
3. in società a capitale interamente pubblico, e inedibile, cui conferire la proprietà delle reti e degli impianti;
4. in società a capitale interamente pubblico per la gestione delle attività prive di rilevanza economica;
5. in società inizialmente a capitale interamente pubblico (ma per non più di due anni) derivanti dalla trasformazione, ai sensi dell'art. 15, d.lgs. 267/00, delle aziende speciali in società di capitali, anche ai fini dell'applicazione delle norme di cui al decreto-legge 31.05.1994, n. 332⁽¹¹⁾;
6. in società a partecipazione pubblica di minoranza, ex art. 116, d.lgs. 267/00, «*per l'esercizio di servizi pubblici di cui all'articolo 113-bis e*

¹¹ Recante "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni".

per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio, nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale»;

7. in società a parziale partecipazione pubblica per la realizzazione, ex art. 120, d.lgs. 267/00, di interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti;
8. in società per azioni costituite con la Gepi spa (oggi, Italialavoro spa) per la realizzazione di politiche di promozione dell'occupazione o della ri-occupazione, ai sensi del combinato disposto dell'art. 120, d.lgs. 267/00 e dell'art. 4, d.l. 26/95.

1.2. ...e dal 2008 ai giorni nostri

Tale impostazione è rimasta sostanzialmente inalterata fino al 2008, quando, con l'art. 23-bis, d.l. 25.06.2008, n. 112, il legislatore ha introdotto un primo vincolo alla facoltà di ricorrere agli affidamenti diretti in favore di società a capitale interamente pubblico, rendendo tale ipotesi del tutto eccezionale e residuale rispetto a quelle ordinarie di affidamento in favore di imprenditori selezionati mediante procedura di gara ovvero di società a capitale misto (con una partecipazione del privato non inferiore al 40% del capitale), in cui il socio privato fosse comunque selezionato mediante una gara pubblica, avente a oggetto tanto la qualità di socio, quanto l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

L'affidamento diretto, infatti, era consentito soltanto: a) per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato; b) a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipate dall'ente locale, che avessero i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *“in house”* e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza

dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano; c) all'esito di un procedimento complesso che prevedeva anche un contraddittorio con l'Autorità garante della concorrenza e il mercato.

L'art. 23-bis, d.l. 112/08, tuttavia, è stato abrogato, con Dpr 18.07.2011, n. 113, all'esito di una consultazione referendaria. Il legislatore, a poco meno di un mese di distanza, tornava a occuparsi della materia, limitandosi a recuperare – per quanto di nostro interesse – il precedente impianto normativo (v. art. 4, d.l. 13.08.2011, n. 138). In particolare, la norma prevedeva tanto il ricorso alle società miste, quanto – sia pure entro certi limiti – quello alle società a totale partecipazione pubblica.

Anche questa disciplina, tuttavia, ha avuto scarsa fortuna, finendo censurata a opera del giudice costituzionale, che ha sanzionato la violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare; divieto desumibile dall'art. 75 Cost..⁽¹²⁾

Il venir meno della disciplina di cui all'art. 4, d.l. 138/2011 ha determinato, quindi, una situazione affatto identica a quella immediatamente successiva all'approvazione del quesito referendario; situazione già ricostruita dal giudice costituzionale che, in sede di vaglio dell'ammissibilità di tale quesito, aveva precisato che:

- a. «*dall'abrogazione referendaria non deriva, in tema di regole concorrenziali relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall'ordinamento comunitario*»;
- b. «*all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurispru-*

¹² Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199.

denza di questa Corte – sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 –, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall’altro, conseguirebbe l’applicazione immediata nell’ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica»⁽¹³⁾.

L’abrogazione dell’art. 4, d.l. 138/2011, dunque, riporta alla condizione descritta dal giudice costituzionale e, quindi, all’applicazione immediata, nell’ordinamento interno, della normativa europea in materia di organizzazione e conferimento dei servizi d’interesse generale. Le scelte delle competenti autorità pubbliche locali, tuttavia, dovranno essere precedute da una valutazione di compatibilità delle medesime con l’ordinamento europeo, come ora espressamente richiesto dal comma 20 dell’art. 34, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, per il quale «*per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l’economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l’affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell’ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste*».

Nella prospettiva assunta dal presente studio occorre dunque domandarsi se la disciplina europea contenga limiti o vincoli particolari alla capacità delle autorità pubbliche locali di ricorrere a forme organizzative specifiche e, in particolare, alla costituzione o partecipazione in società di capitali.

¹³ Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24. In via generale, sugli effetti della sentenza della Corte Costituzionale 199/2012, v. H. Bonura, *I servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012*, in AA.VV., *Guida Normativa*, Rimini, 2012, p. 287-327.

1.3. Brevi cenni sulla disciplina europea in materia di servizi d'interesse generale e imprese pubbliche

Sul punto, occorre dire fin da subito che l'ordinamento europeo non incide in alcun modo sulla potestà organizzativa degli enti locali (e delle autorità pubbliche in genere). Al contrario, e con specifico riferimento ai servizi d'interesse generale⁽¹⁴⁾, il protocollo n. 26 al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) prevede che «*i valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea comprendono in particolare: il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; [...]*».

Tale “ampio potere discrezionale” si inserisce in un più ampio contesto nell’ambito del quale va attentamente valutato il rapporto dell’azione delle autorità pubbliche con il principio di concorrenza. In linea sommamente generale, con la migliore dottrina⁽¹⁵⁾, può dirsi che:

a) l’art. 106TFUE sancisce due principi:

- il principio di parità concorrenziale fra imprese pubbliche e imprese private;
- il principio per cui gli ordinamenti nazionali possono legittimamente attribuire a certe imprese – ma indipendentemente dalla loro proprietà, pubblica o privata – diritti speciali o esclusivi, purché il

¹⁴ Nozione che il giudice costituzionale ha ritenuto “omologa” a quella interna di servizio pubblico (Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325). Sul tema, per una sintesi, D. Sorace, *I servizi “pubblici” economici nell’ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in E. Brutti Liberati-F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi d’interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 11-31; cfr. anche H. Bonura-M. Cassano, *L’assunzione, regolazione e organizzazione dei servizi d’interesse economico generale di ambito locale al “tempo delle liberalizzazioni”*, in H. Bonura-M. Cassano (a cura di), *L’affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, p. XI-XII.

¹⁵ M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente ed autonomia statutaria*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, p. 21-57.

trattamento preferenziale delle imprese titolari di tali diritti, rispetto alle altre imprese, sia strettamente necessario al fine del conseguimento di una “specifica missione” di produzione di servizi di interesse economico generale;

- b) anche in relazione al più ampio ambito dei contratti pubblici, il diritto europeo ammette che un ente pubblico possa optare per l'autoproduzione di beni e servizi, a condizione che l'impresa incaricata della produzione del servizio operi esclusivamente come organismo di autoproduzione e non svolga poi attività in concorrenza con le imprese private, nei mercati di riferimento.

Le indicazioni del diritto si fermano qui. Spetta, quindi, ai singoli ordinamenti nazionali far sì che la partecipazione pubblica a un'impresa o il meccanismo dell'autoproduzione non si trasformino in strumenti di distruzione della ricchezza pubblica ovvero di distorsione del mercato.

1.4. Prime conclusioni sul punto

Incrociando le indicazioni del diritto europeo con lo stato della disciplina interna, ne risulta – per quanto di nostro interesse – una situazione (salvo quanto si dirà *infra*) sostanzialmente simile a quella tratteggiata nella piena vigenza dell'art. 113 TUEL (par. 1.1.).

Il soppresso comma 5 dell'art. 113, infatti, rimane la soluzione più “vicina” all'ordinamento europeo cui oggi occorre rinviare. L'unico dubbio sorge in ordine alla persistente possibilità di costituire società patrimoniali, dal momento che, secondo la lettura fornita dal giudice costituzionale⁽¹⁶⁾ e da quello contabile⁽¹⁷⁾, il comma 13 dell'art. 113 dovrebbe ritenersi implicitamente abrogato per contrasto con l'art. 23-bis, c. 5, d.l. 112/08.

¹⁶ Corte cost., 25 novembre 2011, n. 320.

¹⁷ Corte dei conti, sez. controllo regione Emilia-Romagna, n. 9/2012/PAR del 13 febbraio 2012.

1.5. Le partecipazioni nelle c.d. “società strumentali” e l’art. 13, d.l. 4.07.2006, n. 223 (c.d. “decreto Bersani”)

Come detto, i servizi d’interesse generale non costituiscono l’unico settore in cui si è sperimentato il fenomeno delle partecipazioni degli enti locali al capitale di società di diritto privato. Al contrario, gli sviluppi più significativi si sono avuti in relazione a un’area di attività economiche dette “strumentali” perché rese nei confronti di e pagate direttamente da pubbliche amministrazioni.

La nozione di “attività strumentali” non conosce, in realtà, una definizione sul piano del diritto positivo. L’art. 13 del d.l. 4.07.2006, n. 223 – che, per la prima volta, si è occupato di tale fenomeno – si limita a fare riferimento, apoditticamente, ad attività di «*produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali [amministrazioni pubbliche regionali e locali] in funzione della loro attività*». Si delinea, cioè, una categoria di attività avente l’unica caratteristica di essere funzionali all’azione delle autorità pubbliche.

La nozione di “strumentalità”, tuttavia, è dai contorni labili; basti il fatto che, non troppo tempo fa, lo stesso giudice amministrativo considerava alla stregua di servizi pubblici – in quanto strumentali non già all’ente, ma, in via mediata, alla stessa collettività – i servizi di pulizia e custodia degli edifici pubblici⁽¹⁸⁾.

L’Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCM)⁽¹⁹⁾ – ribadito che

¹⁸ Cons. giust. amm., 23 luglio 2001, n. 410, per cui «appare quanto meno discutibile l’affermata estraneità dei servizi di custodia e pulizia, finalizzati alla conservazione e ordinaria manutenzione del patrimonio comunale, dall’ampia nozione di “servizio pubblico” cui ha riguardo l’art. 22, legge 142/90 [...] atteso, in particolare, il rapporto di strumentalità intercorrente tra le attività di cui trattasi, svolte a favore dell’ente esponenziale, ma finalizzate, tra l’altro, a consentire idonee condizioni di decoro, fruibilità e agibilità dei beni immobili che ospitano i diversi uffici e servizi comunali, e l’attività di diretta erogazione dei servizi in favore della collettività sottostante da parte degli uffici medesimi» (enfasi ns.).

¹⁹ L’Autorità già nella vigenza dell’art. 23-bis, d.l. 112/08, aveva reso numerosi pareri basati sulla relativa distinzione. Per una rassegna, v. H. Bonura, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in V. Antonelli-E. D’Aristotile-C. Paolini (a cura di), *Go-*

il criterio discretivo tra i servizi d'interesse generale e le attività strumentali va ricercato nel fatto che le ultime sarebbero svolte esclusivamente a favore dell'ente locale, mentre i primi sono svolti direttamente a beneficio della collettività – usa rinviare a quella giurisprudenza che avrebbe individuato «*tre principali condizioni che devono sussistere affinché l'attività in questione sia qualificabile come "strumentale": i) il servizio è volto a soddisfare esigenze dell'amministrazione e non è direttamente fruibile dai cittadini; ii) il rischio di gestione è assunto dall'amministrazione affidante; iii) la remunerazione del servizio è a carico dell'amministrazione nell'ambito del rapporto bilaterale con l'appaltatore*»⁽²⁰⁾.

Più analitico il ragionamento sviluppato dalla Corte costituzionale, per la quale le attività c.d. "strumentali" sarebbero «*attività amministrativa in forma privatistica*», mentre i servizi pubblici «*attività d'impresa di enti pubblici*»⁽²¹⁾. Tanto l'una, quanto l'altra – conclude il giudice costituzionale – possono essere svolte mediante società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso (società c.d. "strumentali") vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo

vernare le autonomie locali nella transizione federale, Bergamo, 2010, p. 2047-2050.

²⁰ AGCM, parere AS1032 del 22 marzo 2013, in Bollettino n. 12 del 2.04.2013. La giurisprudenza cui fa riferimento l'autorità è Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012. In realtà, però, il giudice, nell'occasione si è soffermato sulla nozione di servizio pubblico locale [tra l'altro, ricavandola, a sua volta, da un ulteriore meccanismo di "ritaglio" attraverso la contrapposizione tra la nozione di concessione e quella di appalto: «*partendo dalla nozione comune mente accolta da dottrina e giurisprudenza del servizio pubblico locale (in contrapposizione a quella di appalto di servizi), va osservato che essa accorda tale natura a quelle attività che sono destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile ai singoli o all'utenza complessivamente considerata, che ne sopporta i costi direttamente, mediante pagamento di apposita tariffa, all'interno di un rapporto trilaterale, con assunzione del rischio di impresa a carico del gestore*»; criterio, in realtà, discutibile e già superato, stante la neutralità del tipo di contratto – d'appalto o di concessione – rispetto all'effettiva natura dell'attività svolta; sul punto, cfr., Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2013, n. 911; Id., 3 maggio 2012, n. 2537] e l'Autorità ne ha tratto, *a contrario* (e a conferma della difficoltà di una nozione positiva), le caratteristiche dell'opposta categoria.

²¹ Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326. In senso adesivo, Cons. Stato, A.P., 4 agosto 2011, n. 17, in S. Toschei (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato*, 2011, con nota di G. Figuera-D. Zappia, *Società di terzo grado e divieti di partecipazione*, p. 379-407.

caso (società per la gestione di servizi d'interesse generale), vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza. Sulla base di ciò, sarebbe legittimo e razionale, per la Corte, separare – come fa l'art. 13, d.l. 223/06 (per il quale, come è noto, le società strumentali devono avere oggetto sociale esclusivo, nel senso che non possono svolgere attività se non in favore degli enti soci, né detenere partecipazioni in altre società)⁽²²⁾ – le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. In tal modo, quindi, attraverso l'esclusività dell'oggetto sociale delle società strumentali non sarebbe «*negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma sarebbe imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della*

²² Art. 13, d.l. 223/06: «*1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1º settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.*

2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.

3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro quarantadue mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma.

4. I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data».

concorrenza». In altri termini, le società strumentali – in ragione dell’attività loro concretamente attribuita e, appunto, strumentale alle funzioni proprie delle autorità regionali e locali – perderebbero le caratteristiche di vere e proprie imprese commerciali (dovendosi negare, al contrario, tale natura alle medesime, a pena di illegittimità dei relativi affidamenti diretti), assumendo piuttosto quella delle “semi-amministrazioni”⁽²³⁾ o “organizzazioni pubbliche in forma privatistica”⁽²⁴⁾ ossia di società istituite e regolate in modo speciale, per finalità diverse da quelle di esercizio dell’attività d’impresa con scopo lucrativo e assoggettate a un controllo diretto e penetrante delle autorità pubbliche.

Nella lettura del giudice costituzionale, dunque, la natura (e non la modalità di affidamento⁽²⁵⁾) delle attività assegnate conformerebbe la natura dei soggetti che le svolgono, rendendo legittime, sul piano costituzionale (sia pure, ai limitati fini di un corretto riparto delle competenze legislative), le norme che certificano tale condizione. L’art. 13, d.l. 223/06, dunque, non determinerebbe una compressione delle libertà delle autonomie locali, ma – al contrario – ne garantirebbe un corretto uso.

Tale impostazione arriva a giustificare il fatto che le restrizioni di cui all’art 13, d.l. 223/06 trovino applicazione anche nei confronti delle società a capitale misto, pubblico-privato, i cui affidamenti sono pacificamente considerati, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalenti a quelli attuati mediante pubblica gara⁽²⁶⁾.

²³ Così, M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 351.

²⁴ V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, p. 38.

²⁵ Né la norma, né la pronuncia citata fanno riferimento alle modalità (affidamento diretto o gara) mediante le quali le società in questione hanno ricevuto i servizi; al contrario, per il giudice costituzionale «*le disposizioni impugnate definiscono il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all’oggetto sociale di queste ultime*». Ciò che rileva, quindi, non è il regime contrattuale instaurato tra il soggetto societario e l’ente socio, ma la natura delle attività attribuite al primo.

²⁶ Così, Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2011, n. 2222.

1.6. Alcuni profili di criticità

La tesi elaborata dal giudice costituzionale ha dei pregi indubbi, consentendo di dare omogeneità a una disciplina frammentaria e contraddittoria (anche, come si dirà, in relazione all'art. 4, d.l. 95/2012), ma presenta alcuni profili di criticità non indifferenti.

In primo luogo, rischia di trascurare il fatto che le attività in questione sono pur sempre e indubbiamente attività economiche. Il loro carattere "strumentale" rispetto alle finalità dell'ente è un criterio discrezivo (rispetto ai servizi d'interesse generale) che può valere a giustificare, a determinate condizioni, una disciplina speciale, ma non uno snaturamento della natura stessa. Per dirla diversamente, il fatto che i servizi di pulizia siano resi da una società a partecipazione pubblica, può modificare il regime della società o, al limite, anche quello di prestazione dell'attività, ma non la natura dell'attività, che è e resta economica, ossia oggettivamente d'impresa.

E tale considerazione risulta rafforzata ove si consideri che, in caso contrario, non avrebbe senso porsi il problema – come fa l'art. 13, d.l. 223/06 e come riconosce lo stesso giudice costituzionale⁽²⁷⁾ – della tutela della concorrenza; questione che emerge soltanto in presenza di attività d'impresa.

Se così è, tuttavia, non si comprende quale sia l'esigenza di tutela della concorrenza laddove, per ipotesi, la società a totale partecipazione pubblica abbia ricevuto il contratto all'esito di una regolare procedura di gara ovvero ancora quando la partecipazione pubblica sia solo parziale e l'affidamento in favore della società mista sia avvenuto all'esito di una gara c.d. "a doppio oggetto" e che, quindi, abbia avuto a oggetto anche il contratto d'appalto, nel pieno rispetto delle regole in materia di concorrenza e contratti pubblici.

²⁷ «Le disposizioni impugnate hanno il dichiarato scopo di tutelare la concorrenza» (Corte cost., 326/08, cit.).

Le partecipazioni locali

Il punto è che se la norma più volte citata (art.13) avesse realmente lo scopo di separare l'esercizio dell'attività amministrativa in forma privativa da quella economica in senso proprio, allora la stessa non potrebbe che riguardare (contrariamente a quanto apoditticamente sostenuto dal giudice costituzionale) la materia dell'organizzazione amministrativa e, quindi, esulare (quantomeno per la dimensione regionale) dalla competenza statale.

L'impressione è, invece, che, ancora una volta, la meritorietà degli intenti extra-giuridici che hanno mosso il legislatore (moralizzazione dei comportamenti pubblici; riduzione degli apparati societari pubblici; restituzione al mercato di alcuni settori di attività) si combini con una tecnica giuridica del tutto discutibile (e, probabilmente, censurabile), ma sia ritenuta, *ex se*, sufficiente a giustificare la "salvezza" (quantomeno sul piano del riparto delle competenze legislative) della relativa disciplina.

2. I limiti quali-quantitativi all'assunzione e detenzione di partecipazioni in società di capitali (art. 3, c. 27, l. 244/07; art. 14, c. 32, d.l. 78/2010; art. 4, d.l. 95/2012)

2.1. I limiti qualitativi: l'art. 3, c. 27, l. 244/07

Come correttamente rilevato, non tutte le attività degli enti locali estranee alla categoria delle pubbliche funzioni rientrano per ciò stesso nei servizi pubblici. L'attività di comuni e province, dunque, si compone di funzioni, di servizi pubblici e di ordinarie attività economiche⁽²⁸⁾; potendosi ulteriormente dire, in questa sede, per comodità e brevità, che i servizi pubblici si distinguono dalle ordinarie attività economiche non già per la natura oggettivamente economica (comune a entrambi), ma per l'assoggettamento dei primi a un regime giuridico differenziato (consistente nei c.d. obblighi di pubblico servizio) giustificato dalla loro preordinazione a finalità di interesse generale.

A loro volta, le attività economiche estranee alla sfera dei pubblici servizi possono avere carattere strumentale rispetto alle finalità dell'ente o avere carattere squisitamente imprenditoriale.

Orbene, l'art. 3, c. 27, l. 24.12.2007, n. 244, prevede espressamente che «*al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non pos-*

²⁸ Così, M. Cammelli, *Società pubbliche*, cit., p. 1196.

sono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguitamento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza».

Ciò equivale a dire che alle pubbliche amministrazioni (anche locali) è ormai interdetto l'esercizio di attività economiche (diverse, per come appena detto, dai servizi pubblici o d'interesse generale) mediante società pubbliche partecipate. L'unica deroga è consentita per quelle attività economiche che non solo siano strumentali al corretto espletamento delle finalità istituzionali dell'ente, ma che lo siano in un rapporto di "stretta necessarietà", secondo una valutazione da compiersi caso per caso, e in relazione diretta con lo statuto dell'ente⁽²⁹⁾. Si è così sostenuto, ad esempio, che il servizio di pulizia degli uffici e dei presidi ospedalieri non può essere considerato "strettamente necessario" al perseguitamento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico (un'azienda sanitaria locale), dal momento che la pulizia quotidiana sarebbe strumentale al buon andamento di qualunque ente o ufficio pubblico, avendo carattere comune e generico, strumentale all'esercizio di qualunque attività pubblica o privata, erogabile da qualsiasi soggetto e a favore di chiunque⁽³⁰⁾.

²⁹ Così, Corte dei Conti, sez. controllo regione Piemonte, n. 33/PAR/2008 del 3 dicembre 2008; Corte dei Conti, sez. controllo regione Lombardia, n. 23/PAR/2008 del 3 aprile 2008 e n. 548/PAR/2009 del 29 luglio 2009.

³⁰ Tar Puglia, Bari, 17 maggio 2010, n. 1898.

Da quanto detto, appare evidente che, per le autorità locali, manca del tutto una norma di raccordo con l'art. 13, d.l. 223/06. Se, infatti, scopo della norma è quello di evitare violazioni dei principi in materia di concorrenza ovvero indebite restrizioni del mercato, nel caso specifico degli enti locali (e delle regioni), tale scopo è stato dichiaratamente perseguito con la norma appena citata (art. 13); se, invece, scopo della norma è quello di escludere in modo generale e permanente un intero ambito di possibili iniziative nella disponibilità della pubblica amministrazione, facendola diventare una sorta di soggetto “diversamente abile”⁽³¹⁾ sul piano della capacità giuridica, si dovrebbe seriamente dubitare della sua legittimità sul piano costituzionale⁽³²⁾.

2.2. I limiti quantitativi: l'art. 14, c. 32, d.l. 78/2010

Il legislatore, tuttavia, non si è limitato a porre argini, per così dire, sul piano “qualitativo” delle partecipazioni assumibili o detenibili, ma è anche intervenuto sul piano quantitativo, stabilendo che «*Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2012 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite:*

- a) *abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi;*
- b) *non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio;*

³¹ M. Cammelli, *Società pubbliche*, cit., p. 1203.

³² Il giudice costituzionale, infatti, si è pronunciato per la legittimità di tali norme (Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148), ribadendone, ai limitati fini dell'affermazione della competenza statale, la finalità di tutela della concorrenza, ma non è entrata (perché non interrogata) nel merito della contraddizione rispetto alla distinta previsione di cui all'art. 13.

- c) *non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime.*

La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2011 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite».

La relazione con l'art. 3, c. 27, l. 244/07, è dichiarata, ma si presta a una duplice lettura. La prima, minoritaria, presuppone che i limiti quantitativi non trovino applicazione nei casi previsti dal comma 27 e, cioè, per il caso di servizi d'interesse generale o attività strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente⁽³³⁾. La seconda, largamente maggioritaria⁽³⁴⁾, che ritiene che l'inciso *"fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244"* non può che significare che nei limiti numerici delle partecipazioni che ciascun ente può detenere in base alla previsione contenuta nell'art. 14, c. 32, le stesse dovranno, comunque, essere conformi ai canoni previsti dall'art. 3, co. 27 della legge finanziaria per il 2008. Secondo l'interpretazione consolidata, dunque, le due disposizioni operano su piani diversi. L'articolo 3, comma 27, su quello delle finalità che l'ente può raggiungere mediante lo strumento societario; l'articolo 14, comma 32, sul piano numerico, essendo stati fissati dei tetti correlati alla densità demografica dell'ente.

³³ Corte dei Conti, sez. controllo regione Puglia, n. 76/PAR/2010, del 22 luglio 2010.

³⁴ Corte dei Conti, sez. controllo regione Lombardia, n. 861/PAR/2010; n. 952/2010/PAR, n. 959/2010/PAR; Corte dei Conti, sez. controllo regione Liguria n. 166/2010/PAR; Corte dei Conti, sez. controllo regione Emilia-Romagna nn. 9/2012/PAR, 4/2011/PAR, 30/2011/PAR; Corte dei Conti, sez. controllo regione Puglia, n. 12/2011/PAR; Corte dei Conti, sez. controllo regione Friuli Venezia-Giulia n. 245/2011/PAR.

Le restrizioni quantitative colpiscono, perciò, l'ente locale in ragione della sua sola consistenza demografica, a prescindere dalla natura delle attività (al limite, anche servizi d'interesse generale) e, per i comuni tra i 30 e i 50 mila abitanti, anche al di là della stessa efficienza delle gestioni.

Al di là dei legittimi dubbi interpretativi (e a voler tacere dei notevoli problemi applicativi creati⁽³⁵⁾), tuttavia, ciò che colpisce è, ancora una volta, l'assoluto difetto di raccordo tra la norma e le altre discipline in materia. È lecito, infatti, domandarsi quale sia il legame tra la restrizione introdotta con l'art. 14, c. 32, e la generale libertà organizzativa riconosciuta in materia di servizi d'interesse generale o, per converso, i limiti già esistenti ex art. 13, d.l. 223/06. Se, invece, la norma avesse soltanto lo scopo di favorire la gestione in forma associata di attività e funzioni, non se ne comprenderebbe la sua applicazione ai comuni di dimensione superiore ai 30 mila abitanti.

2.3. Gli obblighi di dismissione: l'art. 4, d.l. 95/2012

Come è noto, nell'ambito degli interventi di c.d. *spending review* sono stati previsti anche degli obblighi di dismissione/liquidazione delle partecipazioni pubbliche. In particolare, l'art. 4, c. 1, d.l. 95/2012 prevede che «*Nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, si procede, alternativamente:*

- a) *allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013. Gli atti e le operazioni posti in essere in favore delle pubbliche amministrazioni di cui al presente comma in seguito allo scioglimento della società sono*

³⁵ Si pensi solo al caso di società a partecipazione pubblica frazionata e alle difficoltà in caso di divergenti scelte operate dai diversi soci pubblici.

esenti da imposizione fiscale, fatta salva l'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, e assoggettati in misura fissa alle imposte di registro, ipotecarie e catastali;

- b) *all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 31 dicembre 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili, a decorrere dal 1° luglio 2014. Il bando di gara considera, tra gli elementi rilevanti di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dei livelli di occupazione. L'alienazione deve riguardare l'intera partecipazione della pubblica amministrazione controllante.* Fanno eccezione, ai sensi del comma 3, e nei ristretti limiti di quanto di nostro interesse, *le società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica, e le società che svolgono prevalentemente compiti di centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Un'ulteriore, rilevante eccezione agli obblighi di cui al comma 1, riguarda, ai sensi del comma 3, le società per le quali, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato. In tal caso, l'amministrazione deve predisporre un'analisi del mercato e trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione.*

Il legislatore, quindi, con l'art. 4, torna a intervenire, per l'ennesima volta, nel già tormentato campo delle società strumentali, ordinando la dismissione delle intere partecipazioni detenute in tali società dalle pubbliche amministrazioni ovvero la liquidazione delle medesime. Lo scopo sembra chiaro, ma non mancano i problemi e le questioni irrisolte.

2.4. Le numerose questioni aperte create dall'art. 4, d.l. 95/2012

In primo luogo, il successivo comma 8, consente il pieno e libero ricorso agli affidamenti diretti, in favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*, a decorrere dal 1° gennaio 2014. La relazione tra le due norme è obiettivamente complicata, poiché, dalla semplice lettura delle medesime, sembrerebbe che ciò che occorre abbandonare entro il 31.12.2013 torni a essere legittimo a far data dal giorno immediatamente successivo. Insomma, potrebbe avversi il paradosso di una società liquidata al 31.12.2013 per essere legittimamente ricostituita l'1.01.2014.

Anche in questo caso, possono essere provate due interpretazioni che consentano di salvare la norma.

In un caso, la tesi, fatta propria dalle prime pronunce del giudice contabile⁽³⁶⁾, può basarsi sulla considerazione che il perno centrale della ma-

³⁶ Corte dei Conti, sez. controllo regione Liguria, n. 53/PAR/2013 del 17 giugno 2013, per cui «le società *in house* ricadrebbero nella disciplina di cui al comma 8, intendendosi il comma 8 come disciplina speciale e alternativa rispetto al comma 1.

Ciò risponde sia alla natura della società *in house*, che nella sostanza costituisce un'articolazione dell'ente pubblico, sia alla ratio del citato comma 1, che ha come fine la tutela della concorrenza, eliminando quelle società controllate che pur svolgendo, di fatto, le proprie attività in via esclusiva per il socio pubblico non rispondono a tutti i requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*.

La ricostruzione prospettata [...] troverebbe conferma anche nella più recente giurisprudenza amministrativa in cui si afferma che la disposizione in commento “restringe l’obbligo di dismissione entro limiti precisi, lasciando per il resto alle società che svolgono anche servizi strumentali la possibilità di proseguire” (TAR Lombardia, Brescia, Sez. II sent. 21.02.2013, n.196).

Una diversa interpretazione delle norme condurrebbe, d’altronde, ad una soluzione illogica sul piano ordinamentale, rendendo non solo inutile la disposizione di cui al comma 8 ma rendendo di fatto anche operativa la soppressione nell’ordinamento nazionale di un istituto quale la società *in house* che è di derivazione comunitaria.

3.4. Ritiene, pertanto, il Collegio che alle società strumentali *in house* debba applicarsi il comma 8 dell’art. 4 del d.l. n. 95 del 2012, che consente l’affidamento diretto di servizi a favore di società a capitale interamente pubblico nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*, anziché il comma 1 del medesimo articolo, che impone all’ente locale alternativamente la vendita a gara (entro il

novra legislativa sia costituito non dal primo, ma dal settimo⁽³⁷⁾ e dall'ottavo comma dell'articolo 4. In altri termini, il vero obiettivo della norma non sarebbe quello di sopprimere le società strumentali, ma, piuttosto, di eliminare casi diversi e spuri – come quello degli affidamenti diretti di attività economicamente rilevanti in favore di soggetti *no profit* o privi di struttura imprenditoriale (fondazioni, associazioni, comitati...) – e di ricondurre l'intero sistema a un'alternativa secca tra mercato e affidamenti *in house* "genuini". Dal che, discenderebbe che il primo comma dell'art. 4 non riguarderebbe le società *in house*, ma – in via residuale – le altre società che, pur controllate (in senso civilistico) da soggetti pubblici, siano prive dei requisiti caratterizzanti tale fattispecie e, nonostante ciò, lavorino in prevalenza per le amministrazioni pubbliche in regime di affidamento diretto. In quest'ottica, il comma 1 avrebbe semplicemente l'effetto di "rimuovere" dall'ordinamento gli affidamenti diretti in favore di strutture societarie prive dei relativi requisiti di legittimazione.

Secondo opposta prospettiva (fatta autorevolmente, ancorchè incidentalmente, propria dal giudice costituzionale⁽³⁹⁾), invece, quanto all'oggetto,

30 giugno 2013) o la messa in liquidazione (entro il 31 dicembre 2013) delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento, trattandosi per il comma 8 di disciplina speciale rispetto alla disciplina generale del comma 1».

³⁷ «7. Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo. È ammessa l'acquisizione in via diretta di beni e servizi tramite convenzioni realizzate ai sensi dell'articolo 30 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, dell'articolo 7 della legge 11 agosto 1991, n. 266, dell'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e dell'articolo 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381. Sono altresì ammesse le convenzioni siglate con le organizzazioni non governative per le acquisizioni di beni e servizi realizzate negli ambiti di attività previsti dalla legge 26 febbraio 1987, n. 49, e relativi regolamenti di attuazione».

³⁸ Cfr., commi 6, 6-bis e 7 dell'art. 4, d.l. 95/2012.

³⁹ Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229.

già dalla rubrica dell'art. 4 si dovrebbe desumere che esso è costituito dalla « *messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*»; oggetto volto a ridurne il numero in vista della riduzione delle spese pubbliche⁴⁰. Il comma 8, pertanto e logicamente, farebbe parte di un gruppo di norme serventi tale obiettivo e, in particolar modo, dirette a disciplinare l'organizzazione ed il funzionamento delle predette società, che siano rimaste operative in base all'applicazione della predetta normativa. In altri termini, l'affidamento diretto ai sensi del comma 8 sarebbe consentito soltanto in favore delle società sopravvissute agli obblighi di cui al comma 1 ovvero costituite successivamente (purchè, nel rispetto dei limiti qual-quantitativi appena illustrati).

Ulteriori criticità emergono in relazione: a) al rapporto con la disciplina di cui all'art. 13, d.l. 223/06; b) all'estensione della disciplina anche alle società miste e alle società interamente pubbliche che abbiano, per ipotesi, ricevuto affidamenti mediante gara.

Quanto a quest'ultimo aspetto, valga quanto già esposto in relazione all'art. 13, d.l. 223/06 (cfr., *supra*, § II.1.6.). Quanto al mancato accordo con la disciplina dell'art. 13, basti dire che lo stesso è stato risolto dal giudice contabile nel senso di ritenere che non rientri «*nell'ambito applicativo dell'art. 4, comma 1, la particolare ipotesi della società strumentale interamente pubblica e sottoposta al divieto ex art. 13 cit. In tal caso, infatti, anche l'evidenziata ratio dell'art. 4 cit. di salvaguardia della concorrenza e del mercato sarebbe preservata dal rapporto di esclusività fra la società e la p.a. costituente o partecipante. Analogamente, deve escludersi dal rag- gio operativo della norma in esame l'ipotesi della società mista ove vi sia una partecipazione maggioritaria della p.a. regionale o locale costituente o partecipante, tale da consentire alla stessa un controllo analogo; anche l'esclusione di questa tipologia societaria non crea alcun vulnus all'obiet-*

⁴⁰ Questo aspetto, tuttavia, è del tutto indimostrato, dal momento che non si comprende quale sia la riduzione di spese a fronte di attività che sono comunque acquistate dalle pubbliche amministrazioni.

tivo perseguito dall'art. 4, comma 1, in quanto tali soggetti sono esclusi dal mercato perché obbligati al rispetto del divieto ex art. 13 cit.»⁴¹. Ciò, tuttavia, equivale a dire che la disciplina di cui all'art. 4, d.l. 95/2012 non troverebbe sostanzialmente applicazione nei confronti degli enti locali.

⁴¹ Corte dei Conti, sez. controllo regione Campania, n. 188/PAR/2013 del 9.05.2013. Il ragionamento seguito parte da un presupposto logico che disvela la intrinseca fragilità dell'art. 4, d.l. 95/2012: «se la norma de qua si riferisse alle società che per vincolo legislativo ex art. 13 cit. hanno l'obbligo di operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti si creerebbe un paradosso legislativo: società che ex art. 13 cit. possono ancora essere costituite ma che sono obbligate per legge a operare solo con la p.a. e che quindi ex se producono un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni, superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, dovrebbero poi essere sciolte, privatizzate ovvero ristrutturate e razionalizzate. In questa singolare prospettiva, senza voler ipotizzare soluzioni elusive (come ad esempio in relazione al patto di stabilità), un'amministrazione locale avrebbe potuto costituire una società per la gestione di servizi strumentali nel 2012, per poi condurla allo scioglimento entro il 2013.

Tra l'altro una diversa interpretazione andrebbe a penalizzare le società rispettose del vincolo legislativo; in altri termini, la società strumentale che osservando il vincolo del decreto Bersani ha fatturato, quindi, il 100 per cento delle sue prestazioni in favore delle pubbliche amministrazioni, dovrebbe essere sciolta o comunque sottoposta ai vincoli dell'art. 4 comma 1, cit. Viceversa, la società che non ha rispettato il divieto dell'extra moenia e non ha prodotto, pertanto, un fatturato con le pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento, potrebbe continuare a sopravvivere». Vale la pena, infine, riportare la severa censura operata dalla Corte nei confronti della tecnica adoperata dal legislatore dello spending review: «Nonostante i moniti del Giudice delle Leggi a non ricorrere alla decretazione d'urgenza per interventi sostanziali (mancando in tali casi i presupposti della necessità e dell'urgenza, cfr. al riguardo Corte Cost. 171 del 2007, nonché 128 del 2008), il legislatore continua nella prassi dell'abuso del decreto legge, usando lo strumento emergenziale per ottenere una corsia preferenziale anche per riforme complesse (imponendo decadenze, nullità degli atti, obblighi di dismissione entro termini più o meno perentori) e lasciando così una difficoltà operativa nell'evidente disordine normativo».

I rapporti finanziari tra gli enti e le società partecipate

3

1. Gli enti locali e il costo del personale nelle società partecipate

La partecipazione dell'ente locale in società rileva, quanto alla disciplina del personale, per più profili.

Il primo, qui non direttamente d'interesse, è legato all'autonoma soggettività della società partecipata ai vincoli di finanza pubblica (si v. il d.l. n. 138/2011, art. 4, comma 14, poi dichiarato incostituzionale da Corte cost., n. 199/2012, il d.l. n. 112/2008, art. 18, comma 2-*bis*, introdotto dal d.l. n. 78/2009, e l'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011, introdotto dal d.l. n. 1/2012). Tali regole, sulle quali comunque si tornerà, assumono che società con le caratteristiche indicate siano di per loro componenti dell'organizzazione pubblica, in particolare sotto il profilo dei flussi di risorse che le attraversano. Le entrate e le uscite di tali soggetti contribuiscono così a formare il quadro complessivo della finanza pubblica.

Il tema più rilevante ai nostri fini è però un altro e dipende non tanto da qualità proprie della società partecipate quanto dalle relazioni che si instaurano tra le stesse e le specifiche amministrazioni locali che partecipano al loro capitale. Se si vuole, mentre la questione precedente tocca un profilo macro, questa ha una dimensione micro. In virtù delle relazioni tra ente locale e società partecipate, si può giungere alla conclusione che le norme applicabili alle prime devono considerare anche le condizioni nelle quali versano le seconde.

Vi è poi un ulteriore profilo che riguarda le vicende del personale dell'ente locale che sia collocato, in forme variabili, presso una società partecipata (o altro ente collegato al comune). Qui non rileva tanto l'estensione della nozione di organizzazione amministrativa quanto il rapporto di lavoro che si assume proseguire con l'ente agli effetti dei vincoli di finanza pubblica anche quando esso si esprima in contratti di varia natura con la società partecipata. Si ritiene che se vi è continuità nel rapporto di impiego, le ulteriori vicende lavorative con la società partecipata siano in realtà solo un modo per dare una diversa collocazione formale alla forza lavoro che in realtà resta imputabile al comune.

Queste due dimensioni sono concettualmente distinguibili. Nel ragionamento pratico, come si vedrà, esse tendono a sovrapporsi e a sorreggersi reciprocamente di modo che gli argomenti ricavabili dall'una e dall'altra vengono affiancati per sostenere conclusioni unitarie.

1.1. Il contesto del problema: il polimorfismo organizzativo degli enti locali

Il ricorso a una nozione allargata di pubblica amministrazione è una soluzione interpretativa di largo uso pratico e che risponde a un'esigenza oggettiva. Nelle organizzazioni amministrative prevale ormai da tempo il polimorfismo, senza riferimenti necessari a modelli di diritto pubblico. Per molti corpi normativi – si pensi a quello sui contratti pubblici – ciò ha spinto a delimitare l'ambito applicativo delle norme secondo tecniche che prescindono dalla natura soggettiva formalmente riconosciuta.

Nelle organizzazioni degli enti locali, il fenomeno si presenta nelle sue manifestazioni più intense. La capacità giuridica generale degli enti, lo scivolamento progressivo verso modelli tratti dal diritto privato, la moltiplicazione dei fenomeni di esternalizzazione, la ricchezza dei compiti e delle funzioni che i comuni possono assumere, tutti questi elementi hanno condotta ad articolare l'organizzazione comunale – un tempo unitaria e al più con “uffici” interni speciali quali le aziende autonome della legge Giolitti – in un complesso di entità variamente collegate tra loro.

Il fenomeno non è passato inosservato nell'ambito della finanza pubblica, per tutti quei limiti che la legge ha rivolto formalmente ai comuni ma che – proprio in presenza di organizzazioni complesse – hanno richiesto una prospettiva di indagine più ampia.

Tra gli ambiti nei quali il problema si è posto vi è, ad esempio, il rispetto in quanto tale del patto di stabilità, comprensivo della componente dei costi del personale e con le conseguenze che discendono – in caso di violazione – in termini di divieto di nuove assunzioni (si v. la l. n. 296/2006, art. 1, comma 557 e 562). Un altro ambito è stato quello dei limiti all'incidenza delle spese di personale in rapporto alle spese correnti del comune, limiti superati i quali la legge ha disposto il divieto di procedere *«ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale»* (d.l. n. 112/2008, art. 76, comma 7). Limiti del genere, costruiti intorno a un rapporto “fisiologico” tra una voce aggregata e una voce specifica del bilancio comunale, non sono nuovi nella legislazione. Si pensi ai limiti tradizionalmente previsti per l'indebitamento dell'ente locale (d.lgs. n. 267/2000, art. 204).

La materia del personale si è però più agevolmente prestata a pratiche elusive dei divieti normativi e a disfunzioni organizzative. L'articolazione dell'amministrazione comunale in una pluralità di entità soggette a regimi differenti, per un verso, ha aperto spazi per sottrarre l'assunzione di nuovo personale ai vincoli di programmazione e di procedura propri delle amministrazioni pubbliche. È mancato, per altro verso, il controllo che nel caso dell'indebitamento dell'ente possono esercitare le stesse controparti private le quali – al di là delle distinzioni di soggettività giuridica – quando esercitano il credito tendono a considerare la posizione complessiva del debitore e di tutti i soggetti che su di esso riflettano la propria posizione finanziaria.

Per queste ragioni, le regole e i limiti di finanza pubblica sul personale hanno offerto il terreno di elezione per una riflessione più avanzata sul tema, i cui sviluppi – come si vedrà – si sono poi estesi anche ai vincoli

all'indebitamento (*infra*, par. 3.8.). Il seguito dello studio esamina come questi schemi applicativi di finanza pubblica si siano sviluppati, cercando di distinguere gli apporti giurisprudenziali da quelli normativi e le loro reciproche interferenze.

1.2. I vincoli alle spese per personale e l'interpretazione estensiva dell'organizzazione amministrativa locale

Nel loro testo originario, le disposizioni sopra richiamate prevedevano, per gli enti sottoposti al patto di stabilità, la riduzione della spesa per il personale da perseguirsi con «*il contenimento della dinamica retributiva e occupazionale, anche attraverso la razionalizzazione delle strutture burocratico-amministrative*» e, per gli enti non sottoposti al patto, il divieto di superamento del dato storico di spesa (al 2004; l. n. 296/2006, art. 1, commi 557 e 562). Gli enti che non avessero rispettato il patto di stabilità non potevano «*procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsiasi tipo di contratto*» (*id.*, comma 561).

Già in questa prima formulazione, l'estensione del personale da comprendere nel calcolo poteva rilevare per una pluralità di profili. Al di là del rispetto in sé del patto, si pensi alla circolazione del personale tra l'ente e i soggetti che, pur formalmente distinti, fossero a esso collegati o alla verifica di congruità tra la spesa storica e quella attuale, potendo la seconda restare apparentemente stabile se l'eventuale nuovo personale fosse stato assunto, anziché dall'ente direttamente, da soggetti dallo stesso controllati.

Posto dinanzi a queste eventualità, il giudice contabile ha propeso per una lettura estensiva dell'organizzazione locale e del personale a essa riferibile, superando sia lo schermo frapposto dalla distinzione delle personalità giuridiche sia quello derivante dalla varietà delle figure contrattuali che possono legare il lavoratore all'ente. In queste prime pronunce, si muove da una generale necessità di interpretare “sostanzialmente” il

requisito delle spese di personale, per svolgere poi più puntuale considerazioni sulla «tendenziale unicità e omnicomprensività dei vari plessi ed organizzazioni in cui si articola la pubblica amministrazione», sull'esigenza che il polimorfismo delle Organizzazioni locali non si risolva in «elusioni» degli obblighi di finanza pubblica, sulla necessità che i percorsi di esternalizzazione e (re)internalizzazione di funzioni e servizi non influiscano con il rispetto di detti obblighi⁽¹⁾.

In virtù di tali premesse, si è così concluso che le spese del personale delle società *in house* dovessero essere computate dal lato dell'ente controllante, o che quelle delle società miste fossero ugualmente rilevanti ove il personale fosse stato trasferito dall'ente locale «*con obbligo di retrocessione dei dipendenti in caso di scioglimento e messa in liquidazione della stessa*», o ancora che le forme di esercizio associato delle funzioni a livello locale fossero fenomeni «trasparenti» ai fini dei vincoli di finanza pubblica⁽²⁾.

Si può qui prescindere dalle conclusioni puntuali raggiunte dalla giurisprudenza contabile le quali, almeno in parte, erano legate a dati di diritto positivo poi integrati dal legislatore. Ci si può invece concentrare sugli argomenti sui quali tali conclusioni, più o meno espressamente, si sono fondate, argomenti che hanno poi costituito la base per gli sviluppi successivi della tematica.

Il primo elemento sta nel già richiamato carattere polimorfico delle organizzazioni amministrative e, in particolare, delle organizzazioni degli enti locali le quali sono state tradizionalmente i laboratori di un'evoluzione sempre più marcata delle forme organizzative (si pensi al modello dell'azienda municipale, sorto nella prassi, disciplinato dalla legge Giolitti del

¹ V., tra le varie, Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, n. 81/pareri/2008 del 22 ottobre 2008.

² Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, n. 99/PAR/2008 del 5 dicembre 2008, e, confermativa, n. 384/PAR/2009, del 29 giugno 2009.

1903, e solo dopo esteso all'amministrazione nazionale con la statizzazione delle ferrovie del 1904-1905; o alle società partecipate per l'esercizio dei servizi pubblici locali, anch'esse nate senza una base giuridica puntuale e solo a distanza di alcuni decenni sottoposte a normazione). L'aspetto che qui emerge sta nella difficoltà del legislatore di cogliere questa evoluzione e di calare su di essa un regime giuridico sufficientemente elastico. I vincoli di finanza pubblica sopra illustrati si rivolgevano, almeno formalmente, unicamente agli enti locali, senza coinvolgere le loro articolazioni organizzative dotate di personalità giuridica distinta. La giurisprudenza contabile ha potuto estendere le previsioni solo in via interpretativa e, come si vedrà, le norme che poi hanno assecondato tale soluzione lo hanno fatto da una prospettiva non esattamente sovrapponibile a quella del giudice contabile.

Un secondo aspetto rilevante è l'attenzione mostrata verso i profili funzionali dell'amministrazione. Gli orientamenti del giudice contabile enfatizzano l'amministrazione come attività e dunque l'irrilevanza per i vincoli di finanza pubblica della forma giuridica che, volta per volta, costituisce l'involucro di tale attività.

Ciò che i giudici contabili sembrano considerare è la conservazione, in qualsiasi veste, di un legame tra la funzione e la spesa che, per il personale impegnato in tale funzione, l'ente sopporta o potrebbe sopportare. Per recidere tali legami non sono perciò sufficienti "esternalizzazioni", per così dire, " fredde", nelle quali sia mutata solo la forma giuridica dell'organismo che esercita la funzione o, pur essendovi l'ingresso di privati, sia sempre possibile il ritorno dell'organizzazione e del personale all'interno dell'ente. Occorrono vere e proprie privatizzazioni "calde", con cessioni irreversibili delle attività. È chiaro che tale impostazione crea vincoli difficilmente superabili per tutte quelle funzioni la cui doverosità e continuità vanno comunque garantite dall'ente locale. La soluzione data dal giudice contabile, inoltre, può indurre paradossalmente un irrigidimento delle organizzazioni amministrative. Essa, accentuando i tratti di continuità tra le varie forme di organizzazione delle funzioni pubbliche, almeno ai fini del-

la finanza pubblica, elimina incentivi a sperimentare nuove strade che, a loro volta, potrebbero costituire un passaggio utile per l'esternalizzazione definitiva della funzione.

A queste premesse teoriche, gli orientamenti contabili hanno affiancato un argomento pratico, ricavato dalla necessità di evitare elusioni ai vincoli di finanza pubblica. Si può prescindere dai casi in cui tali elusioni siano più evidenti e costituiscono il fine specifico dell'esternalizzazione. Questo genere di condotte potrebbe essere individuato attraverso una serie di indizi sintomatici da ricercare in concreto e da verificare caso per caso. L'elemento elusivo assume maggiore rilievo quando è invece posto come ragione generale per includere nel perimetro delle spese di personale dell'ente tutto ciò che vada imputato a soggetti partecipati per l'esercizio di funzioni che sarebbero proprie dell'ente. Ciò sembra svelare una serie di assunzione implicite sui rapporti tra l'ente e le sue società controllate, assunzioni che qui conviene sviluppare.

Sostenere che i vincoli di finanza pubblica sarebbero elusi se, ad esempio, le spese del personale delle società *in house* non fossero computate, vuole dire assumere che i costi di tali società – quali che siano – si riverbero in un modo o nell'altro sull'ente controllante. La qual cosa, proseguendo nel ragionamento, vuole dire assumere che i contratti di servizio siano volti alla copertura dei costi delle società *in house* in quanto tali, e non i costi di un'impresa condotta con efficienza, o che vi sia un ritorno pressoché inevitabile presso l'ente originario di appartenenza del personale che sia impegnato nelle società partecipate, o infine che l'esposizione debitoria della società partecipata ricada – se non formalmente almeno sostanzialmente – anche sull'ente controllante (su questo aspetto si tornerà *infra*, par. III.3.). In realtà, ciascuna di tali assunzioni riguarda azioni giuridicamente non necessitate e che anzi dovrebbero trovare contromisure tipiche nell'ordinamento. L'estensione dei vincoli di finanza pubblica diviene così un metodo per contenere gli effetti di violazioni di altra natura, più che per prevenire elusioni dei vincoli medesimi.

1.3. La normazione di consolidamento “selettivo” e il giudice contabile

Un profilo dell’argomentazione giurisprudenziale che merita una considerazione autonoma è quello dell’intersezione con gli sviluppi del diritto positivo. Si è detto che le norme, nella loro formulazione originaria, non consideravano espressamente l’eventuale complessità organizzativa degli enti locali, silenzio che avrebbe anche potuto essere interpretato come volontà di indirizzare la disciplina ai soli enti e non alle loro articolazioni munite di personalità giuridica distinta. La giurisprudenza contabile non ha però mai rinunciato a ricavare i suoi argomenti anche da dati puntuali di diritto positivo, che corroborassero la lettura “sostanziale” dei vincoli di finanza pubblica.

Nella prima fase, e con specifico riferimento al patto di stabilità e alla riduzione delle spese di personale, i giudici contabili hanno richiamato la disposizione introdotta dal d.l. n. 112/2008, secondo la quale *«ai fini dell’applicazione della presente norma, costituiscono spese di personale anche quelle sostenute per i rapporti di collaborazione continuata e continuativa, per la somministrazione di lavoro, per il personale di cui all’articolo 110 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché per tutti i soggetti a vario titolo utilizzati, senza estinzione del rapporto di pubblico impiego, in strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all’ente»* (periodo introdotto nell’art. 1, comma 557, l. n. 296/2006 dall’art. 76, comma 1, del d.l. n. 112/2008).

I vari modi in cui si è fatto uso di tale disposizione bene esemplificano le difficoltà di raccordare le previsioni di finanza pubblica con i fenomeni finanziari di specie. La norma, in effetti, poteva confermare che, sul piano soggettivo, i destinatari puntuali dei vincoli di finanza pubblica fossero gli enti locali in senso stretto. La formula delle “spese di personale” esprime una nozione generica nel cui ambito i vari tipi contrattuali considerati dalla norma possono rientrare senza forzature. Quando si evocano rapporti di lavoro svolti presso soggetti terzi (esempio, presso un’Unione di Comuni), si tratta pur sempre di situazioni che non «estinguono il rappor-

to di pubblico impiego» con l'ente. Da questo punto di vista, la finalità originaria della norma non sembrava neppure propriamente antielusiva. La giurisprudenza contabile ha affrontato la disposizione introdotta dal decreto n. 112 da due angolazioni speculari. Il giudice contabile ha ritenuto che essa fosse coerente con un'interpretazione «sostanziale» dei vincoli di finanza pubblica e del loro ambito applicativo⁽³⁾.

Il che, come si è appena visto, non costituiva una conclusione necessitata. La nozione di «personale» per sua natura non rimanda a uno specifico rapporto contrattuale. Una lettura «formale» che ne restringesse il campo ai dipendenti di ruolo in servizio presso l'ente sarebbe stata difficilmente sostenibile. Era semmai rilevante che, nel riferirsi a «*strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all'ente*», la norma avesse posto la condizione che non vi fosse estinzione del rapporto di pubblico impiego. Se ne poteva ricavare che, se tale estinzione vi fosse stata, il rapporto instaurato con un soggetto partecipato non fosse rilevante ai fini dei vincoli di finanza pubblica.

Posto dinanzi a questa eventualità, il giudice contabile ha alternativamente svalutato o enfatizzato il dato letterale della disposizione. Nel primo senso, talune pronunce hanno ritenuto che in base alla norma vanno comunque riferite all'ente locale «*le spese di personale, quando sono sostenute da soggetti esterni ai quali, a vario titolo, è affidato il perseguimento di [sue] finalità istituzionali*»⁽⁴⁾. Con ciò, eliminando ogni riferimento alla necessaria permanenza del rapporto di pubblico impiego.

Nel secondo senso, le pronunce contabili hanno evidenziato che con il d.l. n. 112/2008, art. 76, costituiscono spese di personale «anche» quelle elencate dalla disposizione e che ciò dunque non escluderebbe estensioni di

³ Cfr. Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, n. 193/PAR/2009 dell'8 maggio 2009 e n. 384/PAR/2009, cit..

⁴ Corte dei conti, sez. controllo regione Emilia-Romagna, n. 16/2010/PAR del 26 gennaio 2010.

altro segno ispirate dalla medesima *ratio* “sostanzialista”⁽⁵⁾. Il legislatore, in altri termini, avrebbe precisato solo a certi fini l’ambito applicativo, lasciando all’interprete di individuare le ulteriori direzioni verso le quali estenderne i confini.

Successivi interventi del legislatore sono parsi accogliere le letture date dalla giurisprudenza contabile e tradurle in disposizioni puntuali. Nell’ambito di una complessiva risistemazione dei vincoli di finanza pubblica sulle spese del personale, il d.l. n. 78/2010 ha ribadito i limiti riconlegati al mancato rispetto del patto di stabilità, articolando in modo più accurato le tecniche di contenimento della spesa di personale (art. 14, comma 7, che ha riscritto l’art. 1, commi 557-557-ter, della l. n. 296/2006). La stessa norma ha introdotto il divieto per «*gli enti nei quali l’incidenza delle spese di personale è pari o superiore al 40% delle spese correnti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale; i restanti enti possono procedere ad assunzioni di personale nel limite del 20 per cento della spesa corrispondente alle cessazioni dell’anno precedente*

Il perimetro delle spese di personale è stato precisato dal successivo d.l. n. 98/2011, secondo il quale «*Ai fini del computo della percentuale di cui al periodo precedente si calcolano le spese sostenute anche dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi*

⁵ Corte dei conti, sez. controllo regione Campania, n. 98/PAR/2011 dell’8 febbraio 2011, e n. 152/PAR/2010 del 20 settembre 2010.

carattere non industriale, ne' commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica. La disposizione di cui al precedente periodo non si applica alle società quotate su mercati regolamentari» (art. 20, comma 9, che ha integrato l'art. 76, comma 7, d.l. n. 112/2008).

Le pronunce contabili successive hanno letto tale disposizione in continuità con gli orientamenti anteriori⁽⁶⁾. La norma positiva merita tuttavia un approfondimento, per verificare in modo puntuale la sua coerenza con l'impostazione del giudice contabile. Il primo aspetto da sottolineare è che il legislatore ha esteso il perimetro della spesa rilevante solo ai fini degli specifici meccanismi di divieto previsti dal d.l. n. 112/2008. Non vi è un'esplicita generalizzazione di questa soluzione a ogni fine per il quale rilevi l'entità della spesa per il personale (si pensi, anzitutto, ai vincoli generali derivanti dal patto di stabilità). La scelta poteva dunque esprimere la volontà di individuare un parametro più rappresentativo a fini particolari. Quanto alle società coinvolte, la norma non richiede che si tratti di organismi *in house* limitandosi a considerare l'esistenza di una partecipazione totalitaria o di controllo (elementi, come noto, di per loro non sufficienti a raggiungere la soglia del "controllo analogo"). Potrebbe trattarsi, per ciò, di soggetti che non hanno connotati sostanziali interamente pubblicistici e che per ciò difficilmente potrebbero essere ascritti all'organizzazione amministrativa dell'ente locale.

Sul piano funzionale, la norma aggiunge che la società controllata debba essere affidataria diretta ("senza gara") di servizi pubblici locali o deve svolgere funzioni "sociali" (di interesse generale, a carattere non industriale o commerciale) o strumentali rispetto all'attività dell'ente controllante. In termini oggettivi, l'alternativa tra servizi pubblici economici, non economici e servizi strumentali abbraccia gli spazi di partecipazione societaria che la normativa – a certe condizioni – consente oggi agli enti locali (v. *supra* par. II.2.). Appare tuttavia significativo il riferimento

⁶V. Corte dei conti, sez. autonomie, n. 14/AUT/2011/QMIG del 28 dicembre 2011.

all’assenza di una procedura di gara, rivolto solo alle società affidatarie di servizi economici. Con ciò il legislatore sembra avere considerato che i servizi “economici” sono di regola remunerati dai loro stessi utenti e che, con tali ricavi, essi sono perciò idealmente capaci di coprire i loro costi di produzione. Si tratta però di servizi prestati per lo più in condizioni di esclusiva, nei quali le eventuali inefficienze produttive possono essere più agevolmente ribaltate sui prezzi finali. La gara diviene così il discriminante delle gestioni senz’altro efficienti, nelle quali non vi sia il rischio che la società di servizio pubblico sia il luogo di collocamento di personale selezionato con logiche burocratiche⁽⁷⁾. Per le altre tipologie di servizi, quelli a carattere non economico e i servizi strumentali, sembra invece che – al di là delle modalità di affidamento – l’operare su “non mercati” sia di per sé motivo per far temere che il servizio non sia improntato a efficienza e che dunque possa sopportare quote di personale di natura più propriamente burocratica. Ciò è confermato dall’esclusione prevista per le società quotate – peraltro consueta nella legislazione sulle società pubbliche – la quale sembra assumere che il fatto stesso della negoziazione del titolo sui mercati regolamentati costituisca una forma di pressione concorrenziale verso gestioni efficienti.

Questi elementi, per lo più spiegabili in termini di efficienza produttiva, paiono confermare che la norma abbia per obiettivo principale l’individuazione di un parametro “congruo” per valutare l’incidenza delle spese di personale sul totale. L’estensione della base di calcolo abbraccia i soggetti i cui costi operativi possono assumersi riversati sugli enti locali che li controllano, per l’assenza di altri meccanismi “spontanei” di orientamento all’efficienza produttiva. Si tratta, dunque, di una soluzione particolare che non avrebbe precluso distinzioni rispetto agli obiettivi di contenimento in sé dei costi degli apparati amministrativi.

⁷ Corte dei conti, sez. autonomie, n. 14/AUT/2011/QMIG, cit..

1.4. Le questioni aperte

Per quanto si è detto, il coordinamento tra la normazione positiva e gli orientamenti del giudice contabile sembra essere avvenuto su piani non perfettamente allineati. Dove il legislatore si è mosso seguendo logiche particolari, per raggiungere obiettivi ugualmente circoscritti, il giudice contabile ha cercato una chiave di lettura unitaria che potesse valere come regola di “consolidamento” per tutte le situazioni. Il riflesso di quest’ultima esigenza sull’interpretazione delle norme ha però creato una serie di incongruenze e di incertezze nell’applicazione di vincoli che, per la gravità delle conseguenze che vi si ricollegano e per la loro incidenza sull’autonomia degli enti locali, avrebbero richiesto un livello elevato di precisione e chiarezza.

Sono testimonianza di ciò i problemi incontrati nel conciliare il principio del “consolidamento” con l’articolazione dei ricavi delle società controllate in corrispettivi versati dall’ente controllante e in corrispettivi versati dagli utenti, generalmente sotto forma di tariffe. Nelle società pluricomunali, in particolare, il metodo di consolidamento proposto dalla citata decisione n. 14/2011 della sezione delle autonomie della Corte dei conti rischia di “consolidare” solo le spese del personale ma non le spese correnti che pure costituiscono il denominatore per l’applicazione dei vincoli di cui al d.l. n. 112/2008, art. 76 (nel testo vigente). Del resto, una delle soluzioni proposte per questo problema – considerare gli interi ricavi da tariffa della società partecipata nella voce delle spese correnti dell’ente locale⁽⁸⁾ – è ugualmente imprecisa e non può superare le difficoltà di fondo nel conciliare il sistema contabile finanziario dell’ente con quello economico-patrimoniale della società⁽⁹⁾.

⁸ Così, Corte dei conti, sez. controllo regione Toscana, n. 3/2012/PAR del 17 gennaio 2012, e sez. controllo regione Lombardia, n. 75/2012/PAR del 19 marzo 2012.

⁹ Cfr. C. Barisano, *I vincoli gravanti sulle società partecipate*, relazione al convegno di Legautonomie sulle liberalizzazioni dei servizi pubblici locali, Roma, 16 febbraio 2012, in www.legautonomie.it, e, in termini, L. Manassero, *Il costo del personale nelle società in house. Vincoli ed incertezze*, in www.dirittodeiservizipubblici.

Ugualmente problematica è la lettura unidirezionale che viene data del “consolidamento”, nel senso che essa impone di tenere conto delle spese di personale delle società partecipate ma non dei ricavi che, anche solo potenzialmente, le medesime società sono in grado di generare. Ciò dipende sempre dalle diversità dei fondi dei sistemi che si mettono a confronto, quello burocratico con entrate tendenzialmente rigide e a carattere coattivo, quello societario con entrate ampliabili con la fornitura di nuovi beni e servizi (Corte dei conti, sez. giurisdizionale regione Lombardia, 5 marzo 2012, n. 49). La stessa unidirezionalità si ha per le componenti che potrebbero consentire di recuperare risorse per assunzioni, come il numero delle cessazioni dell’anno precedente a quello delle nuove assunzioni, per le quali prevale una lettura atomistica che non consente agli enti locali di organizzare nel modo più efficiente le risorse a disposizione (v. Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, n. 461/2012/PAR del 29 ottobre 2012; su entrambi i temi, v. ancora le considerazioni di L. Mazzuero, *Il costo del personale*, cit.).

Resta altresì difficolta la puntuale distribuzione dei vincoli tra l’ente locale e le sue società partecipate, anche una volta ammesso il principio del “consolidamento” per determinare i fattori di calcolo rilevanti. La stessa giurisprudenza contabile, rispetto ai vincoli rivolti direttamente alle società controllate, si è divisa tra le pronunce che hanno verificato i limiti solo a livello consolidato, consentendo poi al “gruppo municipale” di distribuire autonomamente al suo interno le risorse disponibili⁽¹⁰⁾, e quelle che hanno applicato distintamente i vincoli in capo all’ente e alla società controllata, fermo restando il rispetto dei medesimi vincoli a livello consolidato⁽¹¹⁾.

¹⁰ Corte dei conti, sez. controllo regione Liguria, n. 47/2012.

¹¹ Corte dei conti, sez. controllo regione Toscana, n. 10/2013/PAR del 26 febbraio 2013; in termini, Dipartimento della funzione pubblica, risposta a richiesta di parere, n. 13354 del 5 febbraio 2013.

Tutti questi elementi evidenziano anche le lacune del diritto positivo, che si è posto per più profili i problemi sottesi all'attuale disciplina senza tuttavia sviluppare risposte adeguate. Da un lato, l'estensione dei vincoli di finanza pubblica alle società controllate è avvenuta in modo episodico e senza risolvere espressamente il rapporto tra tali vincoli e quelli posti in capo all'ente controllante, nel frattempo applicati anche in forma consolidata al "gruppo municipale". Dall'altro lato, le previsioni legislative che più direttamente avrebbero dovuto affrontare il tema sono rimaste inattuate. Al di là di quanto si dirà sul consolidamento dei bilanci complessivamente considerati (*infra*, par. III.4), anche le previsioni più "micro" sulla «*ridefinizione dei criteri di calcolo della spesa di personale per le [società controllate]*», calata proprio negli obblighi di cui all'art. 76, comma 7, del d.l. n. 112/2008 (la disposizione è stata inserita dal d.l. n. 16/2012, art. 4-ter, comma 10, lett. *d*), non hanno ancora visto l'adozione dei decreti governativi che l'avrebbero dovute concretizzare.

2. Il trasferimento all'ente locale del personale delle società partecipate

2.1. Le misure di finanza pubblica e la reinternalizzazione dei servizi

Dall'esame della casistica contabile, emerge che l'inclusione del personale delle società partecipate tra i costi del personale dell'ente locale, la sottoposizione delle società in quanto tali ai vincoli di finanza pubblica e, più in generale, i numerosi vincoli che la legislazione recente ha posto alle partecipazioni societarie degli enti locali (v. *supra*, III.1.3.), possono indurre – e talvolta imporre – fenomeni più o meno marcati di reinternalizzazione di attività precedentemente organizzate in forme societarie. Questi fenomeni pongono, a ritroso, un problema che normalmente la legislazione ha affrontato in modo organico solo per il trasferimento del personale da un'amministrazione a un soggetto privato affidatario di un servizio o di una funzione. Per ipotesi del genere, vi è una generale preferenza per la prosecuzione del rapporto di lavoro, originariamente instaurato con l'amministrazione, con il soggetto privato affidatario, secondo una disciplina omogenea a quella applicabile per i trasferimenti di aziende ai sensi dell'art. 2112 c.c.

Esiste, nella disciplina generale dell'impiego con le pubbliche amministrazioni, la regola per cui «*Fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano l'articolo*

2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428» (d.lgs. n. 165/2001, art. 31).

La normazione sui servizi pubblici locali è poi ricca di norme che garantiscono la continuità della prestazione lavorativa a ogni passaggio dell'ufficio da un affidatario all'altro. Solo in casi particolari tale normazione ha introdotto cautele. Il d.lgs. n. 164/2000 in materia di distribuzione del gas, ad esempio, ha demandato a provvedimenti ministeriali di definire «*le condizioni minime al cui rispetto sono tenuti i nuovi gestori di reti di distribuzione per un'adeguata gestione degli effetti occupazionali connessi alle trasformazioni del settore del gas*» (art. 28, comma 6). Il d.m. 21 aprile 2011 ha previsto che «*il personale addetto alla gestione degli impianti di distribuzione del gas naturale oggetto di gara e una quota parte del personale che svolge funzioni centrali di supporto all'attività di distribuzione e misura degli impianti stessi è soggetto, ferma restando la risoluzione del rapporto di lavoro e salvo espressa rinuncia degli interessati, al passaggio diretto ed immediato al gestore subentrante, con la salvaguardia delle condizioni economiche individuali in godimento, con riguardo ai trattamenti fissi e continuativi e agli istituti legati all'anzianità di servizio*» (art. 2, comma 1, d.gls 165/2001). Sempre il decreto ha introdotto alcuni fattori correttivi, per l'ipotesi in cui il personale da assumere superi un rapporto determinato con i punti di consegna attestati sulla rete di distribuzione (id., comma 4). Gli obblighi sul personale da riassumere sono indicati nel bando per l'affidamento del servizio al nuovo gestore (v. il d.m. 12 novembre 2011, n. 226).

2.2. Il reinserimento nell'amministrazione locale dei dipendenti originalmente trasferiti alla società partecipata

La legislazione ha però affrontato solo occasionalmente, e spesso con norme-provvedimento, il problema opposto: l'eventuale trasferimento (o ritrasferimento) all'amministrazione di dipendenti di una società controllata. In effetti, il tema si presta assai più difficilmente a una soluzione lineare. Esso incide su principi costituzionali (come l'accesso all'impiego

nell'amministrazioni attraverso pubblico concorso, art. 97 Cost.) e, più in generale, può interferire in modo stabile con la dimensione e la struttura delle organizzazioni amministrative. Con quegli stessi elementi, cioè, che la legislazione degli ultimi anni ha cercato di snellire e razionalizzare per ottenere risparmi di spesa.

I vari nodi da sciogliere sono stati così affrontati dalla giurisprudenza – specie dalla pareristica contabile – a partire dalla astratta applicabilità delle garanzie di cui all'art. 2112 c.c. ai dipendenti della società controllate allorché le attività svolte dalla stesse tornino a essere esercitate direttamente dall'ente controllante.

Una lettura particolarmente rigorosa aveva escluso in radice ogni genere di automatismo, ritenendo altrimenti che vi sarebbe stato un contrasto con l'art. 97, comma 3, Cost., sull'obbligo di concorso pubblico, e con le regole generali sull'accesso all'impiego nelle amministrazioni fissate, a livello primario, dall'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001⁽¹²⁾. Queste pronunce richiamavano espressamente l'art. 36, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, in base al quale «*in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione*».

Il presupposto implicito di tale orientamento era che, ai fini di specie, la società controllata non potesse essere considerata parte dell'organizzazione amministrativa dell'ente locale e che dunque ogni passaggio di dipendenti dalla società all'ente andasse considerato come una nuova assunzione. Ciò sembrava valere a prescindere dall'essere coinvolti dipendenti originariamente presenti nei ruoli dell'ente, essendovi anche in questo caso una cesura nel rapporto di lavoro con l'amministrazione che non consentiva deroghe al principio del concorso.

¹² Corte dei conti, sez. controllo regione Veneto, n. 18/2008/CONS del 22 maggio 2008.

Altre pronunce avevano invece ammesso il ritorno dei dipendenti all'ente locale, richiamando espressamente l'art. 2112 c.c. e valorizzando gli impegni di "reintegra" assunti dall'ente con le organizzazioni sindacali al momento del trasferimento alla società controllata⁽¹³⁾. In tal caso, l'elemento che consentiva di sottrarre l'assunzione alla regola del concorso non dipendeva tanto dall'essere la società "controllata" dall'ente locale e dunque astrattamente ascrivibile all'organizzazione amministrativa in senso lato. Rilevava l'esservi stato un trasferimento di azienda nel cui ambito fossero applicabili le garanzie proprie del codice civile e fossero dunque validi gli accordi a tal fine raggiunti dalla parte datoriale e da quella sindacale.

Questa seconda posizione è stata accolta, con alcune precisazioni, da una pronuncia delle sezioni riunite della Corte dei conti (12 aprile 2010, n. 8). Anche le sezioni riunite hanno valorizzato un dato di tipo negoziale: l'essere stata prevista, in sede di accordi sindacali *«la ricostituzione del rapporto di lavoro "nella medesima posizione giuridica ed economica rivestita prima del trasferimento qualora entro 5 anni dalla data del trasferimento si verifichi – per dimissioni, pensionamento, mobilità o modifiche della dotazione organica – la disponibilità nella dotazione organica del Comune"»*.

Da ciò, la Corte ha ricavato che l'assunzione fosse possibile sussistendo: la persistenza di una carenza organica nei ruoli e per le funzioni di competenza dei dipendenti già trasferiti presso la società concessionaria; la disponibilità di risorse economiche per sostenere gli oneri connessi al reinquadramento; l'espressa volontà dell'amministrazione di procedere alla copertura dei posti scoperti mediante la ri-ammissione dei dipendenti; l'inquadramento dei dipendenti nella medesima posizione giuridico-economica rivestita anteriormente al trasferimento presso la società concessionaria.

¹³ Corte dei conti, sezione contr. regione Lombardia, 11 settembre 2008, n. 68.

La Corte ha raggiunto tale conclusione «*anche a prescindere dall'applicazione dell'art.2112 c.c.*». In effetti, nella vicenda sottoposta all'esame del giudice contabile il ritorno dei dipendenti all'ente originariamente di appartenenza non dipendeva dalla reinternalizzazione delle attività alle quali essi erano preposti. Da questo punto di vista, la pronuncia della Corte poteva avere una portata circoscritta. Anche le condizioni da essa fissate erano, almeno in parte, dipendenti dagli specifici accordi che erano stati assunti dall'ente locale con le organizzazioni sindacali. Questo, del resto, spiega la sottolineatura sul carattere facoltativo della riassunzione, che l'amministrazione avrebbe dovuto valutare discrezionalmente. Ciò che rileva in termini di principio, tuttavia, è il riconoscimento che il processo di esternalizzazione di funzioni e dipendenti possa prevedere garanzie di reingresso nell'amministrazione, «*senza ledere il principio di concorsualità*».

Una volta affermata questa soluzione, la sua estensione al caso della reinternalizzazione di servizi – e dunque dei complessi aziendali impegnati nel loro svolgimento – dovrebbe valere a più forte ragione in quanto legata non solo a impegni negoziali ma anche a obblighi ricavabili dalla legge.

La giurisprudenza contabile successiva⁽¹⁴⁾ ha seguito, in linea di massima, l'impianto indicato dalle sezioni riunite, introducendo alcune puntualizzazioni legate alle circostanze dei casi esaminati. La reintegrazione dei dipendenti in caso di reinternalizzazione del servizio deve essere prevista negli atti di organizzazione o negli accordi con le organizzazioni sindacali, con l'indicazione del periodo limite entro il quale essa può avvenire. Vi devono essere in organico i posti disponibili e le risorse a ciò necessarie, nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica esistenti al momento della riassunzione (sul punto v. anche *infra*). L'inquadramento deve avvenire nella medesima posizione giuridico-economica che il dipendente aveva originariamente nell'amministrazione⁽¹⁵⁾.

¹⁴ Se ne veda una rassegna in S. Marchegiani, N. Mancini, *Reinternalizzazione dei servizi e limiti alle assunzioni di personale negli enti locali*, in *Azienditalia. Il personale*, n. 3/2012, pp. 109-116.

¹⁵ V. Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, n. 1014/2010/PAR del 30 novembre 2010, e sez. controllo regione Sardegna, n. 109/2010/PAR del 18 novembre 2010.

Il presupposto di fondo di queste pronunce è che l'esservi stato un originario rapporto di impiego con l'amministrazione sia condizione sufficiente per consentire una nuova assunzione senza violazione del principio di concorsualità *ex art. 97 Cost.* Per questo profilo, il giudice ritiene di potere individuare una continuità tra le due prestazioni lavorative, pur essendovi stata – quantomeno sul piano formale – una cesura determinata dal passaggio alle dipendenze di un soggetto di diritto privato. Questa continuità vale però unicamente ai fini del principio dell'accesso mediante concorso all'impiego pubblico. Essa non implica deroghe alle normali regole organizzative applicabili alle assunzioni nelle pubbliche amministrazioni, in relazione alle posizioni in organico, alle risorse ecc.

Impostata in questi termini, la posizione della giurisprudenza contabile non implica alcuna applicazione della disciplina di cui all'art. 2112 c.c. Anzi, come si vedrà più nel dettaglio, essa si discosta per più profili dalla regola civilistica. Non sembra, anzitutto, che l'amministrazione abbia un obbligo normativo di procedere alla riassunzione, ma che al più possa autovincolarsi – con atti amministrativi o negoziali – a reintegrare i dipendenti a condizioni predeterminate. Nel caso dell'art. 2112 c.c., inoltre, non avrebbe senso domandarsi se il dipendente fosse o meno già tale anche presso l'amministrazione. Il trasferimento del rapporto di lavoro, per i vecchi come per i nuovi dipendenti della società, sarebbe semplicemente l'effetto della cessione del complesso aziendale. I vincoli organizzativi e di finanza pubblica, infine, non potrebbero impedire il trasferimento, che avverrebbe per legge. Spetterebbe all'amministrazione valutare tali profili *prima* della reinternalizzazione. Al più, una volta compiuta tale scelta, l'amministrazione potrebbe avviare la procedura di mobilità per i dipendenti non collocabili utilmente.

Si vedrà, con specifico riferimento ai vincoli di finanza pubblica e ai dipendenti assunti direttamente dalle società partecipate, e non originariamente nei ruoli dell'amministrazione, che l'assimilazione ai processi *ex art. 2112 c.c.* sarebbe difficilmente applicabile in modo lineare. In effetti, una volta riconosciuto che il principio di concorsualità *ex art. 97 Cost.*

non costituisce un impedimento di principio alla riassunzione, i giudici contabili hanno dovuto costruire una soluzione *ad hoc* che consentisse di restare coerenti con gli altri vincoli organizzativi e finanziari all'azione degli enti locali.

Ciò, peraltro, solleva un più generale problema di compatibilità della disciplina nazionale – anche costituzionale – con il diritto europeo, che pure ha armonizzato il processo dei trasferimenti aziendali ai fini delle garanzie per i lavoratori (si v., da ultima, la direttiva 2001/23/Ce). Nella disciplina vigente il problema è complicato dagli interventi imprecisi effettuati dal legislatore sull'art. 2112 c.c., dal che non è stato chiarito se tale disposizione rilevi anche quando il trasferimento dipenda da un provvedimento amministrativo. L'interpretazione data dalla Corte di giustizia alla prima direttiva europea sui trasferimenti di azienda 77/187/Cee⁽¹⁶⁾ sembrerebbe indurre ad estendere anche a tali vicende la protezione affidata dal codice⁽¹⁷⁾. Resterebbe poi da appurare se la vicenda rientri o meno, sul piano soggettivo, nell'ambito di applicazione della direttiva 2001/23/Ce, che sembrerebbe escludere solo le vicende di riorganizzazione di enti e funzioni amministrative e non quelle attinenti le "imprese pubbliche" (art. 1, comma 1, lett. c). Quantomeno i trasferimenti delle attività di servizio economico, da questo punto di vista, potrebbero essere in linea di principio attratti negli obblighi europei a tutela dei lavoratori.

¹⁶ V. le sentenze 19 maggio 1992, Stichting c. Bartol, in causa C-29/91, 14 settembre 2000, Collino. c. Telecom, in causa C-343/98, e 25 gennaio 2001, Oy Liikenne Ab, in causa C-172/99.

¹⁷ In senso contrario, peraltro limitatamente alla disciplina anteriore al 2001, Cass., sez. lav., 24 marzo 2004, n. 5934, in Foro it., 2004, I, 2033, con nota di A.M. Perrino. Per l'estensione, v. Cass., sez. lav., 8 novembre 2004, n. 21248, in Giust. civ. Mass., 2004, 11, e Cass., sez. lav., 27 aprile 2004, n. 8054, in Giust. civ. Mass., 2004, 4.

2.3. I vincoli di finanza pubblica e il personale assunto dalle società partecipate

Un discorso autonomo meritano i profili, in parte anticipati, legati ai vincoli di finanza pubblica e al personale assunto direttamente dalla società controllata, prima della reinternalizzazione del servizio.

Quanto al primo tema, la giurisprudenza contabile ha tenuto ferma l'esigenza che i vincoli di finanza pubblica siano comunque rispettati, nelle circostanze esistenti al momento dell'eventuale riassunzione del personale. Alcune incertezze vi sono state solo sulle basi di calcolo da considerare ai fini del rispetto di tali vincoli. Come si è anticipato (*supra*, par. III.1.), se il "consolidamento" delle spese di personale dell'ente locale e della società partecipata è assunto come regola generale, può poi predimersi che i trasferimenti di dipendenti tra l'ente e la società siano in linea di massima irrilevanti ai fini dei vincoli di finanza pubblica, non essendo in grado di alterare i saldi complessivi. Questa tesi è stata avanzata da alcune pronunce contabili⁽¹⁸⁾, che però sono restate minoritarie.

Le sezioni riunite hanno ritenuto preferibile una soluzione più rigorosa, di rispetto necessario dei vincoli di finanza pubblica per ogni forma di riassunzione del personale, anche se in occasione di reinternalizzazioni e riferita a personale già dipendente dell'ente⁽¹⁹⁾. Al di là della preminenza sistematica data agli anzidetti vincoli, che ha indotto i giudici – per giungere a soluzioni diverse – a ritenere indispensabile un intervento esplicito del legislatore, è utile sottolineare il peso dato da tali pronunce alla attuale carenza di commensurabilità tra le componenti di spesa degli enti e quelle delle società partecipate. Per i giudici contabili la soluzione più rigorosa si giustifica anche per l'estrema difficoltà pratica di bilanciare le spese di personale delle due tipologie di soggetti, tanto più a fronte delle combinazioni organizzative estremamente variegate che si possono

¹⁸ Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, n. 1014/2010/PAR, cit..

¹⁹ Si v. le pronunce n. 3 del 2 febbraio 2012 e n. 4 del 3 febbraio 2012.

incontrare (es., società *in house*, interamente controllate, miste ecc.). Ciò chiama in causa le già richiamate lacune della normazione in tema di consolidamento dei conti nell'ambito dei “gruppi municipali” e la non sempre lineare tecnica usata dal legislatore per selezionare le società partecipate da sottoporre autonomamente ai vincoli di finanza pubblica.

In tempi più recenti, e non essendo nel frattempo mutate le circostanze di fondo, gli orientamenti del giudice contabile sono restati improntati al medesimo rigore⁽²⁰⁾.

L'assunzione nell'ente del personale già assunto dalla società partecipata è stata invece inquadrata nello schema sopra illustrato per la verifica sul rispetto del principio di concorsualità *ex art. 97 Cost.* I giudici contabili non si sono dunque concentrati sul profilo oggettivo, dell'appartenenza al plesso aziendale trasferito e nel caso sottoposto alle tutele previste dall'*art. 2112 c.c.*, bensì sulle *modalità* di assunzione. Così come il trasferimento dei dipendenti già nei ruoli dell'ente è legittimo in quanto si può assumere che originariamente sia avvenuto nel rispetto dell'*art. 97 Cost.*, il trasferimento dei dipendenti assunti dalla società controllata può ammettersi se anche tale assunzione sia stata compiuta in forme concorsuali⁽²¹⁾. Ipotesi, quest'ultima, che potrebbe oggi verificarsi proprio in virtù delle norme che hanno imposto a talune categorie di società pubbliche il rispetto del d.lgs. n. 165/2001 (d.l. n. 11/2008, art. 18, commi 1 e 2-*bis*; d.l. n. 138/2011, art. 3-*bis*, comma 6). Anzi, si può osservare che proprio questo genere di condizioni potrebbe indurre un maggiore ricorso alle procedure concorsuali per la selezione del personale nelle società partecipate, per l'eventualità che le stesse siano poi riassorbite dall'amministrazione controllante.

²⁰ V. Corte dei conti, sez. controllo regione Toscana, n. 174/2013/PAR dell'11 giugno 2013.

²¹ V. sempre Corte dei conti, sezioni riunite, nn. 3 e 4 del 2012, cit., e sez. controllo regione Toscana, n. 174/2013/PAR, cit..

3. I debiti delle società controllate e la responsabilità dell'ente locale

3.1. L'autonomia patrimoniale della Società secondo il regime proprio delle società a responsabilità limitata

Il modello della società di capitali, come è noto, assicura in linea di principio la separazione tra il patrimonio sociale e quello del socio e la reciproca indifferenza delle obbligazioni assunte. Il codice, al riguardo, dispone che «*Nella società a responsabilità limitata per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio*» (art. 2462, comma 1, c.c.). La norma prosegue affermando che «*In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui l'intera partecipazione è appartenuta ad una sola persona, questa risponde illimitatamente quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall'articolo 2464, o fin quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall'articolo 2470*».

In tale schema, anche il socio unico non ha l'obbligo di attivarsi per onorare i debiti della società. Vi è semmai l'onere di svolgere alcuni adempimenti – il versamento dei propri conferimenti e la pubblicità sulla unicità del socio – affinché la responsabilità non sia estesa al ricorrere di determinate condizioni patrimoniali. Ciò, ad ogni modo, non vuole dire che il socio debba adempiere alle obbligazioni della società. Significa semplicemente che i creditori possano rivolgersi *anche* al socio per vedere onorati i propri crediti.

Al di là di questo, un certo grado di comunicazione tra le vicende debitorie della società e il patrimonio del socio si può avere in circostanze particolari, con riferimento alle società sottoposte a direzione e coordinamento. L'art. 2497 c.c. prevede che «*le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arretrato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società*». A norma dell'art. 19, comma 6, del d.l. n. 78/2009, «*per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria*».

Assumendo che una relazione di “direzione e coordinamento” possa astrattamente esservi tra un comune e una società – se non altro per la presunzione di cui all'art. 2497-*sexies*, c.c.⁽²²⁾ – parrebbe poi più problematico ammettere che il comune detenga «*la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria*». Quantomeno in via mediata, la partecipazione potrebbe rispondere a interessi legati al contenimento delle spese correnti che potrebbero quindi rivestire «*natura economica o finanziaria*»⁽²³⁾. Ciò non consente di escludere l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2497 c.c. Anche in tal caso, però, non si avrebbe la traslazione/estensione dell'obbligo di pagamento dalla società al socio. La norma configura semmai l'insorgere di un'obbligazione autonoma in capo al socio, ricostruibile preferibilmente in termini di responsabilità extra contrattuale⁽²⁴⁾

²² Trib. Venezia, 21 aprile 2011, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 2, II, p. 222.

²³ Ammette in generale questa possibilità per i soci pubblici, V. Cariello, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 167-191.

²⁴ F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, Zanichelli, 2005, 126; Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, 11, I, p. 3184.

e legata non al mancato adempimento di obbligazioni specifiche bensì al più generale deterioramento delle condizioni patrimoniali della società. In tal senso, per aversi la responsabilità occorre, oltre alla prova dell'esistenza di una potestà di direzione e coordinamento, anche che tale potestà sia stata esercitata dal socio: i) in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; ii) nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui; iii) producendo una lesione al patrimonio della società causalmente ricollegabile alla condotta di cui sopra⁽²⁵⁾.

3.2. Le amministrazioni e i soggetti sottoposti al loro “controllo analogo”

La tenuta delle conclusioni appena raggiunte va verificata alla luce delle caratteristiche peculiari delle società partecipate dagli enti locali, tanto dal punto di vista organizzativo quanto da quello funzionale.

A questo proposito, la prima ipotesi da sottoporre a vaglio è che l'autonomia patrimoniale delle società di capitali possa essere superata dall'esistenza di rapporti organici peculiari esistenti tra la società partecipata e l'ente locale partecipante. Si fa riferimento, in particolare, alla nota costruzione dell'organismo *in house*, elaborata dalla giurisprudenza europea (a partire da Corte giu., 18 novembre 1999, *Teckal*, in causa C 107/98), applicata e precisata da numerose decisioni dei giudici nazionali (v., *ex multis*, Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1) e considerata esplicitamente da varie norme positive (v., da ultimo, d.l. n. 95/2012, art. 4, comma 8).

L'istituto rileva per i principi e le norme europee sull'affidamento dei contratti pubblici. In estrema sintesi, si ritiene che un soggetto i) sottoposto al controllo di un'amministrazione “analogo” a quello che la stessa esercita sui propri uffici e servizi e che ii) operi “prevalentemente” o “quasi esclusivamente” per l'amministrazione controllante vada collocato nell'organiz-

²⁵ V. Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, n. 128, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 75 ss.; Trib. Palermo, 15 giugno 2011, cit..

zazione di tale amministrazione e possa per ciò ricevere dalla controllante affidamenti senza confronto concorrenziale²⁶. Si usano, per tale istituto, le formule della “immedesimazione organica”, dell’«*organo indiretto*» e altre simili essendovi talvolta la tendenza ad argomentare come se il soggetto *in house* fosse effettivamente assorbito nell’amministrazione controllante. Ci si potrebbe allora domandare se tale immedesimazione possa spingersi sino al punto di superare anche la distinzione formale di personalità giuridica tra i due soggetti e, con essa, la reciproca autonomia patrimoniale.

Tale interrogativo richiederebbe anzitutto che la società partecipata avesse i caratteri dell’organismo *in house*. Ciò, tuttavia, non sembrerebbe sufficiente a negare la distinzione di personalità giuridiche e con essa l’autonomia patrimoniale del socio dalla società. La Corte di giustizia, come si è detto, ha elaborato la figura dell’organismo *in house* al fine circoscritto di escludere in date circostanze l’obbligo di affidamento dei contratti pubblici a mezzo di gara. La questione di fondo che la Corte doveva risolvere era quella del perimetro dell’organizzazione amministrativa al di là del quale l’affidamento avrebbe interessato il mercato interno e la concorrenza e sarebbe dunque ricaduto nell’ambito applicativo del Trattato e delle direttive europee sui contratti pubblici. La Corte ha riconosciuto che le amministrazioni nazionali possono assumere forme organizzative plurisoggettive e distribuire al loro interno le funzioni da svolgere. Proprio nel riconoscimento di tale autonomia, la Corte ha poi fissato le caratteristiche limite che le singole componenti dell’organizzazione devono avere per essere ritenute tali.

Questa costruzione non ha implicazioni necessarie per la personalità giuridica e per l’autonomia patrimoniale dell’organismo *in house*. L’esistenza di una distinzione delle soggettività giuridiche è anzi il presupposto dal quale si è mossa la giurisprudenza per concludere che – in date condizioni – la distinzione medesima non richiede l’affidamento con gara, non che essa sia insussistente *tout court*. Quando si parla di immedesimazione organica o di organo indiretto, dunque, si evoca un’immagine che non

²⁶ Cfr. Corte giu., 10 settembre 2009, SEA, in causa C-573/07.

contraddice il carattere plurisoggettivo dell'organizzazione amministrativa. Si accoglie, proprio per tale ragione, una nozione di organizzazione pubblica che è a sua volta capace di comprendere una pluralità di enti, ciascuno dei quali potenzialmente munito di un proprio regime giuridico.

Nella pratica, la distinzione della personalità giuridica tra socio e organismo *in house* e la conseguente autonomia patrimoniale è assunta come implicita da numerose norme di disciplina di tali rapporti.

I "contratti pubblici" tra amministrazioni e organismi *in house* sono contratti a tutti gli effetti, tra parti formalmente distinte. L'alterità della personalità giuridica e del patrimonio si riflette anche nelle regole sul contenuto economico dei rapporti, che comunque non assorbono mai interamente la posizione dell'organismo *in house* in quella dell'amministrazione controllante. Non sarebbe dunque corretto assumere che i debiti della società *in house* siano per ciò solo debiti dell'amministrazione controllante.

In una prospettiva differente, si potrebbe sostenere non tanto che vi sia una completa immedesimazione soggettiva della società *in house* nell'amministrazione controllante, quanto che – pur restando le due soggettività distinte – la società *in house* assuma obbligazioni impegnando anche l'amministrazione che la controlla. Questa sembra essere l'impostazione alla base di una pronuncia della Corte dei conti la quale ha ritenuto – pur in termini non nettissimi – che «*non vi è alcun motivo per escludere che l'ente locale debba far fronte ai debiti propri della società in house che non sono stati soddisfatti in seguito alla liquidazione*». «*Questa conclusione*», ha proseguito la pronuncia, «*risponde anche ad esigenze di tutela dei creditori sociali che nel dare fiducia alla società hanno indubbiamente fatto affidamento sulla natura pubblica della stessa, e conseguentemente sulla quasi certezza di ottenere il soddisfacimento integrale del proprio credito*»⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ Corte conti, sez. controllo regione Piemonte, 19 gennaio 2012, n. 3/2012/SRCPIE/PAR; un percorso simile si è avuto nell'ordinamento spagnolo, v. F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mani pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 271-274; per pronunce di segno opposto dei nostri giudici contabili, si v. *infra*, III.5..

Anche qui, tuttavia, la conclusione sembrerebbe andare al di là delle conseguenze legittimamente ricavabili dall'esistenza di un rapporto *in house*. L'esclusione dell'obbligo di affidamento con gara, come si è detto, dipende solo dall'ascrivibilità della società *in house* a una nozione allargata di organizzazione amministrativa, che non si spinge sino a richiedere l'imputazione organica degli atti della società alla sfera giuridica dell'amministrazione controllante. Ad argomentare altrimenti, si dovrebbe concludere che ogni rapporto afferente l'esercizio del servizio affidato sia instaurato dalla società riflettendosi (anche) nella sfera giuridica dell'amministrazione.

Tale regola dovrebbe valere, ad esempio, altresì nei confronti del personale, che potrebbe rivolgere eventuali pretese creditorie – a cominciare da quella alla sussistenza del rapporto di lavoro – direttamente nei confronti della amministrazione controllante. Una conclusione del genere implicherebbe forzature notevoli nel regime giuridico delle amministrazioni pubbliche, senza che vi possa essere un interesse meritevole a giustificarlo. I creditori della società, in particolare, non potrebbero fare affidamento sul pagamento dei loro crediti da parte dell'amministrazione se non essendovi in capo a quest'ultima un preesistente obbligo in tal senso. Non si può capovolgere il ragionamento, ricavando l'obbligo perché si assume che i creditori possano essersi formati una aspettativa di adempimento da parte dell'amministrazione.

3.3. Le società-organismi di diritto pubblico

Una seconda qualificazione pubblicistica da esaminare è quella dell'organismo di diritto pubblico, propria sempre della materia dei contratti pubblici ma definita direttamente dalle norme anziché dalla giurisprudenza. Essa si basa sulla compresenza di tre elementi: i) la personalità giuridica distinta; ii) l'esistenza di un controllo o di un finanziamento prevalente da parte della pubblica amministrazione; iii) l'istituzione dell'organismo per fini di interesse generale a carattere non industriale e commerciale. Al ricorrere di queste tre condizioni, la normativa prevede che l'organismo sia attratto negli obblighi di affidamento dei contratti mediante gara pro-

pri delle amministrazioni aggiudicatrici (d.lgs. n. 163/2006, artt. 3, comma 26, e 32, comma 1).

La ragione di tale scelta da parte delle norme – europee prima, nazionali poi – è che un organismo con queste caratteristiche potrebbe scegliere i propri contraenti sulla base di considerazioni non economiche, sotto l'influenza dell'amministrazione nazionale che lo controlla o lo finanzia⁽²⁸⁾. Al fine di evitare che questa potenzialità si traduca in discriminazioni basate sulla nazionalità, le norme estendono agli organismi di diritto pubblico l'intero apparato di norme previsto per le amministrazioni tradizionali.

Qui rileva che l'organismo di diritto pubblico è tale anzitutto se conserva la distinzione di personalità giuridica rispetto all'amministrazione controllante e/o finanziante. L'altra caratteristica della figura è quella di essere indifferente al regime di tale personalità giuridica, regolandosi in tutti i casi in modo uniforme la sua attività contrattuale. La qualificazione come organismo di diritto pubblico non incide, perciò, sulla disciplina altrimenti applicabile ai rapporti patrimoniali tra l'organismo e il suo soggetto controllante. Si vedrà, semmai, che tale qualificazione e comunque le condizioni per la sua sussistenza possono divenire elementi di un più ampio ragionamento sulla natura giuridica dell'organismo coinvolto e sul regime applicabile ad attività diverse dalla selezione dei contraenti.

3.4. Le società in mano pubblica - “quasi amministrazioni”

Le figure sopra illustrate dell'organismo *in house* e dell'organismo di diritto pubblico, pur sorte con fini circoscritti, possono essere collocate nel contesto del dibattito generale sulla natura delle società in mano pubblica che esercitino servizi di interesse generale o servizi strumentali alle amministrazioni e che, talvolta, si caratterizzano per alcune specificità disciplinari e organizzative che vanno al di là della semplice partecipazione pubblica al capitale.

²⁸ Corte giu., 13 dicembre 2007, Bayerischer Rundfunk e a., in causa C337/06.

Come già accennato in altra parte del presente studio (par. I.), questo dibattito è animato da due movimenti, in parte convergenti. Il primo trae origine dalla giurisprudenza amministrativa e di legittimità e ha visto la graduale affermazione di una nozione sostanziale di pubblica amministrazione, non più agganciata necessariamente a forme giuridiche di diritto pubblico. I giudici amministrativi, con il sostanziale conforto della Cassazione, hanno in più decisioni concluso che anche una società di capitali possa essere considerata “amministrazione in senso sostanziale” e possa essere regolata dal diritto pubblico. Tale qualificazione dipenderebbe da alcuni indici sintomatici. Viene in genere ritenuto rilevante, oltre all’essere il capitale in mano pubblica, che la società abbia i caratteri dell’organismo di diritto pubblico, o che operi quale organismo *in house* dell’amministrazione, o comunque che veda la sua attività votata al perseguimento di interessi generali «non industriali e commerciali» (si v. le decisioni citate *infra*).

Al di là delle affermazioni di principio, tale giurisprudenza non è tuttavia mai giunta a prefigurare per le società/amministrazioni pubbliche la sostituzione integrale del regime giuridico delle amministrazioni pubbliche a quello delle società di capitali. Le decisioni si sono sempre trovate di fronte alla necessità di stabilire se fossero applicabili specifiche norme previste per le amministrazioni pubbliche o per l’esercizio di attività pubblicistiche, di regola non immediatamente interferenti con la disciplina codicistica delle società di capitali. Si doveva, ad esempio, valutare se la società fosse o meno soggetta al diritto di accesso⁽²⁹⁾, o se potesse assumere un lavoratore subordinato come avvocato⁽³⁰⁾ o ancora se dovesse o meno selezionare i propri dipendenti con confronti concorrenziali⁽³¹⁾.

In tutte queste situazioni, non era mai in discussione l’applicazione delle regole societarie, che in effetti non si occupano di tali aspetti funzionali. Quindi, più che una mutazione soggettiva da società di capitali in ammi-

²⁹ Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711.

³⁰ Cass., sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096.

³¹ V. la vicenda trattata in Cass., sez. un., ord. 22 dicembre 2011, n. 28329.

nistrazione si è avuto il riconoscimento che l'attività amministrativa può di per sé essere svolta anche da una società di capitali, secondo le stesse regole che seguirebbe un'amministrazione in senso stretto.

Il secondo movimento dipende dalla legislazione, la quale – come si è più volte rammentato – si è sempre più arricchita di disposizioni che hanno definito regimi speciali per le società in mano pubblica, peraltro presenti sin dalla prima formulazione del codice civile⁽³²⁾. L'esistenza di una pluralità di disposizioni speciali sulle società in mano pubblica potrebbe di per sé significare che il legislatore ha inteso integrare e modificare le regole civilistiche per tali soggetti, senza però stravolgerne l'impianto generale.

Tale conclusione, oltre a essere coerente con quella che sembra essere l'effettiva tecnica di intervento della giurisprudenza (*supra*, questo par.), è confortata dalla già citata disposizione introdotta nella c.d. *spending review*, d.l. n. 95/2012, art. 4, comma 12, secondo la quale, come già detto, «*le disposizioni del presente articolo [con varie misure in tema di società pubbliche] e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali*».

Sembrerebbe quindi che il legislatore abbia voluto confermare quella che era l'impostazione originaria del codice, per la quale le società a capitale pubblico erano disciplinate dal codice civile salve le regole particolari che lo stesso codice o le leggi speciali prevedevano.

Se dunque si svolge un esame delle norme speciali sulle società in mano pubblica, non se ne rinvengono che deroghi espressamente al regime di autonomia patrimoniale della società di capitali in mano pubblica ri-

³² Per una ricognizione di tali disposizioni, peraltro in continuo mutamento, cfr. G. Urbano, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, cit.; per un inquadramento sistematico, cfr. M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253.

spetto al socio, ancorché unico. Le norme codicistiche, in primo luogo, stabiliscono poteri e facoltà particolari per le amministrazioni pubbliche socie di società di capitali, senza tuttavia imporre loro alcunché in merito ai debiti delle società partecipate. Nella legislazione più recente, si rivengono varie norme in tema di organizzazione e funzionamento delle società a capitale pubblico, regolanti tra l'altro la composizione degli organi sociali, gli ambiti di attività consentiti, le modalità di reclutamento del personale ecc. Anche qui, però, le disposizioni non interessano la separatezza del patrimonio sociale rispetto a quello del socio.

Nella legislazione si registra semmai la tendenza vista in precedenza (par. III.1.) a che talune variabili tipiche delle società in mano pubblica siano considerate nell'ambito della situazione patrimoniale dell'amministrazione controllante. Questo accade, ad esempio, con le norme che hanno imposto di considerare il personale delle società in mano pubblica ai fini dei limiti alle assunzioni applicabili agli enti controllanti (il citato d.l. n. 112/2008, art. 76, comma 7, inserito dal d.l. n. 98/2011). O ancora, con le norme che prima hanno previsto la facoltà (o un obbligo non assistito da sanzioni; d.lgs. n. 267/2000, artt. 152, 172 e 230), poi hanno introdotto vincoli più stringenti di redazione del bilancio «consolidato» dei comuni e delle loro società controllate oltre all'obbligo di rendere trasparenti le partite reciproche tra queste due categorie di soggetti (v. d.l. n. 174/2012, art. 3, laddove introduce l'art. 147-*quater* nel d.lgs. n. 267/2000; in tema v. anche *infra*, par. III.4). Il tratto rilevante della disciplina, in tal caso, attiene anzitutto all'amministrazione, che è tenuta a dare evidenza nella propria organizzazione di soggetti che hanno forme giuridiche private. I riflessi sulla disciplina della società in mano pubblica sono indiretti, nel senso che se, ad esempio, l'amministrazione è prossima a superare i limiti consentiti per le assunzioni, la società controllata dovrà tenerne conto nelle proprie politiche di reclutamento del personale.

La *ratio* di queste disposizioni non sembra tuttavia mirare alla confusione del patrimonio dei comuni con quello delle società controllate. Alla base delle norme, vi è la consapevolezza che la situazione economica delle so-

cietà in mano pubblica, e i rapporti patrimoniali di queste ultime con gli enti controllanti, rilevano anche per la situazione economica di tali enti controllanti e quindi per gli obiettivi di finanza pubblica. Per assumere tale rilevanza, tuttavia, non è necessario ritenere che i patrimoni degli enti e delle controllate si confondano. È sufficiente invece constatare che le condizioni patrimoniali si possano influenzare reciprocamente, ad esempio attraverso i corrispettivi concordati nei contratti di servizio, o mediante i trasferimenti di risorse che pur gli enti *possono* compiere per sostenere le loro società controllate (sul punto v. anche *infra*). Del resto, le norme che impongono di riferire agli enti controllanti specifici aspetti delle attività delle società controllate muovono implicitamente dal presupposto che le due sfere soggettive e patrimoniali siano altrimenti distinte. Lo stesso “consolidamento” è una soluzione che, già nel diritto societario, serve a riconciliare sul piano contabile rapporti tra soggetti distinti.

3.5. Società in mano pubblica - non imprese

Un altro percorso meritevole di analisi è quello intrapreso da una parte della giurisprudenza civile in tema di procedure concorsuali, con un orientamento che non si è posto il problema della natura sostanziale delle società pubbliche – e non ha pertanto prospettato la riqualificazione *soggettiva* di tali entità *sub specie* amministrazioni pubbliche – ma ha affrontato il profilo più circoscritto legato ai caratteri che vanno riconosciuti alle *attività* svolte da talune tipologie di società pubbliche. Il problema, più nel dettaglio, ha riguardato l’applicabilità dell’istituto fallimentare il quale, come noto, si rivolge alle attività commerciali (r.d. n. 267/1942, art. 1, comma 1). Normalmente tale qualità si ritiene implicita in soggetti costituiti nella forma di società di capitali. Questa conclusione è stata però posta in dubbio, tra l’altro, per società pubbliche con i caratteri dell’organismo di diritto pubblico, istituite per missioni di interesse generale a carattere “non industriale e commerciale”. Si è argomentato da ciò che tali società non svolgano attività commerciale e per ciò solo non siano “fallibili” (a prescindere che possano o meno essere ricomprese tra gli

enti pubblici, comunque sottratti dal fallimento dal citato art. 1, comma 1, r.d. n. 267/1942; v. Trib. Palermo, sez. fall., 8 gennaio 2013, n. 99, decr.; Trib. S. Maria Capua Vetere, sez. fall., 9 gennaio 2008, decr.; *contra*, con ampie argomentazioni, Corte di Appello di Napoli, 27 maggio 2013, n. 346).

La rilevanza di tali orientamenti va verificata nella correttezza delle premesse e nell'ampiezza delle conseguenze che ne possono discendere per il tema oggetto di analisi.

Quanto alle premesse, esse vanno condivise per la parte in cui ammettono che possano sussistere società di capitali che non esercitano attività d'impresa. La normazione vede da tempo la costituzione in forma societaria di soggetti che esercitano funzioni di regolazione e tale eventualità ha ormai ricevuto un riconoscimento generale anche nella legge sul procedimento (art. 29, comma 1, l. n. 241/1990, che parla di «*società con totale o prevalente capitale pubblico*» che esercitano «*funzioni amministrative*»). Il problema è semmai quello di stabilire quando manchi in concreto l'esercizio di attività commerciale.

Qui, il richiamo alla figura dell'organismo di diritto pubblico risulta non appropriato. Non solo perché tale figura attiene alla disciplina dei contratti pubblici e dunque non sembra legittimo trasporre un suo parametro applicativo a vicende del tutto differenti. Ancor più rilevante è che nella interpretazione "vivente" dell'istituto il carattere «*non industriale e commerciale*» dell'attività viene generalmente interpretato come assenza di pressioni concorrenziali sull'organismo, non come esercizio di attività non commerciale⁽³³⁾.

Sul piano della legislazione fallimentare – e più in generale della nozione di imprenditore propria del codice civile – non si è invece mai dubitato che un'attività commerciale fosse esercitabile anche in condizioni di riserva legale di attività o di monopolio in senso economico. Basti osservare

³³ Cfr. M. Libertini, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. impr.*, 2008, 1201 ss..

che la qualità di organismo di diritto pubblico è stata attribuita a soggetti quotati sui mercati finanziari, proprio perché operanti in condizioni di concorrenza attenuata⁽³⁴⁾. A seguire il ragionamento della giurisprudenza sopra richiamata, si dovrebbe concludere che anche tali soggetti non esercitino attività commerciali.

Le conseguenze del ragionamento, inoltre, non investono necessariamente l'imputabilità dei debiti delle società controllate agli enti pubblici controllanti. Se si ammette che la società non sia fallibile, questo di per sé non impedisce che la stessa sia posta in liquidazione (non essendovi, se non per specifiche società pubbliche, c.d. società legali, vincoli legali al mantenimento in essere del soggetto).

La liquidazione può essere conclusa con la cancellazione della società anche quando residuino situazioni debitorie, con l'unica cautela che i creditori insoddisfatti potranno rivalersi sui soci «*fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi*» (art. 2495 c.c.)⁽³⁵⁾. Il liquidatore, per contro, può richiedere ai soci – in caso di incipienza del patrimonio – solo i versamenti ancora dovuti (art. 2491, comma 1, c.c.). Per cui, anche ammettendo che la Società non sia fallibile, resterebbe fermo nella sostanza il principio che il socio non risponde per i debiti della società se non nei limiti del patrimonio sociale.

3.6. L'autonomia patrimoniale come tratto proprio delle società in mano pubblica

Da quanto sopra illustrato, emerge che allo stato della disciplina non susseguono elementi per giustificare il superamento dell'autonomia patrimo-

³⁴ Cons. Stato, n. 4711/2002, cit..

³⁵ V., sulla proponibilità di azioni nei confronti dei soci, Cass. civ., sez. trib., 16 maggio 2012, n. 7679.

niale delle società in mano pubblica rispetto agli enti controllanti e, in ogni caso, l'estensione della posizione debitoria delle prime ai secondi. Ciò fermo restando l'obbligo degli enti locali di adempiere alle proprie obbligazioni nei confronti delle società da essi controllate (es., quelle derivanti dal contratto di servizio) e senza potersi escludere, anche in virtù di quanto si è detto *supra* (par. III.3.1.), che i creditori delle società avanzino pretese nei confronti dei comuni controllanti ad altro titolo.

Questa conclusione, oltre a dipendere dall'assenza di ragioni per derogare al normale modello codicistico, risulta altresì più coerente con la collocazione attualmente attribuibile al modello societario nell'ambito dell'organizzazione amministrativa.

La giurisprudenza di legittimità ha già indicato che non sussiste l'esigenza di forzare il modello societario, nelle regole che lo contraddistinguono, in considerazione della presenza nel capitale di un socio pubblico. Nell'escludere la responsabilità erariale degli amministratori di società pubbliche, la Corte di cassazione ha argomentato essenzialmente a partire dalla distinzione del patrimonio delle società da quello dei soci – pubblici o privati – *«i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale»*. La Corte ha altresì fatto propria *«La ben nota distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri [che] non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente»*³⁶. Argomento che sembra formulabile anche rispetto al problema di specie, della riferibilità al socio dei debiti della società.

³⁶ Cass., 19 dicembre 2009, n. 26806, in Riv. corte conti, 2009, 6, 218; v. anche, sia pure ad altri fini, Corte dei Conti, sez. III giur. centr. app., 7 Agosto 2013, n. 548; Corte dei Conti, sez. III giur. centr. app., 11 ottobre 2012, n. 631; Corte dei Conti, sez. III giur. centr. app., 20 luglio 2012, n. 529; Corte dei Conti, sez. III giur. centr. app., 14 marzo 2012, n. 228.

Per altro verso, l'estensione delle posizioni debitorie finirebbe per essere eccentrica – almeno in taluni casi – rispetto alle regole che definiscono il perimetro della finanza pubblica, con effetti di sistema non agevolmente prevedibili. Ciò costituisce un ulteriore motivo per suggerire una lettura rigorosa della autonomia patrimoniale delle società in mano pubblica. In questo senso, va l'orientamento della Corte dei conti che pare ad oggi prevalente, che non ritiene sussistere alcun *obbligo* dell'amministrazione controllante di soddisfare i debiti della società controllata⁽³⁷⁾.

3.7. Il potere comunale di decidere l'assunzione dei debiti delle società controllate

Quanto appena detto non esclude, invece, che gli enti locali abbiano la *facoltà* di assumere i debiti delle società loro controllate.

Tale facoltà può però essere esercitata solo al ricorrere di una serie di condizioni e nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica. Dal primo profilo, il problema principale sta nell'impatto che una decisione del genere ha sull'impegno di risorse dell'ente locale. Proprio per evitare rischi di esborsi, il giudice contabile ha più volte rammentato alle amministrazioni territoriali di porre particolare attenzione sia nella fase istitutiva sia nella vita delle proprie società controllate, i cui risultati di bilancio possono riverberarsi sui conti degli enti controllanti⁽³⁸⁾. Le condizioni di intervento che emergono dalla casistica contabile sembrano anzitutto richiedere che la società sia interamente posseduta dal comune, pur senza esigere che vi sia un controllo “analogo” nel senso visto per l'istituto dell'*in house*⁽³⁹⁾. La preoccupazione, in tal caso, è duplice: circoscrivere l'intervento

³⁷ Corte conti, sez. controllo regione Basilicata, 17 maggio 2011, n. 28/2011/PAR; Corte conti, sez. controllo regione Emilia Romagna, 28 luglio 2011, n. 33/2011/PAR e 28 novembre 2012, n. 487/2012/PAR; Corte conti, sez. Controllo regione Veneto, 9 luglio 2012, n. 434/2012/PAR.

³⁸V., ad esempio, Corte conti, sez. controllo regione Veneto, 9 novembre 2012, n. 903/2012/INPR.

³⁹ Corte conti, sez. controllo regione Emilia Romagna, n. 487/2012/PAR.

pubblico a soggetti che rientrino *sostanzialmente* nel perimetro dell'organizzazione pubblica; evitare che eventuali altri partecipanti al capitale possano beneficiare indirettamente dell'impegno delle risorse pubbliche. L'analisi va spostata sulla valutazione di interesse pubblico che deve assistere la decisione e risultare da una congrua attività istruttoria e da una motivazione adeguatamente sviluppata. L'amministrazione deve tenere conto, nel rispetto del principio di economicità, dei vantaggi che deriverebbero dall'assunzione del debito nel confronto con gli oneri che ne discenderebbero per il bilancio comunale. La valutazione va compiuta secondo criteri prudenziali, disponendo l'intervento solo ove – ad esito della ponderazione dei costi e dei benefici – emergesse che l'assunzione del debito abbia “utilità evidente”, senza generare situazioni di rischio, aleatorietà e difficile prevedibilità economica. La decisione di assunzione del debito deve altresì individuare il corretto schema negoziale entro il quale collocare l'operazione⁽⁴⁰⁾.

Sul piano dei vincoli di finanza pubblica, pare anzitutto da escludere che sussista un divieto assoluto di procedere all'assunzione del debito delle società partecipate. La citata disposizione di cui all'art. 6, comma 19, d.l. n. 78/2010, è applicabile solo in circostanze specifiche e per il sostegno che le amministrazioni possano attribuire a società operanti. Essa mira esplicitamente alla «*maggior efficienza delle società pubbliche, tenuto conto dei principi nazionali e comunitari in termini di economicità e di concorrenza*». Così circoscritte le sue finalità, se ne dovrebbe poter predicare la non rilevanza in varie situazioni peraltro frequenti nella pratica (es, l'assunzione dei debiti residuanti dal processo di liquidazione di una società destinata ad estinguersi e dunque a non operare più sul mercato⁽⁴¹⁾). Si consideri che anche nella disciplina sugli aiuti di Stato, la messa in liquidazione/procedura concorsuale – con conseguente espulsione dal

⁴⁰ Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, n. 98/2013/PAR del 19 marzo 2013; Corte conti, sez. controllo regione Basilicata, n. 28/2011/PAR, cit.; Corte conti, sez. controllo regione Emilia Romagna, n. 487/2012/PAR, cit.; Corte conti, sez. controllo regione Veneto, n. 434/2012/PAR, cit..

⁴¹ In tal senso, Corte conti, sez. controllo regione Piemonte, n. 3/2012/SRCPIE/PAR, cit..

mercato – di un’impresa beneficiaria di un aiuto illecito (quindi astrattamente da recuperare nella sua interezza) è misura sufficiente per rimuovere le distorsioni concorrenziali generate dall’aiuto⁽⁴²⁾.

L’intervento, ad ogni modo, andrebbe inquadrato nei vincoli di finanza pubblica applicabili *ratione temporis*, alla luce delle condizioni finanziarie dell’ente locale che lo compie. Le coordinate minime che possono individuarsi sono le seguenti. L’assunzione del debito, in primo luogo, non sembrerebbe classificabile come spesa fuori bilancio ai sensi dell’art. 194, d.lgs. n. 267/2000. Le ipotesi considerate dalla norma sono generalmente interpretate in termini tassativi e tra di esse non se ne trovano che si attaglino esattamente all’assunzione di un debito⁽⁴³⁾. La «*copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni*», in particolare, riguarda articolazioni dell’amministrazione comunale che o sono prive di personalità giuridica autonoma o sono entificate secondo il diritto pubblico, soggetti che non sono sovrapponibili a una società di capitali a controllo comunale. In ogni caso, la copertura è possibile solo «*nei limiti degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi, purché sia stato rispettato l’obbligo di pareggio del bilancio*» (d.lgs. n. 267/2000, art. 194, comma 1, lett. b). La «*ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l’esercizio di servizi pubblici locali*» riguarda un fenomeno alternativo alla liquidazione e comunque caratterizzato dal conferimento di risorse alla società controllata, al fine di garantirne l’operatività legale. La norma consente la ricapitalizzazione, difatti, «*nei limiti previsti dal codice civile*» non ai fini dell’integrale soddisfazione dei creditori sociali.

L’assunzione del debito, nello schema negoziale che verrà scelto, dovrebbe perciò muoversi nelle procedure ordinarie di impegno e di spesa di

⁴² Corte giust., 8 maggio 2003, Italia e SIM 2 Multimedia SpA c. Commissione, in cause riunite C-328/99 e C-399/00, § 69.

⁴³ V. Corte conti, sez. controllo regione Piemonte, n. 3/2012/SRCPIE/PAR, cit.; Corte conti, sez. controllo regione Basilicata, n. 28/2011/PAR, cit..

cui all'art. 191 del d.lgs. n. 267/2000. A ciò si aggiunga che la spesa dovrebbe trovare allocazione nella parte corrente del bilancio, non essendo la stessa configurabile come spesa per investimenti⁽⁴⁴⁾. Sulla base di tale classificazione, l'ente locale potrebbe quindi verificare se l'impegno sia compatibile con i vincoli di finanza pubblica e a quali partite contabili si possa attingere per la sua copertura.

3.8. La società partecipata come centro di imputazione dei debiti dell'ente locale

L'assunzione di un debito della società partecipata, al di là della sua astratta percorribilità, può in concreto essere un segmento di operazioni più complesse nelle quali può celarsi un assetto dei rapporti sostanziali del tutto diverso. La società partecipata può divenire il centro di imputazione di debiti che riguardano in realtà l'ente controllante finendo così per prodursi una situazione speculare a quella vista in precedenza, nella quale si riproducono taluni dei problemi visti con riferimento ai costi del personale e alla loro corretta allocazione nell'ambito del "gruppo municipale" (par. III.1.).

Rispetto a ipotesi del genere, si deve rammentare che, nella disciplina di finanza pubblica e anche con riguardo ai vincoli nascenti dal patto di stabilità, è stato ormai codificato il divieto di atti elusivi, che mirino ad aggirare i suddetti vincoli con operazioni formalmente rispettose degli stessi. Alla violazione di tale divieto si ricollegano conseguenze più gravi di quelle previste per le violazioni del patto non qualificabili in senso elusivo (nullità degli atti elusivi, sanzioni pecuniarie per gli amministratori; si v. l. n. 183/2011, art. 31, c. 30-31; l. n. 220/2010, art. 1, c. 111-bis; Ministero dell'economia e delle finanze, circolare prot. n. 5 de 14 ottobre 2012, par. I.4.).

Il fondamento di tale trattamento più severo dipende dall'aversi oltre

⁴⁴ Corte conti, sez. controllo regione Piemonte, n. 3/2012/SRCPIE/PAR, cit.; Corte conti, sez. controllo regione Basilicata, n. 28/2011/PAR, cit..

all'aggiramento della norma elusa anche la violazione dei più generali principi di buona fede e, nel caso dei rapporti tra istituzioni, di leale cooperazione. In coerenza con le ricostruzioni generali dei fenomeni elusivi – propri anche di altre discipline, civili, tributarie ecc. – ciò conduce alla necessità di esaminare le fattispecie concrete evitando scomposizioni artificiose di operazioni che abbiano una logica e rispondano a interessi unitari. È opportuno non fermarsi alle distinzioni di soggettività e alla apparente autonomia dei rapporti giuridici e tenere conto dei collegamenti che esistono tra i singoli elementi della vicenda.

Occorre allora considerare una serie di elementi sintomatici: se la società controllata abbia un rapporto organico con l'ente controllante; se gli attivi della società siano funzionali allo svolgimento di attività che restano imputate all'ente, eventualmente anche dal lato dei proventi; se i medesimi attivi siano stati realizzati dalla società e su incarico dell'ente essendo astrattamente possibile la retrocessione all'ente locale alla scadenza del contratto di servizio; i meccanismi effettivi di ripartizione del rischio di impresa tra la società controllata e l'ente che ha conferito il servizio; le eventuali garanzie che l'ente locale controllante abbia concesso in favore della società controllata.

In circostanze del genere, taluni orientamenti del giudice contabile in tema di vincoli di finanza pubblica hanno superato lo schermo della distinzione di personalità giuridica. Si è così osservato che «*il rapporto tra ente locale e società partecipate che operano con il meccanismo in house si presta a fenomeni elusivi laddove l'ente pubblico incarichi l'organismo partecipato di attivare investimenti o di svolgere servizi strumentali [...] In concreto, ne deriva che eventuali somme erogate dall'ente locale a siffatta società, ad esempio a titolo di concessione di credito, non possono comunque essere scomputate dai saldi del patto di stabilità del Comune, benché l'erogazione dei pagamenti delle opere pubbliche avvenga da parte della società interamente partecipata*»⁴⁵.

⁴⁵ Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, 19 gennaio 2012, n. 7/2012/PAR, con

Il giudice contabile ha aggiunto «*con riferimento ad ipotesi di esecuzione di opere pubbliche di interesse dell'ente locale da parte di società partecipate con ricorso all'indebitamento [...] ove il debito non figuri formalmente in capo all'ente locale, di fatto lo stesso può gravare sull'Amministrazione in virtù di specifici impegni contrattuali (es. fideiussione). Tale aspetto deve essere tenuto presente dall'ente locale socio ai fini di una corretta contabilizzazione delle somme relative alla fideiussione ed al pagamento degli oneri finanziari del mutuo, escludendosi senz'altro l'iscrizione nei servizi per conto terzi, da riservarsi alle tipologie di entrata e di spesa strettamente previste dall'ordinamento finanziario e contabile*(46).

In modo ancor più puntuale, si è parlato di “abuso dello strumento societario” in ragione dei rapporti tra un comune e una società sua partecipata «*caratterizzati da uno spostamento dell'indebitamento dal bilancio comunale al bilancio della società partecipata*». Le circostanze rilevate riguardavano: i) l’operare la società per la realizzazione di opere di competenza del comune; ii) l’esistenza di un indebitamento in capo alla società controllata principalmente funzionale alla realizzazione di tali opere; iii) l’erogazione dal comune alla partecipata di una contribuzione prevista espressamente (anche) a copertura degli interessi sui mutui; iv) l’esistenza di garanzie dirette del comune (patronage e garanzia a prima richiesta) sull’adempimento dei mutui da parte della società. Per *l’insieme* di tali elementi, la Corte ha ritenuto che il comune avrebbe dovuto considerare l’indebitamento come proprio, nella specie ai fini dei limiti di cui agli artt. 204 e 207 del d.lgs. n. 267/2000⁽⁴⁷⁾.

rinvii anche alla circolare del Ministero dell’economia e delle finanze n. 11 del 6 aprile 2011.

⁴⁶ Corte dei conti, n. 7/2012/PAR, cit.; Corte dei conti, sez. controllo regione Piemonte, 15 settembre 2011, n. 114/2011/SRCPIE/PAR.

⁴⁷ Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, 12 luglio 2011, n. 459/2011/PRSE.

4. Il consolidamento dei bilanci

Come si è visto in precedenza, la normazione sui rapporti finanziari tra enti locali e società partecipate e gli orientamenti della giurisprudenza contabile oscillano nella ricerca di un punto di equilibrio tra la considerazione unitaria e quella atomistica dei soggetti coinvolti. Per alcuni profili, si dà prevalenza all’unità sostanziale del “gruppo municipale”, cumulando i dati finanziari dell’ente e delle sue controllate, per altri i due piani sono tenuti distinti e gli obblighi normativi vengono applicati a ciascun soggetto senza interferenze reciproche. Queste oscillazioni riflettono l’effettiva incertezza dei dati normativi. Il legislatore non ha assunto una posizione definita in favore di uno dei due modelli, prospettando l’applicazione di entrambi – si pensi all’estensione dei vincoli del patto di stabilità ad alcune tipologie di società controllate e alle norme sul “consolidamento dei bilanci” – senza tuttavia completare alcuno dei percorsi avviati.

Tra le varie soluzioni a disposizioni, il consolidamento dei bilanci avrebbe potuto rappresentare quella idealmente più in grado di fare emergere le sovrapposizioni tra le partite comunali e delle società partecipate, dando così un’illustrazione accurata della situazione economica del “gruppo municipale”⁽⁴⁸⁾. Il consolidamento ha tuttavia incontrato numerose diffi-

⁴⁸ Si v. Corte dei conti, sez. controllo regione Veneto, 10 marzo 2008, n. 4, e i principi contabili per gli enti locali dell’Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali, il n. 4 in

coltà pratiche, legate alla diversità dei sistemi contabili applicati dalle amministrazioni e dai soggetti societari e, più in generale, alle differenze nel regime giuridico complessivo che riferibile a tali soggetti.

Si è visto che, con norme di applicazione circoscritta e in virtù di taluni orientamenti del giudice contabile, si è giunti ad alcuni consolidamenti “selettivi”, rivolti a specifiche partite come il costo del personale (*supra*, par. III.1.). In date condizioni, sempre gli orientamenti del giudice contabile hanno indotto il cumulo delle voci di indebitamento (*supra*, par. III.3.). Qui di seguito si considerano invece le disposizioni che richiedono il consolidamento complessivo dei conti, secondo una logica assimilabile a quella dei gruppi societari.

4.1. La normazione sul consolidamento dei bilanci e la sperimentazione dei nuovi sistemi di contabilità pubblica

Varie indicazioni di principio nel senso del consolidamento si trovano nella disciplina generale in tema di enti locali. L'art. 152 del d.lgs. n. 267/2000, sin dal suo testo originario, ha previsto che «*Il regolamento di contabilità assicura, di norma, la conoscenza consolidata dei risultati globali delle gestioni relative ad enti od organismi costituiti per l'esercizio di funzioni e servizi*». Lo stesso decreto, all'art. 172, comma 1, lett. b), dispone altresì che siano indicate al bilancio di previsione «*le risultanze dei rendiconti o conti consolidati delle unioni di comuni, aziende speciali, consorzi, istituzioni, società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici, relativi al penultimo esercizio antecedente quello cui il bilancio si riferisce*». Il regolamento di contabilità, secondo l'art. 230 del decreto n. 267, «*può prevedere la compilazione di un conto consolidato patrimoniale per tutte le attività e passività interne e esterne*». Sulla base di norme in vigore da tempo, dunque, gli enti locali avrebbero potuto e “di regola” dovuto costruire il loro regime contabile in modo da assicurare

particolare.

la “conoscenza consolidata” dei loro “risultati globali” (cosa che peraltro vari comuni hanno cercato di fare).

La compilazione del bilancio consolidato è stata poi prevista per le amministrazioni *non* locali dal d.lgs. n. 91/2011, di attuazione della l. n. 196/2009 in materia di «*adeguamento e armonizzazione dei sistemi contabili*». L’art. 18, comma 1, del decreto dispone che «*con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con i Ministri interessati [...] è individuato uno schema tipo di bilancio consolidato delle amministrazioni pubbliche con le proprie aziende, società partecipate ed altri organismi controllati. Nel medesimo decreto sono stabiliti i tempi e le modalità per l’adozione dei bilanci consolidati e per la loro pubblicazione*

Pressoché in parallelo, e nell’ambito dell’armonizzazione dei sistemi contabili delle regioni e degli enti locali di cui alla l. n. 42/2009 sul federalismo fiscale, il d.lgs. n. 118/2011 ha previsto che le regioni e gli enti locali adottino «*comuni schemi di bilancio finanziari, economici e patrimoniali e comuni schemi di bilancio consolidato con i propri enti ed organismi strumentali, aziende, società controllate e partecipate e altri organismi controllati*

Come è stato evidenziato dalla giurisprudenza contabile⁴⁹, quest’ultima disposizione ha avviato un percorso necessariamente graduale. Per un verso, il decreto n. 118 non ha definito in modo univoco il perimetro dei soggetti “strumentali” da considerare nel consolidamento. La norma rinvia a successivi decreti integrativi, ad oggi non adottati, il compito di identificare «*le tipologie di soggetti giuridici che costituiscono enti ed organismi strumentali ai fini dell’applicazione delle presenti disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio*

⁴⁹ Corte dei conti, sez. controllo regione Lombardia, n. 7/2012/PAR del 19 gennaio 2012.

vale a dire, l'omogeneizzazione dei regimi contabili tra amministrazioni e società – è ancora in uno stadio embrionale. Il decreto n. 118 prevede solo che le regioni e gli enti locali adottino «*la contabilità finanziaria cui affiancano, ai fini conoscitivi, un sistema di contabilità economico-patrimoniale, garantendo la rilevazione unitaria dei fatti gestionali sia sotto il profilo finanziario che sotto il profilo economico-patrimoniale*» (art. 2, comma 1).

Il completamento di questi passaggi sembra allora dipendere dalla fase di “sperimentazione”, originariamente della durata di due esercizi finanziari, prevista dall’art. 36 del decreto per l’intero nuovo assetto contabile. I tempi di questa sperimentazione, avviata con il d.P.C.M. 28 dicembre 2011 (v. anche il d.m. 13 luglio 2012 che ha escluso alcuni enti originariamente inseriti e il d.P.C.M. 29 marzo 2013 per l’individuazione degli enti nel secondo anno di sperimentazione) sono stati di recente estesi a tre esercizi finanziari dal d.l. n. 102/2013, art. 9 (in corso di conversione al momento in cui si scrive). Le prime indicazioni che la sperimentazione ha dato rispetto al consolidamento dei conti riguardano l’individuazione dei soggetti coinvolti e il modello di bilancio da seguire. L’individuazione degli enti e degli organismi pubblici strumentali avviene in base ai diritti di voto e agli obblighi di ripianare i disavanzi, o in virtù dell’influenza dominante esercitata dall’ente. Le società i cui conti sono da consolidare sono invece individuate sulla base della partecipazione al capitale o dell’influenza dominante (v. gli artt. 21-24 del d.P.C.M. 28 dicembre 2012). Il bilancio, secondo il modello societario, è suddiviso nel conto economico consolidato e nello stato patrimoniale consolidato (art. 20 e all. 11 al decreto).

4.2. Il consolidamento e i vincoli di finanza pubblica

Il legislatore è intervenuto nuovamente sul tema del consolidamento con previsioni puntuali volte ad anticiparne alcuni effetti, la prima delle quali è stata inserita nel d.l. n. 95/2012 sulla revisione della spesa pubblica (art. 6, comma 4). A decorrere dall’esercizio finanziario 2012, «*i Comuni e le Province*

ce allegano al rendiconto della gestione una nota informativa contenente la verifica dei crediti e debiti reciproci tra l'Ente e le società partecipate. La predetta nota, asseverata dai rispettivi organi di revisione, evidenzia analiticamente eventuali discordanze e ne fornisce la motivazione; in tal caso il Comune o la Provincia adottano senza indugio, e comunque non oltre il termine dell'esercizio finanziario in corso, i provvedimenti necessari ai fini della riconciliazione delle partite debitorie e creditorie». La disposizione si limita dunque ad agire sulla congruenza delle partite reciproche.

Il d.l. 174/2012, sulla finanza degli enti territoriali, ha invece collocato una disposizione sul bilancio consolidato nell'ambito di un articolato sistema di controlli che gli enti locali sono tenuti a istituire nei confronti delle loro partecipate non quotate (art. 147-*quater*). Gli enti debbono rilevare «*I risultati complessivi della gestione dell'ente locale e delle aziende non quotate partecipate [...] mediante bilancio consolidato, secondo la competenza economica*». La disposizione si applica inizialmente agli enti locali con popolazione superiore a 100.000 abitanti, a 50.000 abitanti per il 2014 e a 15.000 abitanti a decorrere dal 2015.

Il quadro definito dalle norme più recenti pare perciò rafforzare per più profili la doverosità del consolidamento dei bilanci. Idealmente, con il termine della sperimentazione di cui al d.l. 118/2011 e con il progressivo estendersi dell'ambito applicativo del d.l. n. 174/201, il consolidamento dovrebbe divenire un obbligo ineludibile per la totalità degli enti locali. Nondimeno, l'operazione potrebbe essere tanto più efficace quanto più fossero risolti alcuni aspetti che, al contrario, sono stati lasciati in sospeso.

Il primo sta nel definire in modo certo il perimetro del "gruppo municipale", risultato che potrebbe avversi ad esito della sperimentazione avviata dal d.P.C.M. 28 dicembre 2012, sviluppando le soluzioni già comprese nel decreto governativo. Il problema nasce dalla varietà dei soggetti che fanno parte del gruppo, in certi casi individuabili in base alla partecipazione al capitale, in altri privi di simile elemento patrimoniale e dunque bisognosi di altri criteri di identificazione.

Il passaggio successivo consiste nel rendere commensurabili le rispettive contabilità, essendo un principio essenziale del consolidamento quello dell'omogeneità dei conti che vengono consolidati. La legislazione dà al riguardo indicazioni limitate – si pensi alla contabilità economico-patrimoniale “a fini conoscitivi” prefigurata dal decreto n. 118/2011 – e anche il d.P.C.M. di sperimentazione si è limitato a prevedere la somma dei risultati dei conti derivanti dalle contabilità societarie e da quelle delle aziende e delle istituzioni (compilate, queste ultime, in base al d.m. 26 aprile 1995).

Il terzo aspetto risiede nel coordinare il principio del consolidamento con l’insieme degli obblighi e dei vincoli di finanza pubblica, per come ricadenti sugli enti locali e, autonomamente o in via derivata, sui soggetti controllati. È chiaro che le forme più o meno selettive di consolidamento rinvenibili nelle norme e nella giurisprudenza contabile sono dipese, almeno in parte, dall’esigenza di rimediare all’assenza dei bilanci consolidati. Lo stesso può dirsi per l’estensione ai soggetti controllati del patto di stabilità o di taluni vincoli derivanti dalla finanza pubblica. In astratto si può anche immaginare che il consolidamento conviva con obblighi puntuali in capo sia all’ente locale sia ai soggetti controllati. Questo disegno dovrebbe però seguire logiche lineari rischiando altrimenti di cadere in quelle incongruenze che la stessa giurisprudenza contabile ha rilevato ma alle quali non ha potuto porre rimedio proprio per l’assenza di indicazioni legislative chiare (v. *supra*, par. III.1.4.).

iFEL Fondazione ANCI
Istituto per la Finanza
e l'Economia Locale

Piazza San Lorenzo in Lucina 26
00186 Roma
Tel. 06.688161
Fax 06.68816268
e-mail: info@fondazioneifel.it
www.fondazioneifel.it

ISBN 978-88-6650-104-6



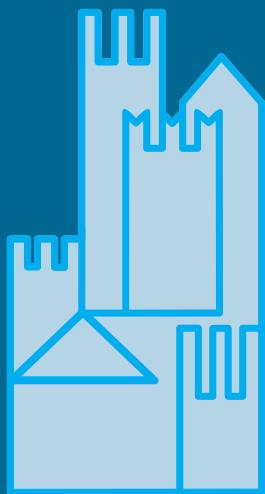
9 788866 501046

Le partecipazioni locali

**Limiti alle assunzioni/detenzioni
ed effetti su bilancio e personale**

Appendice giurisprudenziale e pareristica

iFEL Fondazione ANCI





Le partecipazioni locali

**Limiti alle assunzioni/detenzioni
ed effetti su bilancio e personale**

Appendice giurisprudenziale e pareristica

iFEL Fondazione ANCI

Indice

DELIBERE DELLA CORTE DEI CONTI, Sezioni di controllo riunite

1. Delibera della Corte dei Conti, sezioni riunite in sede di controllo, n. 8/CONTR/2010, in tema di trasferimento all'ente locale del personale delle società partecipate [/ 5](#)
2. Delibera della Corte dei Conti, sezioni riunite in sede di controllo, n. 3/CONTR/2012, in tema di trasferimento all'ente locale del personale delle società partecipate [/ 11](#)

DELIBERE DELLA CORTE DEI CONTI, Sezione di controllo per la Lombardia

3. Delibera della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, n. 459/2011/PRSE, in tema di abuso dello strumento societario da parte di un ente locale [/ 22](#)
4. Delibera della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, n. 7/2012/PAR, in tema di consolidamento dei bilanci [/ 57](#)
5. Delibera della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, n. 98/2013/PAR, in tema di debiti delle società a partecipazione pubblica [/ 89](#)

SENTENZE DEL CONSIGLIO DI STATO

6. Decisione del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, n. 1 del 03 marzo 2008, in tema di affidamento *in house* e società miste [/ 97](#)

SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

7. Sentenza della Corte Costituzionale n. 326 del 1° agosto 2008 in tema di società a partecipazione pubblica [/ 124](#)
8. Sentenza della Corte Costituzionale n. 325 del 17 novembre 2010 in tema di disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali [/ 140](#)
9. Sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 17 luglio 2012 in tema di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica [/ 189](#)

SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

10. Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08 in tema di affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società a capitale misto in cui il socio privato sia scelto mediante procedura ad evidenza pubblica [/ 203](#)

**DELIBERE
DELLA CORTE DEI CONTI
Sezione di controllo riunite**

1

1. Delibera della Corte dei Conti, sezioni riunite in sede di controllo, n. 8/CONTR/2010, in tema di trasferimento all'ente locale del personale delle società partecipate.

È legittima, e non viola il principio della concorsualità di cui all'art. 97, comma 3, Cost., la ricostituzione del rapporto di lavoro di dipendenti comunali precedentemente trasferiti presso una società concessionaria, se l'atto di trasferimento prevedeva espressamente una condizione risolutiva legata al verificarsi di determinate circostanze.

Le Sezione regionale di controllo del Veneto della Corte dei Conti ha ricevuto dal comune di Cornedo Vicentino una richiesta di parere in materia di contabilità pubblica.

La questione ineriva la ricostituzione del rapporto di lavoro per tre dipendenti precedentemente trasferiti presso la società concessionaria deputata ad espletare il ciclo completo di gestione dei rifiuti. Il comune riferiva in proposito *"di aver concluso un'intesa con le organizzazioni sindacali in cui si prevede il diritto per i lavoratori alla ricostituzione del rapporto di lavoro presso l'amministrazione comunale, nella medesima posizione giuridica ed economica anteriore al trasferimento, qualora entro 5 anni dalla data del trasferimento stesso si fosse verificata la disponibilità della dotazione organica di posti relativi a profili professionali corrispondenti alle mansioni svolte"*.

La sezione regionale, rilevata l'esistenza di un contrasto interpretativo sulla materia esistente tra le sezioni regionali, ha deferito la questione alle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei Conti.

Le Sezioni centrali hanno rilevato che *"fin dal momento genetico in cui è avvenuto il trasferimento dei dipendenti del Comune di Cornedo Vicentino presso la società concessionaria [...] sia stata prevista la ricostituzione del rapporto di lavoro"*, al verificarsi di determinate condizioni.

Si era dunque in presenza di *"una condizione risolutiva dell'atto di trasferimento legata ad una pluralità di circostanze. Da un lato l'espressa volontà dei dipendenti trasferiti di rientrare nell'ambito dell'apparato comunale, dall'altra l'esistenza di un concreto interesse pubblico alla riammissione dei dipendenti stessi"*. Afferma dunque la Corte che la ri-ammissione è legittima, e non lede il principio della concorsualità, se ricorrono alcune condizioni, quali:

- *"la persistenza di una carenza organica nei ruoli e per le funzioni di competenza dei dipendenti già trasferiti presso la società concessionaria;*
- *la disponibilità di risorse economiche per sostenere gli oneri connessi al re-inquadramento;*
- *l'espressa volontà dell'amministrazione di procedere alla copertura dei posti scoperti mediante la ri-ammissione dei dipendenti;*
- *l'inquadramento dei dipendenti nella medesima posizione giuridico-economica rivestita anteriormente al trasferimento presso la società concessionaria".*



Corte dei Conti

Presidente: dott. Tullio LAZZARO

Presidenti di sezione: dott. Fabrizio TOPI, dott. Giuseppe S. LAROSA, dott. Gian Giorgio PALEOLOGO, dott. Maurizio MELONI

Consiglieri: dott. Paolo NERI, dott. Mario FALCUCCI, dott. Giuseppe COGLIANDRO, dott. Antonio DE SALVO, dott. Ernesto BASILE, dott. Simonetta ROSA, dott. Guido MACCAGNO, dott. Francesco PETRONIO, dott. Antonio FRITTELLA, dott. Giovanni COPPOLA, dott. Mario NISPI LANDI, dott. Vincenzo GUIZZI, dott. Massimo ROMANO, dott. Vincenzo PALOMBA, dott. Cinzia BARISANO, dott. Giovanni MOCCI, dott. Quirino LORELLI

I Referendari: dott. Adelisa CORSETTI, dott. Andrea BALDANZA, dott. Oriana CALABRESI, dott. Laura CAFASSO, dott. Francesco TARGIA, dott. Giancarlo ASTEGIANO, dott. Donatella SCANDURRA, dott. Luisa de PETRIS, dott. Alessandra SANGUIGNI

A Sezioni riunite in sede di controllo

Adunanza del 26 marzo 2010

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni; Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20 e successive modificazioni; Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Visto l'articolo 1, commi 166 – 168 della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (finanziaria 2006); Visto il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, approvato dalle Sezioni riunite con la deliberazione n. 14 del 16 giugno 2000 e modificato dalle stesse con deliberazioni n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004, e dal Consiglio di Presidenza con deliberazione n. 229 del 19 giugno 2008; Vista la legge 4 marzo 2009, n. 15; Visto l'articolo 17, comma 31 della legge 3 agosto 2009, n. 102 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78; Vista la delibera della Sezione regionale del controllo per la Regione Veneto del 12 ottobre 2009, n. 164, di rimessione della pronuncia sulla richiesta di parere avanzata dal Comune di Cornedo Vicentino (VI) in quanto inerente questione di massima; Vista la nota n. 17 marzo 2010, con la quale il presidente della Corte ha convocato le Sezioni Riunite per l'adunanza odierna; Udito il relatore,

I° Referendario Andrea Baldanza;

DELIBERA

di approvare l'unito documento, che è parte integrante della presente deliberazione, riguardante "Pronuncia di orientamento generale proposto dalla Sezione Regionale di controllo del Veneto, ai sensi dell'art. 17, comma 31 della legge 3 agosto 2009, n. 102" Dispone che copia della presente deliberazione e del relativo allegato, a cura della Segreteria della Sezione, sia trasmessa per il tramite del Servizio di supporto alle Sezioni regionali. Manda, altresì, alla Segreteria di comunicare la deliberazione stessa al Sindaco del Comune di Cornedo Vicentino ed al Presidente del Consiglio Comunale.

Il Relatore f.to I° Ref. Andrea Baldanza

Il Presidente f.to Tullio Lazzaro

Depositata in Segreteria il 15 aprile 2010

Il Dirigente f.to Patrizio Michetti

1. La questione sollevata innanzi alle Sezioni Riunite.

La Sezione regionale del controllo del Veneto ha ricevuto dal Comune di Cornedo Vicentino (VI) una richiesta di parere in materia di contabilità pubblica ai sensi dell'art.7, comma 8 della legge 5 giugno 2003, n.131.

La questione inerisce alla ricostituzione del rapporto di lavoro per tre dipendenti precedentemente trasferiti presso la società concessionaria deputata ad espletare il ciclo completo di gestione dei rifiuti. Il Comune riferisce di aver concluso un'intesa con le organizzazioni sindacali in cui si prevede il diritto per i lavoratori alla ricostituzione del rapporto di lavoro presso l'amministrazione comunale, nella medesima posizione giuridica ed economica anteriore al trasferimento, qualora entro 5 anni dalla data del trasferimento stesso si fosse verificata la disponibilità della dotazione organica di posti relativi a profili professionali corrispondenti alle mansioni svolte.

La Sezione regionale del controllo, nell'esaminare la questione *de quo*, ha registrato la presenza di due interpretazioni antagoniste. Su una questione analoga, infatti, si era pronunciata la stessa Sezione regionale del Veneto che, muovendo dall'inderogabilità della procedura concorsuale, ai sensi dell'art. 97, 3° comma, Cost. e tenendo conto dell'art. 35 del D.Lgs. n.165 del 2001 e del necessario adeguamento di qualsiasi regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi di ogni ente locale, ha "escluso qualsiasi passaggio diretto del personale da soggetti privati a pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende anche nell'ipotesi di successiva ripresa dell'attività da parte della medesima pubblica amministrazione" (così Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr. Veneto, Adunanza 8 Maggio 2008, n.18).

La Sezione regionale del controllo della Lombardia, con riferimento alla reimmissione in ruolo del personale già trasferito presso una società partecipata dalla stessa amministrazione municipale, ha, invece, riconosciuto la possibilità della "reintegra ai sensi dell'art. 2112 del codice civile, avendo [l'ente] assunto precisi

impegni, con la sottoscrizione di un patto con le rappresentanze sindacali" (così Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr. Lombardia, Adunanza 11 settembre 2008, n. 68).

La Sezione del controllo per il Veneto, mediante la deliberazione dell'8 ottobre 2009, n.164, ha rimesso la questione al Presidente della Corte dei conti, ravvisando un contrasto di interpretazioni fra sezioni regionali offrendo così attuazione all'art.17, comma 31 della legge 3 agosto 2009, n. 102 di conversione del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78 secondo cui "al fine di garantire la coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica, anche in relazione al federalismo fiscale, il Presidente della Corte medesima può disporre che le sezioni riunite adottino pronunce di orientamento generale sulle questioni risolte in maniera difforme dalle sezioni regionali di controllo nonché sui casi che presentano una questione di massima di particolare rilevanza".

Atteso che la presente questione costituisce una ipotesi di prima attuazione della disposizione sopra citata appare necessario, preliminarmente, definire le procedure di rimessione delle questioni inerenti all'attività consultiva, dalle Sezioni regionali del controllo a queste Sezioni Riunite.

2. Le procedure di rimessione delle questioni di massima ovvero relative a contrasti interpretativi fra le sezioni regionali.

L'art.17, comma 31 della legge 102 del 2009 assegna a queste Sezioni Riunite il potere di affermare principi a carattere di "orientamento generale" nei confronti delle sezioni competenti a pronunciarsi in materia consultiva. Trattasi di un potere assimilabile alla c.d. nomofilachia di cui all'art.65 del Regio Decreto 30 gennaio 1941 n.12 (legge sull'ordinamento giudiziario), che intesta alla Corte di Cassazione il compito di "garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale". Rispetto alle richieste di parere sollecitate dalle amministrazioni locali, la Corte dei conti esercita un potere di stretta interpretazione delle disposizioni, talché l'ordinamento ha ritenuto di individuare una sede ove comporre eventuali antinomie interpretative. L'unitarietà interpretativa della Corte dei conti, oltre a garantire l'esatta attuazione della legge rispetto alle singole questioni costituisce altresì il presupposto perché la funzione consultiva possa giovare alle stesse amministrazioni.

L'intestazione a queste Sezioni Riunite di un potere di indirizzo interpretativo, impone, tuttavia, un aggiornamento delle procedure attraverso cui i le questioni di maggiore rilievo, ovvero i contrasti interpretativi insorti fra le sezioni regionali, destinatarie delle richieste di parere avanzate in materia di contabilità pubblica, possano essere ridotti ad unità.

Il riparto delle competenze nell'ambito dell'attività consultiva prevista dall'art.7, comma 8 della legge 5 giugno 2003, n.131 è stato oggetto di una pluralità di atti e pronunce. In via di prima applicazione, i limiti della funzione ed il riparto fra le articolazioni della Corte dei conti è stata tratteggiata con le lettere del Presidente della Corte dei conti, in qualità di Presidente della Sezione Autonomie, del 20 maggio 2004. A queste ha fatto seguito la delibera della Sezione delle Autonomie del 4 giugno 2009, n.9 nonché, successivamente all'introduzione dell'art.17, comma 31 della legge, n. 102 del 2009, un'ulteriore lettera del Presidente della Corte dei conti del 28 settembre 2009.

In via preliminare si deve ribadire che il sopracitato art.7, comma 8 della legge 131 del 2003 assegna alle sezioni regionali della Corte dei conti la competenza a pronunciarsi sulle richieste di parere. Pertanto sono le suddette articolazioni di questa Corte dei conti a dover verificare, in via pregiudiziale, l'effettiva ascrivibilità della questione sollevata all'interno della contabilità pubblica. Solo laddove si manifestino contrasti interpretativi o vi sia l'esigenza di affrontare questioni di portata o rilievo nazionale si deve ravvisare la competenza di queste Sezioni Riunite. La natura collaborativa sottesa alla funzione consultiva deve indurre tutte le sezioni regionali a valutare con la massima attenzione l'esistenza della propria competenza, al fine di evitare contrasti interpretativi inerenti all'ammissibilità delle richieste di parere. È di tutta evidenza che un'eventuale declaratoria di inammissibilità della richiesta di parere da parte di queste Sezioni riunite rispetto ad un parere precedentemente reso da parte di una sezione regionale, oltre a rendere incerta l'utilizzabilità del parere stesso, minerebbe l'utilità della funzione consultiva.

Particolare attenzione deve essere prestata in merito alla natura degli interessi sottesi alla richiesta di parere considerando che le funzioni di pertinenza delle amministrazioni regionali e territoriali, sono sempre più spesso intestati ad enti strumentali o organismi aggregativi di più amministrazioni territoriali (es. enti delegati ad espletare funzioni regionali, unione di comuni, comunità montane).

La sezione regionale destinataria della richiesta di parere è altresì tenuta a curare l'attività istruttoria, verificando, preliminarmente, l'esistenza di pronunce da parte di altre sezioni regionali sulla stessa questione. Ove la Sezione regionale ravvisi di non aderire alla pregressa interpretazione, è tenuta a pronunciarsi individuando gli argomenti secondo cui ritiene di discostarsi dalla precedente pronuncia.

Parimenti laddove il rilievo del parere richiesto investa profili di coordinamento della finanza pubblica tali da meritare, in astratto, la qualifica di "questione di massima", la Sezione regionale deve rimettere la questione a queste Sezioni Riunite della Corte dei conti.

In entrambe le circostanze, le singole sezioni regionali sono, pertanto, tenute a rendere una delibera di remissione a queste Sezioni Riunite per il tramite del Presidente della Corte dei conti. L'art.17, comma 31 della legge 102 del 2009, intesta infatti al Presidente della Corte dei conti una facoltà, e non un dovere, di convocazione delle Sezioni Riunite ("il Presidente della Corte medesima può disporre che le Sezioni Riunite adottino pronunce di orientamento generale").

Il potere del Presidente della Corte dei conti deve essere tuttavia circoscritto ad una mera delibazione delle questioni prospettate, finalizzata a verificare l'attualità del contrasto fra le Sezioni regionali, stante la possibilità che più richieste intervengano, in tempi diversi, riguardo alla medesima questione, ovvero l'effettiva riconducibilità della richiesta di parere nel novero delle competenze delle Sezioni Riunite. Il Presidente della Corte dei conti, nell'ambito di tale attività di delibazione, può avvalersi della Sezione delle Autonomie. In ogni caso, il Presidente della Corte dei conti adotta le proprie decisioni mediante decreto motivato, convocando queste Sezioni Riunite, ovvero disponendo la restituzione degli atti alla Sezione regionale.

Il potere del Presidente della Corte dei conti di convocare queste Sezioni Riunite, contiene, implicitamente, anche la possibilità di rimettere d'ufficio questioni di massima ovvero questioni concernenti antinomie sorte fra sezioni regionali, eventualmente su sollecitazioni della Sezione delle Autonomie.

L'individuazione di una procedura di rimessione fra le sezioni regionali o la Sezione delle Autonomie e queste Sezioni Riunite impone altresì la fissazione di un termine, atteso che la pregressa delibera della Sezione delle Autonomie n.9 del 2009, lasciava lo stesso indefinito. L'attenzione posta dal legislatore alla temporizzazione dell'azione amministrativa, ha indotto a fissare in 20 giorni il termine ultimo entro cui deve essere perfezionata l'attività consultiva (cfr. art.16 della legge 7 agosto 1990, n.241). Tale disposizione, ovviamente, non si applica all'attività consultiva demandata alla Corte dei conti, pur tuttavia sembrerebbe utile fissare il termine delle pronunce in un mese dalla trasmissione della Sezione regionale.

3. La questione sollevata dal Comune di Cornedo Vicentino.

Con riferimento al merito della questione rimessa all'odierna adunanza, appare decisiva la circostanza che fin dal momento genetico in cui è avvenuto il trasferimento dei dipendenti del Comune di Cornedo Vicentino presso la società concessionaria deputata a curare l'intero ciclo dei rifiuti (comprendente anche la gestione amministrativa della tassa sui rifiuti), sia stata prevista la ricostituzione del rapporto di lavoro "nella medesima posizione giuridica ed economica rivestita prima del trasferimento qualora entro 5 anni dalla data del trasferimento si verifichi – per dimissioni, pensionamento, mobilità o modifiche della dotazione organica – la disponibilità nella dotazione organica del Comune".

Trattasi di una condizione risolutiva dell'atto di trasferimento legata ad una pluralità di circostanze. Da un lato l'espressa volontà dei dipendenti trasferiti di rientrare nell'ambito dell'apparato comunale, dall'altra l'esistenza di un concreto interesse pubblico alla riadmissione dei dipendenti stessi. In questa prospettiva, la riadmissione del personale del Comune di Cornedo Vicentino all'interno dell'organico dell'apparato municipale appare legittimo in quanto conforme all'interesse pubblico. Condizioni necessarie perché si possa procedere alla riadmissione in servizio sono:

- la persistenza di una carenza organica nei ruoli e per le funzioni di competenza dei dipendenti già trasferiti presso la società concessionaria;
- la disponibilità di risorse economiche per sostenere gli oneri connessi al re-inquadramento;
- l'espressa volontà dell'amministrazione di procedere alla copertura dei posti scoperti mediante la ri-admissione dei dipendenti;
- l'inquadramento dei dipendenti nella medesima posizione giuridico-economica rivestita anteriormente al trasferimento presso la società concessionaria.

In presenza di tali condizioni, anche a prescindere dall'applicazione dell'art.2112 c.c., l'amministrazione, ove ritenga corrispondente all'interesse pubblico integrare il proprio organico, può disporre il re-inquadramento dei dipendenti già trasferiti presso la società concessionaria, senza ledere il principio della concorsualità.

Nelle suesposte considerazioni è il parere delle Sezioni Riunite. Copia della presente deliberazione sarà trasmessa, per il tramite del Servizio di supporto, all'Amministrazione interessata.

Così deliberato in Roma, nella Camera di Consiglio del 26 marzo 2010. Roma, 12 aprile 2010

Il 1^o Referendario"

2. Delibera della Corte dei Conti, sezioni riunite in sede di controllo, n. 3/CONTR/2012, in tema di trasferimento all'ente locale del personale delle società partecipate.

Gli enti locali, in caso di reinternalizzazione di servizi precedentemente affidati a soggetti esterni, non possono derogare alle norme introdotte dal legislatore statale in materia di contenimento della spesa per il personale, trattandosi di disposizioni, di natura cogente, che rispondono a imprescindibili esigenze di riequilibrio della finanza pubblica.

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia ha deferito alle Sezioni Riunite in sede di controllo una questione di massima di particolare rilevanza. Il quesito ha ad oggetto *"se, alla luce del principio costituzionale sancito dall'art. 97, primo comma della Costituzione, nonché dei principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, l'obiettivo di contenimento della spesa pubblica può essere raggiunto anche disattendendo i vincoli stabiliti dalla normativa in materia di assunzioni e di spesa di personale, qualora la gestione diretta di un servizio con personale dipendente risulti più conveniente di una gestione effettuata mediante affidamento in convenzione del servizio stesso"*.

La questione sostanzialmente riguarda la possibilità *"in caso di reinternalizzazione di servizi precedentemente affidati a soggetti esterni, di assumere nuovo personale, in deroga ai vincoli stabiliti normativamente alla spesa di personale, qualora tale operazione risulti più economica, efficiente ed efficace"*.

La Corte analizza preliminarmente il quadro normativo vigente, evidenziando in questo *"incongruenze e criticità che, per il rilievo costituzionale degli interessi coinvolti e per i rilevanti impatti in tema di finanza pubblica, non sembrano superabili attraverso una interpretazione, sia pur evolutiva, delle norme vigenti, ma necessitano dell'intervento del legislatore"*. Individua comunque, quale ratio ispiratrice dei vari interventi normativi succedutisi nel tempo, *"un più ampio sforzo di contenimento delle spese correnti del settore, diretto ad evitare il rischio di un ulteriore peggioramento dei saldi di finanza pubblica. [Sforzo cui] sostanzialmente rispondono anche i principi generali che ispirano il legislatore in materia di spese per il personale degli enti locali che soggiacciono ai vincoli del patto di stabilità interno"*.

Ritiene dunque la Corte di non potersi discostare *"da una linea interpretativa coerente con la natura vincolante delle norme introdotte dal legislatore statale in materia di contenimento della spesa per il personale che rispondono [...] a imprescindibili esigenze di riequilibrio della finanza pubblica per ragioni di coordinamento finanziario, connesse ad obiettivi nazionali ancorati al rispetto di rigidi obblighi comunitari"*.

Tali disposizioni, essendo di natura cogente, non possono poi essere disapplicate *"alla luce dei principi aziendalistici di efficienza, efficacia ed economicità che, sia pur codificati nella legge 241/90, rappresentano principi generali sul procedimento amministrativo non estensibili alle leggi che disciplinano in modo peculiare un determinato ambito"*.



Corte dei Conti

N. 3/CONTR/12

A Sezioni riunite in sede di controllo

Presiedute dal Presidente della Corte, Luigi GIAMPAOLINO e composte dai magistrati

Presidenti di sezione

Vittorio ZAMBRANO, Giuseppe A. LAROSA, Maurizio MELONI, Pietro DE FRANCISCIS, Luigi MAZZILLO, Rita ARRIGONI, Mario FALCUCCI, Gaetano D'AURIA;

Consiglieri

Carlo CHIAPPINELLI, Simonetta ROSA, Ermanno GRANELLI, Francesco PETRONIO, Antonio FRITTELLA, Giovanni COPPOLA, Mario NISPI LANDI, Vincenzo PALOMBA, Cinzia BARISANO, Luigi PACIFICO, Natale A.M. D'AMICO, Ugo MARCHETTI, Andrea BALDANZA,

Primo Referendario

Alessandra SANGUIGNI.

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni;

vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20 e successive modificazioni;

visto il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo, approvato dalle Sezioni riunite con deliberazione 16 giugno 2000, n. 14/DEL/2000, poi modificato dalle stesse Sezioni riunite con le deliberazioni 3 luglio 2003, n. 2 e 17 dicembre 2004, n. 1 e dal Consiglio di Presidenza con la deliberazione 19 giugno 2008, n. 229 e, in particolare, l'art. 6, comma 2;

visto l'art. 7, comma 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131;

visto l'art. 17, comma 31 del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102;

vista la richiesta di parere avanzata dal Comune di Porto Mantovano il 20 maggio 2011; vista la deliberazione della Sezione regionale di controllo per la Regione Lombardia n. 428/2011/QMIG del 9 giugno 2011, di rimessione della questione di massima di particolare rilevanza sulla richiesta presentata dal Comune;

vista la deliberazione della Sezione delle Autonomie n. 12/AUT/2011/QMIG del 4 novembre 2011;

vista l'ordinanza presidenziale del 19/12/2011 n. 18 di deferimento alle Sezioni riunite in sede di controllo della questione prospettata dalla Sezione regionale di controllo nella delibera sopra richiamata;

udito nella camera di consiglio del 22 dicembre 2011, il relatore cons. Vincenzo Palomba;

RITENUTO

Con deliberazione 428/2011/QMIG del 9 giugno 2011, la Sezione regionale di controllo per la Lombardia ha deferito alle Sezioni Riunite in sede di controllo, ai sensi dell'art. 17, comma 31, del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78 (convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102), una questione di massima di particolare rilevanza. Il quesito ha ad oggetto se, alla luce del principio costituzionale sancito dall'art. 97, primo comma della Costituzione, nonché dei principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, l'obiettivo di contenimento della spesa pubblica può essere raggiunto anche disattendendo i vincoli stabiliti dalla normativa in materia di assunzioni e di spesa di personale, qualora la gestione diretta di un servizio con personale dipendente risulti più conveniente di una gestione effettuata mediante affidamento in convenzione del servizio stesso.

La questione di massima, proposta dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia, trae origine da una richiesta di parere formulata dal Sindaco del Comune di Porto Mantovano nella quale si rappresenta che attualmente l'ente ha affidato direttamente ad una società per azioni mista, partecipata al 66,6 per cento dall'ente e per la restante quota da privati e da altri enti pubblici, la realizzazione di alcune fasi delle attività relative alla gestione dell'entrata tributaria ICI, per una spesa annua, comprensiva di IVA, di euro 55.896,00. La società realizza il servizio attraverso l'impiego di un dipendente, che utilizza i software gestionali dei tributi, nonché gli accessi alle banche dati di altri enti (es. Agenzia del Territorio) messi gratuitamente a disposizione dal Comune. Peraltro l'ente assume la responsabilità diretta di ogni atto o provvedimento inerente il tributo che, in esito ai procedimenti amministrativi istruiti dalla società, viene sottoscritto dal responsabile del servizio comunale ed emesso nei confronti dei cittadini o dei terzi.

Il Sindaco aggiunge che, sia per adeguarsi alla normativa introdotta in materia di affidamenti diretti, sia per valutazioni in termini di economicità della gestione del servizio, intenderebbe risolvere l'affidamento in essere e occuparsi direttamente della complessiva gestione del tributo con personale dipendente di nuova assunzione, non essendo possibile sopperire all'espletamento del servizio con il personale già alle dipendenze dell'ente.

Tale soluzione, pur presentando l'ente un complesso di parametri virtuosi (incidenza della spesa del personale sulle spese correnti, rapporto medio dipendenti/popolazione, rispetto del patto di stabilità), sarebbe tuttavia incompatibile con le disposizioni di cui all'art. 1, comma 557 della legge 296/2006 (da ultimo modificato dalla legge 111 del 2011) – che richiede una progressiva riduzione delle spese di personale - e con l'art. 76, comma 7 della legge n. 133/2008

(successivamente modificato dalla legge 111 del 2011) che concede agli enti soggetti al patto di stabilità la possibilità di procedere alla assunzione di personale nel solo limite del 20 per cento della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente.

Nella relazione di deferimento, la Sezione regionale di controllo - ritenuta la richiesta di parere ammissibile sia dal punto di vista soggettivo che da quello oggettivo - sembra paventare un conflitto di norme, atteso che la normativa statale di coordinamento della finanza pubblica, improntata su una logica di tagli fondata sulla spesa storica, potrebbe trovare il suo punto di criticità e di inconciliabilità con i principi di economicità, efficienza ed efficacia che, codificati nella legge 241 del 1990, si riconducono ai principi costituzionali sanciti dall'art. 97 Cost. e, in quanto parametri di legittimità e non di mera opportunità, devono informare l'agire dell'amministrazione.

In questo quadro normativo, la Sezione ha prospettato la possibilità di un'interpretazione estensiva dei commi 557, 557 bis e 557 ter dell'art. 1 della l. n. 296/2006 e dell'art. 76 della legge n. 133/2008) purché ancorata a precisi parametri per evitare forme elusive. In quest'ottica, gli stringenti vincoli in materia di spesa per il personale potrebbero essere sostanzialmente osservati qualora l'ente locale predetermini precisi parametri che mettano in luce quanto meno la neutralità della forma organizzativa rispetto al vincolo di legge.

Aggiunge ancora la Sezione che, se si avallasse una interpretazione strettamente letterale delle norme in esame, si precluderebbe agli enti locali, che hanno in passato esternalizzato servizi a organismi esterni misti o privati, di reinternalizzare i servizi medesimi. Infatti, una reinternalizzazione del servizio implementerà sempre la generica voce della spesa per il personale dell'ente locale se questa non può essere messa a confronto con la spesa sostenuta allo stesso titolo nell'altra forma organizzativa.

Sul punto è intervenuta anche la Sezione delle Autonomie (deliberazione 12 del 4 novembre 2011) nell'ambito della quale sono emersi due indirizzi interpretativi.

Il primo indirizzo propende per una interpretazione letterale e quindi rigorosa delle norme che pongono vincoli alle assunzioni di personale, anche alla luce delle modifiche apportate recentemente dalla legge 111/2011 che ha compreso le spese del personale delle società partecipate ai fini del computo della incidenza percentuale delle spese di personale con le spese correnti di cui al nuovo art. 76, comma 7 della legge 133 del 2008.

Il secondo indirizzo propende per una interpretazione delle norme volte a favorire l'estinzione degli organismi partecipati e la reinternalizzazione dei servizi pubblici. In tale direzione si offre una interpretazione estensiva delle recenti modifiche portate all'art. 76 comma 7 della legge 133/2008 ritenendo che l'inciso, anche se si riferisce in modo diretto alla percentuale di calcolo della spesa di personale, in effetti intenda individuare una dotazione organica complessiva tra ente locale e società partecipata. Tale interpretazione estensiva consentirebbe la reinternalizzazione del personale, fermo il rispetto del rapporto spesa corrente e

spesa per il personale, nel senso che il limite del 20 per cento riguarderebbe solo le nuove assunzioni non determinate dal processo di reinternalizzazione.

CONSIDERATO

1. La questione sottoposta all'esame delle Sezioni Riunite ha ad oggetto sostanzialmente la possibilità, in caso di reinternalizzazione di servizi precedentemente affidati a soggetti esterni, di assumere nuovo personale, in deroga ai vincoli stabiliti normativamente alla spesa di personale, qualora tale operazione risulti più economica, efficiente ed efficace.

La soluzione del quesito presuppone una sintetica ricostruzione dell'attuale quadro normativo che, pur nel generale obiettivo del contenimento della spesa pubblica, evidenzia incongruenze e criticità che, per il rilievo costituzionale degli interessi coinvolti e per i rilevanti impatti in tema di finanza pubblica, non sembrano superabili attraverso una interpretazione, sia pur evolutiva, delle norme vigenti, ma necessitano dell'intervento del legislatore.

Premesso che appartiene alla sfera discrezionale della singola amministrazione la scelta concreta delle modalità gestionali più idonee a soddisfare le varie esigenze connesse alle finalità istituzionali, si rileva, a livello normativo, un indirizzo progressivamente più restrittivo in relazione all'affidamento di incarichi esterni alle amministrazioni e in particolare in ordine al processo di esternalizzazione dei servizi propri degli enti territoriali.

Molti sono stati in particolare gli interventi normativi, spesso di difficile interpretazione, aventi ad oggetto le società a partecipazione pubblica, volti a tutelare la concorrenza e le regole del mercato nonché a contenere i costi delle pubbliche amministrazioni. Già a partire dalla legge n. 244/2007 (finanziaria 2008, art. 3, commi 27-32) è stato introdotto il divieto di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali ed è stato previsto, in caso di assunzione di partecipazioni consentite, l'obbligo di adottare provvedimenti concernenti il trasferimento di adeguate risorse finanziarie, umane e strumentali e di provvedere alla rideterminazione della propria dotazione organica. Tale ultima disposizione ha trovato più ampia applicazione nell'art. 6 bis del d.lgs. n. 165/2001 (introdotto dalla legge n. 69/2009) in base al quale le pubbliche amministrazioni sono state autorizzate ad acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione e di adottare le necessarie misure in materia di personale e di riduzione e di rideterminazione delle dotazioni organiche, avviando i conseguenti processi di riallocazione e di mobilità del personale. Processi di mobilità rafforzati dalla recente legge n. 183/2010 che ha esplicitamente esteso le disposizioni di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 165/2001 al personale adibito ad attività e servizi esternalizzati o trasferiti ad altri soggetti pubblici.

Il possibile ricorso allo schema societario per eludere le normative pubblicistiche in tema di controlli sulla finanza pubblica nonché in tema di tutela della concorrenza, sta alla base della disposizione contenuta nell'art. 14, comma 32 del DL n. 78/2010 (convertito dalla legge n. 122/2010 e da ultimo modificato

dall'art. 16, comma 27 del DL n. 138/2011, convertito dalla legge n. 148/2011) che ha previsto, da un lato, il divieto di costituzione o partecipazione a società dei comuni con meno di 30.000 abitanti e la possibilità di detenere una sola partecipazione da parte dei comuni fino a 50.000 abitanti e, dall'altro, la messa in liquidazione o la cessione delle partecipazioni nelle società già costituite (con l'eccezione delle società finanziariamente sane).

L'obbligo di liquidazione delle società o di cessione delle relative quote ha trovato ulteriore conferma nel DL n. 98/2011 (convertito dalla legge n. 111/2011) che ha incluso l'attuazione delle operazioni di dismissione delle partecipazioni societarie tra i criteri di virtuosità dei comuni ai fini del rispetto dei vincoli posti dal nuovo patto di stabilità interno. Nella stessa direzione l'art. 5 del successivo DL n. 138/2011 (convertito con dalla legge n. 148/2011) ha introdotto incentivi economici destinati ad investimenti infrastrutturali per gli enti territoriali che procedono, entro il 2012 e il 2013, alla dismissione di partecipazioni azionarie in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, diversi dal servizio idrico.

Sempre in relazione alla gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, originariamente esclusi da un espresso obbligo di dismissione, le disposizioni dettate dall'art. 23 bis della legge n. 133/2008 (e dal d.P.R. 168/2010), sostanzialmente rielaborate nell'art. 4 del recente DL n. 138/2011 (convertito dalla legge n. 148/2011), hanno ridisegnato il quadro normativo concernente le procedure di conferimento della gestione a privati. Le nuove regole, nel confermare il precedente sistema, hanno modificato il regime degli affidamenti in house della gestione dei servizi pubblici locali e le relative disposizioni transitorie; hanno confermato l'assoggettamento delle società in house al patto di stabilità interno; hanno esteso alle società a partecipazione pubblica, anche minoritaria, l'obbligo di adottare con propri provvedimenti criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi di cui al d.lgs. n. 165/2001; sembrano, infine, aver affievolito, in linea con la più recente giurisprudenza amministrativa, il divieto delle gestioni dirette dei servizi pubblici locali da parte degli enti locali.

Tale nuovo quadro ordinamentale - sostanzialmente improntato ad un disfavore verso l'affidamento all'esterno di servizi e attività considerate non strategiche (o comunque non compatibili con le finalità istituzionali dell'ente locale) ed al recupero di una effettiva concorrenzialità nell'affidamento di servizi di rilevanza economica - si riconduce, nell'attuale contingenza, ad un più ampio sforzo di contenimento delle spese correnti del settore, diretto ad evitare il rischio di un ulteriore peggioramento dei saldi di finanza pubblica.

Si tratta di un obiettivo cui sostanzialmente rispondono anche i principi generali che ispirano il legislatore in materia di spese per il personale degli enti locali che soggiacciono ai vincoli del patto di stabilità interno.

Le disposizioni attualmente vigenti prevedono infatti, da un lato, l'obbligo di ridurre annualmente la spesa per il personale (commi 557, 557 bis e 557 ter dell'art. 1 della legge 296/2006 come successivamente più volte modificato) e, dall'altro, la necessità di rispettare un rapporto strutturale tra spese del personale e spese correnti, cui si riconduce la possibilità di procedere ad assunzioni di personale a

tempo indeterminato nel limite del 20 per cento della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente. Ai fini del computo di detta percentuale si calcolano anche le spese sostenute dalle società a partecipazione pubblica locale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale non avente carattere industriale né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica (art. 20, comma 9 del DL n. 98/2011, convertito dalla legge n. 111/2011).

La rigida applicazione di tali disposizioni pone seri limiti agli enti locali nella scelta organizzativa più idonea nella gestione dei servizi e delle attività connesse alle attività istituzionali, atteso che – come sottolineato dalla Sezione remittente – la possibilità di reinternalizzare un servizio precedentemente affidato all'esterno, pur se più economica, efficiente ed efficace, è destinata comunque ad incidere sulla complessiva voce di spesa per il personale se questa non può essere rapportata anche alla spesa sostenuta allo stesso titolo nell'altra forma organizzativa.

Tale criticità, inoltre, emerge proprio nell'ambito degli enti locali più virtuosi che, oltre a presentare parametri contabili ottimali, hanno correttamente trasferito personale, risorse e beni strumentali alla società affidataria, provvedendo nel contempo alla necessaria riduzione delle spese per il personale e alla rideterminazione delle piante organiche. A fronte di una dotazione organica fortemente ridimensionata sotto il profilo numerico e finanziario, la necessità di rispettare i vincoli di finanza pubblica potrebbe, pertanto, condizionare la stessa gestione diretta del servizio pur essendo tale forma suscettibile di realizzare una minor spesa.

2. Pur nella piena consapevolezza di tali obiettive criticità del sistema, questo Collegio non può discostarsi da una linea interpretativa coerente con la natura vincolante delle norme introdotte dal legislatore statale in materia di contenimento della spesa per il personale che rispondono – come più volte ribadito anche dalla Corte Costituzionale - a imprescindibili esigenze di riequilibrio della finanza pubblica per ragioni di coordinamento finanziario, connesse ad obiettivi nazionali ancorati al rispetto di rigidi obblighi comunitari.

Le citate disposizioni di natura cogente, qualora non sottoposte al vaglio costituzionale, non appaiono inoltre meramente disapplicabili alla luce dei principi aziendalistici di efficienza, efficacia ed economicità che, sia pur codificati nella legge 241/90, rappresentano principi generali sul procedimento amministrativo non estensibili alle leggi che disciplinano in modo peculiare un determinato ambito. Si tratta infatti di principi che operano come vincolo finalistico e come parametro di valutazione della sfera discrezionale dell'azione amministrativa della quale consentono il sindacato sotto il profilo dell'eccesso di potere; giudizio, questo, di complessa valutazione, che attiene, all'adeguamento dei mezzi impiegati al risultato da raggiungere, all'economicità complessiva dell'azione amministrativa, alla snellezza, tempestività e celerità nel conseguimento degli scopi istituzionali. Valutazioni che, nell'ipotesi all'esame, si sostanziano non solo nel prospettato riS.p.Armio derivante dalla cessione delle partecipazioni societarie, ma che

presuppongono – come già evidenziato in altra sede dalla Corte (Sezione regionale di controllo per il Lazio, deliberazione n. 8/2010) – un più analitico confronto tra i costi attualmente sostenuti dalla società per rendere i servizi ad essa affidati con i costi che il Comune dovrebbe sostenere per la gestione diretta; costi che non si esauriscono nella sola spesa per il personale, attesa la necessità di valutare anche la qualità dei servizi erogati, il diverso grado di efficienza nello svolgimento delle attività rese, nonché tutte le conseguenze di una scelta gestionale diversa.

3. Merita in ogni caso di essere debitamente segnalata, in una prospettiva *de iure condendo*, l'interpretazione più favorevole alla reinternalizzazione delle attività e dei servizi proposta dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia, e precisata dalla Sezione delle autonomie, alla luce delle modifiche introdotte dal citato art. 20, comma 9 del DL n. 98/2011 (convertito dalla legge n. 111/2011) e, più in generale, dell'avviato processo di consolidamento dei conti degli enti locali con quelli dei propri enti ed organismi strumentali, aziende, società controllate e partecipate. In tale ambito, come già prospettato dalla stessa Sezione regionale di controllo per la Lombardia nel parere n. 1014/2010, il criterio che dovrebbero seguire gli enti locali nel confrontare il volume della spesa per il personale riferita ad annualità diverse e sostenuta in differenti forme organizzative (gestione diretta o gestione esternalizzata) sarebbe quello di ricondurre ad omogeneità le due grandezze da comparare, attraverso una riclassificazione delle voci, tale da verificare se si è in presenza di una politica di contenimento ovvero di eS.p.A.nsione.

Detta operazione – che consentirebbe di valutare il rispetto dei vincoli finanziari e assunzionali sulla base del consolidamento delle voci di spesa del personale e, conseguentemente, di una dotazione organica complessiva – dovrebbe, tuttavia, trovare applicazione limitatamente a quei casi in cui – a seguito della esternalizzazione – sia stata ridotta o, comunque, sterilizzata la dotazione organica del personale dell'ente locale in misura omogenea alla riduzione delle funzioni esternalizzate e siano state ridotte le disponibilità destinate alla contrattazione integrativa. Dovrebbero restare in ogni caso interamente vigenti – sia pur riferiti alle voci consolidate – gli attuali vincoli imposti alle autonomie territoriali quali: il rispetto del patto di stabilità interno, la progressiva riduzione della spesa corrente (art. 1, comma 557, della legge 296/2006 e successive modifiche), il rapporto tra le spese di personale e le spese correnti inferiore al 50 per cento (art. 76 della legge 133 del 2008 e successive modifiche), il limite alle assunzioni nell'ambito del 20 per cento della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente.

4. Osta tuttavia ad una immediata applicazione di tale interpretazione, in primo luogo, la ampia diffidenza delle soluzioni organizzative adottate dagli enti locali, atteso che, allo stato, una interpretazione estensiva si attaglierebbe esclusivamente alle gestioni affidate direttamente a società interamente partecipate che svolgono la propria attività esclusivamente per l'ente controllante; ipotesi, questa, diversa da quella in esame.

Una più generale applicazione anche in ambiti societari diversi trova ulteriori ostacoli nell'ancora sperimentale processo di consolidamento dei conti che, in base al

DPCM 28 dicembre 2011, dovrebbe condurre alla redazione del primo bilancio consolidato del "gruppo dell'amministrazione pubblica"; nella, ancora parziale, definizione delle modalità di calcolo della spesa di personale degli enti e delle società partecipate ai fini del rispetto dei vincoli stabiliti dall'art. 76, comma 7 della legge 133/2008 come modificata dalla citata legge n. 111/2011 (la recente deliberazione n. 14/2011 della Sezione delle autonomie suggerisce, nell'attesa della definizione di uno schema di bilancio consolidato, un criterio metodologico limitato alle società interamente partecipate e da valutare nei diversi casi concreti che si potrebbero presentare); nella verifica dell'effettiva applicazione alle società partecipate del regime assunzionale previsto per l'amministrazione controllante (art. 18, comma 1 della legge 133/2008, come integrato dall'art. 4, comma 17 del DL n. 138/2011 convertito dalla legge n. 148/2011); nel rinvio dell'assoggettamento alle regole del patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale, totale o di controllo, in attesa dell'adozione del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per le riforme per il federalismo, concernente le modalità e la modulistica (art. 18, comma 2bis della legge n. 133/2008 inserito dall'art. 19 della legge n. 102/2009 e modificato dall'art. 4, comma 14 del DL n. 138/2011 convertito dalla legge n. 148/2011); nello slittamento al 2013 della valutazione dei parametri di virtuosità degli enti locali (tra cui l'incidenza della spesa del personale sulla spesa corrente, in relazione anche alle funzioni esternalizzate) prevista nella disciplina del nuovo patto di stabilità interno (art. 20 della legge n. 111/2011).

5. In conclusione, alla luce del complesso degli adempimenti, alcuni dei quali ancora *in itinere*, volti a razionalizzare il variegato portafoglio societario degli enti locali e contenere l'evoluzione delle spese correnti effettuate da soggetti, di fatto, attualmente esclusi dal patto di stabilità interno, non appare, allo stato, possibile avvalorare una interpretazione non rigorosa delle disposizioni vincolistiche in materia di spesa del personale. Tale operazione, infatti, effettuata sulla base di una ancora incerta metodologia di consolidamento delle voci di spesa degli enti locali e delle società partecipate, è suscettibile, da un lato, di "cristallizzare" un ammontare di spesa conseguente a gestioni non improntate a principi di economicità gestionale e, dall'altro, attesa la non esaustiva classificazione di tutte le società partecipate dagli enti locali nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione (come individuato dall'ISTAT ai sensi del comma 5 dell'art. 1 della legge n. 311/2004), rischia di provocare impatti non previsti in tema di saldi di finanza pubblica.

P.Q.M.

le Sezioni Riunite, in relazione alla questione di massima sollevata dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia, ritengono che l'ente locale, in caso di reinternalizzazione di servizi precedentemente affidati a soggetti esterni, non possa derogare alle norme introdotte dal legislatore statale in materia di contenimento della spesa per il personale, trattandosi di disposizioni, di natura cogente, che rispondono a imprescindibili esigenze di riequilibrio della finanza pubblica per ragioni di coordinamento finanziario, connesse ad obiettivi nazionali ancorati al rispetto di rigidi obblighi comunitari.

A cura della Segreteria delle Sezioni riunite, copia della presente deliberazione e del relativo allegato sono trasmessi alla Sezione regionale di controllo per la Lombardia per le conseguenti comunicazioni all'ente interessato, nonché alla Sezione delle Autonomie, alle Sezioni riunite per la Regione siciliana ed alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti.

IL RELATORE

Vincenzo Palomba

IL PRESIDENTE

Luigi Giampaolino

Depositato in segreteria il 2 febbraio 2012

**DELIBERE
DELLA CORTE DEI CONTI
Sezione di controllo
per la Lombardia**

2

3. Delibera della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, n. 459/2011/PRSE, in tema di abuso dello strumento societario da parte di un ente locale.

Un comune che ricorre ad una società totalmente partecipata per eludere la normativa di derivazione comunitaria volta a tutelare la concorrenza del mercato [...] nonché la normativa di contabilità pubblica finalizzata a mantenere gli equilibri finanziari degli enti locali, al fine di ottenere finanziamenti realizza un abuso dello strumento societario. I rapporti tra comune e società partecipata infatti vengono in tal modo caratterizzati da uno spostamento surrettizio dell'indebitamento dal bilancio comunale al bilancio della società partecipata.

La Sezione di controllo per la Lombardia della Corte dei Conti, nel procedere ai controlli previsti dalla legge 23 dicembre 2006, n. 266 sul rispetto degli obiettivi previsti dalla normativa sul Patto di stabilità interno e alla correttezza della gestione finanziaria degli enti territoriali, ha riscontrato una serie di irregolarità nel bilancio di un comune. In primo luogo ha rilevato che il Comune aveva costituito una società, da esso interamente partecipata, e le aveva affidato, attraverso una concessione, beni e funzioni proprie. La Sezione ha rilevato, in particolare, che il Comune *"si serve della sua partecipata di primo livello non solo per affidare all'esterno lavori, ma anche per far ricadere sulla società medesima l'indebitamento per la realizzazione dei lavori medesimi"*. Facendo ciò il Comune avrebbe abusato dello strumento societario, dal momento che i suoi rapporti con la società partecipata realizzano *"uno spostamento dell'indebitamento dal bilancio comunale al bilancio della società partecipata"*. Tuttavia *"l'indebitamento formalmente ricade sulla società partecipata di primo livello, ma gli oneri passivi derivanti da detta esposizione debitoria, in violazione dell'art. 204 TUEL, vengono sostenuti dal Comune di Parona sotto forma di erogazione di contributo in favore della sua partecipata"*.

Inoltre, *"non solo la società partecipata di primo livello di fatto restituisce agli istituti di credito il capitale e gli interessi per conto dell'ente locale, a fronte di un indebitamento del Comune, bensì espone il Comune ad una sua responsabilità pressoché illimitata per i debiti contratti dalla società medesima, [in quanto la stessa] viene garantita verso i terzi finanziatori dal Comune di Parona mediante rilascio di lettere di patronage"*.

In considerazione di ciò la Corte ha accertato l'"abuso dello strumento societario [...] per eludere i limiti posti dagli artt. 204 e 207 TUEL sul ricorso all'indebitamento".

Lombardia/459/2011/PRSE



REPUBBLICA ITALIANA LA CORTE DEI CONTI SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua
dott. Antonio Caruso
dott. Giancarlo Astegiano
dott. Gianluca Braghò
dott. Massimo Valero
dott. Alessandro Napoli
dott.ssa Laura De Rentiis

Presidente
Consigliere
Primo Referendario
Referendario
Referendario
Referendario
Referendario (relatore)

Nell'adunanza del 4 luglio 2011

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

vista la legge 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, commi 166 e seguenti.

Udito il relatore, dott.ssa Laura De Rentiis.

FATTO

Dall'esame della relazione redatta, ai sensi dell'art. 1, commi 166 e segg. della legge 23 dicembre 2005, n. 266, a cura del Revisore dei conti del Comune di Parona relativa al Rendiconto dell'esercizio 2008, nella tabella 2.2 (pag. 16) contenente informazioni sugli organismi partecipati dal comune, è emersa una drastica riduzione del valore della produzione di un organismo partecipato dal comune la cui denominazione non veniva indicata, produzione che passa da Euro 7.492.634,00 del 2007 ad Euro 3.616.082,00 dell'anno 2008, senza che parallelamente emergesse una

diminuzione dell'indebitamento della società ma, al contrario, un incremento dei costi e del numero di unità del personale dipendente.

Con lettera istruttoria dell'11 marzo 2010, il Magistrato Istruttore chiedeva al revisore unico di fornire delucidazione in ordine: «alla denominazione e alla natura degli organismi partecipati di cui al punto 2.2, nonché alle ragioni che ne hanno determinato l'indebitamento, alla situazione finanziaria degli stessi al 31 dicembre 2009, ai rapporti finanziari (versamenti e debiti reciproci) e gestionali (servizi conferiti, modalità contrattuali e corrispettive) con il Comune di Parona».

Con nota del 22 aprile 2010, il Revisore dei conti del comune di Parona, in merito alla richiesta istruttoria, comunicava quanto segue: «l'organismo partecipato di cui al punto 2.2 del questionario è la Parona Multiservizi S.p.a»; «l'indebitamento della società risulta essere composto principalmente da mutui contratti dalla stessa per opere stradali commissionate dal Comune di Parona a mezzo convenzione per l'affidamento di attività, beni e funzioni e successive integrazioni». Dalla risposta del suddetto revisore, inoltre, emerge che l'importo di indebitamento risultante dal bilancio al 31/12/2009 registra «un totale complessivo di € 7.899.332,00».

Nella medesima nota in risposta alla richiesta istruttoria del Magistrato, in ordine ai rapporti tra la società e il Comune, il revisore ha specificato che «relativamente ai rapporti finanziari la società Parona Multiservizi S.p.A., emette regolare fattura per tutti i servizi che gestisce quali: S.p.A.zzamento e pulizia strade, pulizia locali pubblici, manutenzione del verde pubblico e mensa scolastica; di contro versa al comune un canone annuale di € 16.000,00 per la gestione del palazzetto dello sport». Il revisore, infine, precisa che «il Comune di Parona, come da convenzione, è impegnato a versare alla citata società, un corrispettivo annuo pari a € 1.250.000,00 quale quota per l'ammortamento dei mutui assunti per la costruzione delle citate opere stradali».

Con successiva richiesta istruttoria del 21 maggio 2010, il magistrato istruttore chiedeva la trasmissione della seguente documentazione: «Delibera dell'ente con cui si è proceduto a costituire la società, Statuto della società e quota di partecipazione dell'ente, bilanci 2008 e 2009 della società».

In risposta alla richiesta istruttoria, il sindaco del comune di Parona, con nota del 12 giugno 2010 (prot. in uscita n. 2487), trasmetteva la documentazione.

Vista la documentazione pervenuta, al fine di proseguire nell'istruttoria il magistrato istruttore, con lettera del 7 ottobre 2010, richiedeva copia della seguente documentazione:

1. Bilanci e relazione dei sindaci (anni 2007, 2008, 2009) della Combitalia S.r.l.;
2. mastrino forniture relativo alle forniture rese dalla Parona Multiservizi S.p.A. in favore del comune di Parona (anni 2008 e 2009);
3. visura camerale storica della Parona Multiservizi S.p.A. e della Combitalia S.r.l.;
4. perizia giurata per la valutazione del valore di cantiere di cui ai lavori per la costruzione dello scalo ferroviario;
5. perizia di stima del valore delle partecipazioni detenute in Combitalia S.r.l. eseguita in data 17 marzo 2009 dal dott. Roberto Zoboli;
6. delibere con cui il comune ha disposto l'acquisizione del 51% del capitale di Combitalia S.r.l.;

7. delibere comunali relative ai finanziamenti, operati dal comune in qualità di socio della Parona Multiservizi S.p.a, di Euro 284.960 anno 2007, di Euro 224.393 anno 2008, di euro 156.112 anno 2009».

La documentazione richiesta, veniva consegnata a mano presso la sede di questa sezione in data 21 ottobre 2010, ad eccezione di quella indicata al punto 4. della richiesta del 7 ottobre 2010. In sede di consegna della documentazione, i soggetti intervenuti precisavano che la delibera di cui al punto 6 della richiesta istruttoria non era mai stata adottata in quanto si trattava di autonoma disposizione del consiglio di amministrazione della partecipata di primo livello.

Con nota del 9 novembre 2010 (prot. in uscita 4858), il comune di Parona trasmetteva delibera del C.D.A della società Parona Servizi S.p.A. per l'acquisizione delle quote di della Nuova Semel Combitalia S.r.l. trasmetteva, inoltre, la comunicazione con cui la Parona Multiservizi S.p.A. dichiarava di essere in attesa che il perito depositasse la relazione.

Con ordinanza del 17 gennaio 2011, il Magistrato Istruttore proseguiva l'indagine chiedendo l'invio di ulteriore documentazione. In particolare, chiedeva l'invio della seguente documentazione: «Delibere del Consiglio comunale n. 11 del 25 febbraio 2004, n. 56 del 29 novembre 2004 e n. 15 del 16 marzo 2005; Delibera con cui il comune ha conferito incarico di redazione del progetto di fusione allo studio associato Colli;

Delibera con cui il socio unico, comune di Parona, rinuncia al finanziamento soci di euro 156.112,00, così come indicato nel verbale di assemblea straordinaria della Parona Multiservizi S.p.A. tenutasi il 16 aprile 2010;

Delibere comunali relative ai finanziamenti, operati dal comune in qualità di socio della Parona Multiservizi S.p.A., di Euro 284.960,00 anno 2007, Euro 224.393,00 anno 2008, di Euro 156.112,00 anno 2009;

Mastrini di conto relativi ai rapporti economici-finanziari tra Parona Multiservizi S.p.A. e Combitalia S.r.l. per gli anni 2007, 2008, 2009, 2010;

Eventuali mastrini di conto relativi ai rapporti economici-finanziari tra Parona Multiservizi S.p.A. ed il socio unico (comune di Parona) per gli anni 2007, 2008, 2009, 2010;

Determina del responsabile del servizio finanziario n. 87 del 22 ottobre 2004, n. 144 del 21 novembre 2006 e n.16 del 6 febbraio 2007;

Determina del Segretario comunale n. 100 del 28 novembre 2005 e n.79 dell' 1 agosto 2008;

Copia fattura n. 48 del 6 ottobre 2006, fattura n. 15 del 20 giugno 2007 e reversale del versamento acconto da parte del comune in data 25 giugno 2007;

Copia fattura n. 15 del 20 giugno 2007, fattura n. 34 del 14 dicembre 2007 e reversale del versamento acconto da parte del comune in data 14 dicembre 2007;

Copia fattura n. 33 del 14 dicembre 2007 e fattura n.24 del 5 giugno 2008;

Verbale assemblea straordinaria del 23 aprile 2004 della Parona Servizi S.p.A. a rogito notaio Giovanni Pandolfi;

Piano ammortamento di tutti i mutui in essere nell'anno 2009 in capo alla Parona Multiservizi S.p.A.; Lettera inviata dalla Semel S.r.l. alla Parona Multiservizi S.r.l. in data 25 maggio 2009;

Perizia di stima del valore della nuova Se.Me.L. S.r.l. redatta dal dotto Giovanni Cervio di Mortara; Perizia eseguita dall'ing. Giorgio Gariboldi relativa ai lavori effettivamente realizzati per conto della Combitalia S.r.l.;

Perizia giurata per la valutazione del valore di cantiere di cui ai lavori per la costruzione dello scalo ferroviario; Contratto di appalto tra Combitalia S.r.l. e M.C.F. T. Rail S.r.l. del 3 maggio 2005».

Con la medesima richiesta istruttoria, il Magistrato invitava, altresì, l'amministrazione

«a) a chiarire se per l'assegnazione dell'appalto avente ad oggetto la costruzione del raccordo ferroviario commissionato da Combitalia S.r.l. sia stata posta in essere procedura ad evidenza pubblica;

b) ad indicare se Combitalia ha effettuato il bonifico di Euro 174.733,43 a saldo fattura n. 16/2008 ed il pagamento fatture 49/07, 50/07 e 54/07 emesse dalla M.C.F. T. Rail S.r.l., qualora tali pagamenti non siano stati effettuati indicarne i motivi;

c) ad indicare i compensi percepiti da tutti i membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale della Parona Multiservizi S.p.A. negli anni 2007, 2008, 2009, 2010;

d) ad indicare gli organismi partecipati a cui è stata erogata la contribuzione indicata nella tabella 2.2 pag. 17 del questionario sul rendiconto 2009, specificando importo erogato a ciascuno dei suddetti e quali risorse l'ente abbia utilizzato per la ricapitalizzazione e/o ripiano perdite;

e) ad indicare le modalità di reclutamento alle dipendenze della Parona Multiservizi S.p.A.;

f) a specificare se la spesa per il personale alle dipendenze della Parona Multiservizi S.p.A. è stata computata nella spesa per il personale dell'ente locale».

Con nota del 3 febbraio 2011 (prot. in uscita 597), il comune di Parona inviava la documentazione, fornendo i chiarimenti richiesti dal magistrato istruttore.

In particolare il sindaco del comune di Parona comunicava quanto segue: «punto a) per l'assegnazione dell'appalto avente ad oggetto la costruzione del raccordo ferroviario commissionato da Combitalia S.r.l. non è stata posta in essere alcuna procedura ad evidenza pubblica, in quanto il contratto d' appalto per la costruzione di tale raccordo era già esistente, stipulato nell'anno 2003 tra Nuova Semel S.r.l. (poi Combitalia S.r.l.) e la soc. M.C.F.T Rail S.r.l., per cui, nell'anno 2004, con l'acquisto del 51% della Nuova Semel S.r.l. (poi Combitalia S.r.l.) da parte di Parona Servizi S.p.A., sono stati mantenuti in essere gli impegni precedentemente assunti con la succitata società M.C.F.T. Rail S.r.l.».

Per il punto b) e per il punto c) viene riportato quanto comunicato dalla Soc. Parona Multiservizi S.p.A. con nota prodotta in data 25.01.2011 prot. ric. n.364. Per quanto concerne il punto d) il sindaco precisa che: «la contribuzione indicata in tabella 2.2 pag. 17 del questionario sul rendiconto 2009 è stata erogata dalla soc. Parona Multiservizi S.p.A., come specificato nella medesima tabella. Gli importi indicati riguardano: € 223.228,40 quali corrispettivi relativi ai contratti di servizio stipulati tra la società Parona Multiservizi S.p.A. ed il comune di Parona per la gestione del verde pubblico, le mense scolastiche (scuola primaria e scuola dell'infanzia), la pulizia delle strade, di uffici, di locali della scuola primaria per attività extrascolastiche, di S.p.A.zi pubblici; €1.250.000,00 quale quota anno 2009 relativa al Piano di finanziamento

approvato con deliberazione del C.C. n.4 del 26.01.2007 e della G.C. n.41 del 04.05.2007».

Infine il sindaco di Parona precisa che: «punto e): così come comunicato dalla Soc. Parona Multiservizi S.p.A. con nota prodotta in data 25.01.2011 prot. ric. n.364: La Parona Multiservizi S.p.A. ha assunto personale OSS e infermieristico in modo diretto.

In data odierna, ad integrazione della nota di cui sopra, l'attuale Presidente di Parona Multiservizi S.p.A. precisa che "il personale attualmente in forza alla Parona Multiservizi S.p.A., con riserva di ulteriori approfondimenti, è stato assunto a partire dal 2001 con contratto di lavoro di diritto privatistico previo colloquio informale con il direttore della struttura ed eventualmente con il responsabile medico relativamente alle assunzioni di infermieri professionali". Punto f) la spesa per il personale alle dipendenze della Parona Multiservizi S.p.A. non è stata computata nella spesa per il personale del Comune di Parona».

Il Magistrato istruttore, esaminata la documentazione inviata dall'amministrazione comunale con prot. n. 597, del 3 febbraio 2011, a firma del sindaco (pervenuta alla Corte dei Conti in data 07.02.2011), chiedeva con nota dell'24 febbraio 2011 copia dei seguenti documenti:

- «1. Convenzione stipulata in data 20/1/1997 (ed eventuali successive modifiche) tra il comune di Parona e la Lomellina Energia S.r.l.;
- 2. Delibera della Giunta comunale n.90 del 19 settembre 2002;
- 3. Copia della consulenza resa dalla Soc. A & r. Project Consulting S.r.l., in coordinamento con la Banca Profilo S.p.A. (attività di consulenza per la quale il comune di Parona ha corrisposto la somma di € 150.000,00);
- 4. Piano ammortamento mutui con la Banca Agricola Mantovana con specifica indicazione delle date di scadenza delle rate (si precisa che il documento già inviato non riporta le date di pagamento delle rate);
- 5. I contabili relativi al pagamento ratei di tutti i mutui facenti capo alla Parona Multiservizi S.p.A. negli anni 2007,2008,2009;
- 6. Delibera del Consiglio comunale n.4 del 26 gennaio 2007;
- 7. Delibera della Giunta comunale n.41 del 4 maggio 2007;
- 8. Secondo atto integrativo della convenzione per l'affidamento di attività beni e funzioni sottoscritto in data 4 luglio 2007;
- 9. Delibera del commissario straordinario n.33 del 17 giugno 2008 e, ad ogni modo, tutte le eventuali delibere inerenti la convenzione in essere tra il comune di Parona e la sua Multiservizi S.p.A.;
- 10. Delibera con cui il socio unico, comune di Parona, rinuncia al finanziamento soci di Euro 156.112,00 così come indicato nel verbale di assemblea straordinaria della Parona Multiservizi S.p.A., tenutasi il 16 aprile 2010;
- 11. Verbale dell'assemblea della Soc. Parona Servizi S.p.A. del 18.3.2004 (si fa presente che il documento inviato con la precedente richiesta è formato solo dalla prima pagina del verbale in parola)».

Con la medesima richiesta istruttoria, il Magistrato invitava, altresì, l'amministrazione a chiarire: «a) se attualmente i terreni di cui al foglio n. 8, mappali n. 514 e 518 (originariamente conferiti dal Comune nella società Parona Servizi S.p.A.) fanno ancora parte del patrimonio della società;

b) se, nel corso degli ultimi anni, la società Parona servizi S.p.A. (o, eventualmente, la sua partecipata Combitalia S.r.l.) ha acquistato e/o rivenduto il terreno di cui al foglio n.8, mappale 515. In caso di risposta affermativa ai precedenti quesiti, si chiede di inviare i relativi atti di compravendita».

Con nota dell'11 marzo 2011 (prot. in uscita 1333), il comune di Parona inviava la documentazione, fornendo i chiarimenti richiesti dal magistrato istruttore.

In merito ai chiarimenti richiesti ai punti a) e b), il sindaco del comune di Parona, ha fatto riferimento alla nota pervenuta dalla Società Parona Multiservizi S.p.A. (prot. in entrata n. 1205 del 4.03.2011): «lettera a- il mappale 518, a seguito frazionamento (di cui si allega copia), parte è stato venduto alla Società CLIR S.p.A., parte è rimasto nel patrimonio della scrivente; il mappale 514 non è mai stato di proprietà di Parona Servizi, molto probabilmente ci si riferisce al mappale 555 (ex 514/b) a tutt'oggi di proprietà di Parona Multiservizi S.p.A.; Lettera b- il mappale 515 è stato acquistato in data 21.03.07 dalla società Vandax S.r.l. (si allega rogito) e successivamente è stato venduto alla società CLIR S.p.A. in data 31.01.08 (si allega rogito), insieme a parte del mappale 518 di cui sopra, a seguito di frazionamento».

Il magistrato istruttore, infine, con ordinanza del 13 aprile 2011, chiedeva l'invio di un prospetto che indicasse «separatamente la parte di quota capitale e di quota interessi pagati dalla società Parona Multiservizi S.p.A.». Nella richiesta istruttoria si specificava che il prospetto doveva essere redatto distinguendo «per ogni singolo anno (2006-2007-2008-2009) e per ogni singolo mutuo».

Il sindaco del comune di Parona, con nota del 27 aprile 2011 prot. 2163, trasmetteva a questa Sezione, la nota pervenuta dalla Società Parona Multiservizi S.p.A. (prot. 2108 del 21 aprile 2011) precisando che detta nota «riporta per ogni singolo mutuo pagato dalla Società il prospetto relativo a quote interessi e capitale per gli anni richiesti ».

A seguito dell'esame effettuato sulla documentazione inviata al termine dell'istruttoria, il Magistrato istruttore riteneva sussistessero i presupposti per l'effettuazione della procedura prevista dall'art. 1, c. 165, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 e, pertanto, con istanza del 20 giugno 2011, chiedeva al Presidente della Sezione di fissare apposita adunanza per l'esame collegiale della questione.

Il Presidente fissava l'adunanza del 4 luglio per l'esame collegiale della vicenda.

Il magistrato istruttore, prima che venisse tenuta l'adunanza, con nota del 21 giugno 2011, chiedeva anche alla Regione Lombardia alcune informazioni relative al finanziamento della RSA conglobata nella Parona Multiservizi S.p.A. In particolare, chiedeva di «indicare il contributo erogato negli anni 2007; 2008; 2009 alla RSA denominata Casa per l'Anziano, oggi incorporata nella Parona Multiservizi S.p.A. a seguito di fusione avvenuta nell'anno 2005 ».

La Regione Lombardia, con nota del 1° luglio 2011, ha comunicato che «dalla verifica delle rendicontazioni trasmesse dalle ASL alla nostra direzione risultano i seguenti importi: anno 2007 - € 592.486,50; anno 2008 - € 598.503,40; anno 2009 - € 631.846,20».

Sempre prima della richiamata adunanza, il magistrato istruttore, con nota del 23 giugno 2011, chiedeva ulteriore documentazione relativa «a tutte le lettere di patronage rilasciate dal comune di Parona a garanzia dei finanziamenti sottoscritti dalla società Parona Multiservizi S.p.A. (già Parona Servizi S.p.A.)», «ad ogni ulteriore garanzia emessa dal comune di Parona a sostegno dei mutui contratti dalla

società Parona Multiservizi S.p.A. (già Parona Servizi S.p.A.)», nonché «prospetto relativo all’ammontare delle prime due rate del finanziamento OPI da Euro 6.000.000,00 pagate nell’anno 2006 dalla società Parona Multiservizi S.p.A. (già Parona Servizi S.p.A.) indicando separatamente per ciascuna delle rate la parte di quota capitale e quella di quota interessi».

La documentazione richiesta veniva consegnata a mano presso la sede di questa sezione in data 27 giugno 2011. Il Magistrato istruttore, esaminata la documentazione inviata dall’amministrazione comunale, con ulteriore nota del 30 giugno 2011, chiedeva che per l’adunanza del 4 luglio venisse consegnata copia dei seguenti documenti: «Tutte le determinazioni che il responsabile del servizio competente ha adottato per liquidare al professionista Giulio Colli le competenze relative al progetto di fusione (provvedimenti autorizzati con delibera n. 45 adottata in data 30 marzo 2005 dal consiglio comunale di Parona); Prospetto relativo all’ammontare di tutte le somme corrisposte alla Banca OPI da parte della Parona Multiservizi S.p.A., distinguendo i singoli contratti conclusi, nonché distinguendo le somme corrisposte anno per anno. Il prospetto deve indicare tutte le somme corrisposte a qualsiasi titolo: per restituzione capitale, per interessi di preammortamento, per interessi passivi, per interessi di mora, per commissioni varie e per spese per qualsiasi titolo; Prospetto relativo all’ammontare di tutte le somme corrisposte alla Banca Agricola Mantovana S.p.A. da parte della Parona Multiservizi S.p.A., distinguendo i singoli contratti conclusi, nonché distinguendo le somme corrisposte anno per anno. Il prospetto deve indicare tutte le somme corrisposte a qualsiasi titolo: per restituzione capitale, per interessi di preammortamento, per interessi passivi, per interessi di mora, per commissioni varie e per spese per qualsiasi titolo; Prospetto relativo all’ammontare di tutte le somme corrisposte alla Cariparma & Piacenza S.p.A. da parte della Parona Multiservizi S.p.A., distinguendo i singoli contratti conclusi, nonché distinguendo le somme corrisposte anno per anno. Il prospetto deve indicare tutte le somme corrisposte a qualsiasi titolo: per restituzione capitale, per interessi di preammortamento, per interessi passivi, per interessi di mora, per commissioni varie e per spese per qualsiasi titolo».

Con la medesima richiesta istruttoria, il Magistrato invitava, altresì, l’amministrazione: «a chiarire, con riferimento alla gestione della Parona Multiservizi S.p.A. se i diversi rami d’azienda hanno un piano di conti separato e se operano su conti correnti separati.»

All’adunanza del 4 luglio 2011, per l’amministrazione comunale di Parona sono comparsi il sindaco (Silvano Colli), il segretario generale (Vincenzo Visco) e la responsabile dei servizi finanziari (Samantha Pertile).

Dopo la relazione del Magistrato sull’istruttoria svolta, prendevano la parola il sindaco ed il segretario generale che si riportavano alla documentazione inviata nel corso dell’istruttoria e a quella consegnata in sede di adunanza.

DIRITTO

La legge 23 dicembre 2006, n. 266 ha delineato una nuova e significativa modalità di verifica in ordine al rispetto degli obiettivi previsti dalla normativa sul Patto di stabilità interno e alla correttezza della gestione finanziaria degli enti territoriali,

stabilendo una specifica competenza in capo alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti.

Proseguendo in un disegno legislativo avviato dopo la riforma del Titolo V, Parte seconda, della Costituzione, con la legge 5 giugno 2003, n. 131 che vede il progressivo riconoscimento del ruolo delle Sezioni regionali di controllo della magistratura contabile quali garanti della corretta gestione delle risorse pubbliche nell'interesse, contemporaneamente, dei singoli enti territoriali e della comunità che compone la Repubblica (posizione già riconosciuta alla Corte dei conti dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla nota sentenza 27 gennaio 1995, n. 29 e, ribadita, dalla sentenza 9 novembre 2005, n. 417), il legislatore ha ritenuto di rafforzare ulteriormente questo ruolo (sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nella delibera di questa Sezione n. 10 del 13 ottobre 2006).

La verifica affidata alla Corte dei conti non è invasiva dell'autonomia degli enti, bensì è diretta a rappresentare agli organi eletti la reale ed effettiva situazione finanziaria o le gravi irregolarità riscontrate nella gestione dell'ente in modo che gli stessi possano responsabilmente assumere le decisioni più opportune, sia nell'interesse dell'ente amministrato che della più vasta Comunità cui l'ente appartiene (Corte conti, sez. contr. Lombardia, 13 ottobre 2006, n. 10 cit.)

L'esame della relazione redatta ai sensi dell'art. 1, comma 166 della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria per il 2006) dal Revisore dei conti del Comune di Parona, in ordine alle risultanze del Rendiconto relativo agli esercizi 2008 e 2009, alla luce dell'attività istruttoria svolta come ricostruita in punto di fatto, consente a questa Sezione di accettare una serie di irregolarità che hanno inficiato la gestione del Comune di Parona.

Al fine di rendere più intellegibile l'accertamento sulla gestione irregolare del Comune di Parona, è opportuno procedere ad una puntuale ricostruzione dei complessi rapporti che si sono instaurati, da un lato, tra il Comune di Parona e la società Parona Multiservizi S.p.A. e, dall'altro lato, tra la società Parona Multiservizi S.p.A. e la sua partecipata di secondo livello, ovvero la Combitalia S.r.l.

Parte I: ricostruzione in fatto dei rapporti tra il Comune di Parona, la partecipata di primo livello (Parona Multiservizi S.p.A.) e la partecipata di secondo livello (Combitalia S.r.l.).

La società Parona Multiservizi S.p.A., partecipata al 100% dal Comune di Parona, è il frutto dell'atto di fusione, intervenuto nell'anno 2005, tra le società Parona Servizi S.p.A. e la Casa per L'anziano S.p.A..

Per procedere ad un accertamento dei rapporti finanziari che intercorrono tra i due attuali soggetti giuridici, tuttavia, occorre sia ricostruire i rapporti che già in precedenza intercorrevano tra il Comune di Parona e la Parona Servizi S.p.A. (della costituzione della Parona Multiservizi S.p.A.) sia, ancor prima, delineare il cospicuo finanziamento che, nel corso dell'ultimo decennio, ha percepito il Comune di Parona da un'altra società (la Lomellina Energia S.r.l.), in ragione della localizzazione di impianto per lo smaltimento rifiuti nel suo territorio comunale.

- 20 ottobre 1997: il comune di Parona sottoscrive con la società Lomellina Energia S.r.l. una convenzione per la realizzazione e la messa in esercizio di un impianto, ai sensi dell'art. 32 della L.R. 21/93, per il recupero e la valorizzazione energetica di R.S.U. e R.S.A.U. Tale convenzione nella definizione complessiva dei rapporti tra le parti, prevede, fra l'altro, la realizzazione di opere interne ed esterne all'area

dell'impianto e ad esso funzionali, opere la cui realizzazione è posta in parte a carico del comune di Parona, mentre il loro finanziamento è posto *in toto* a carico della società Lomellina Energia S.r.l. con un contributo di Lire 3.000.000.000.

- 8 aprile 1998: la società Lomellina Energia S.r.l., i comuni di Parona, Mortara, Cilavegna e la provincia di Pavia sottoscrivono un protocollo d'intesa per la realizzazione di opere stradali di interesse provinciale e comunale. Tali opere si rendono necessarie al fine di mettere in sicurezza la viabilità al servizio del traffico pesante diretto al termovalorizzatore onde evitare che questo transiti attraverso il centro abitato di Parona.

- 5 luglio 2002: il Comune di Parona e la Provincia di Pavia stipulano un atto per regolamentare l'esecuzione delle opere pubbliche e per definire i contributi da esigersi presso l'impianto per la produzione di energia gestito dalla società Lomellina Energia S.r.l..

- 16 gennaio 2003: il consiglio comunale di Parona (delibera n. 2) dispone, ai sensi dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/00 e s.m.i., la costituzione della società a prevalente capitale pubblico locale denominata "Parona Servizi S.p.A.", con capitale sociale di Euro 100.000,00.

- 25 gennaio 2003: con atto del notaio Pandolfi Giovanni di Mortara (rep. n. 7730 racc. 2364) viene costituita la società "Parona Servizi S.p.A." con la finalità di realizzare e gestire attività, beni e funzioni comunali.

- 3 giugno 2003: il consiglio comunale di Parona (delibera n. 17) approva lo schema di convenzione per l'affidamento di attività, beni e funzioni da parte del comune alla costituita società Parona Servizi S.p.A. Lo schema di convenzione, poi, viene ulteriormente modificato con successive delibere del consiglio comunale (vedi, ad esempio, delibera del 30 novembre 2003 n. 38).

- 10 dicembre 2003: viene sottoscritta dal comune di Parona la convenzione (rep. n. 542) per l'affidamento di attività, beni e funzioni alla società Parona Servizi S.p.A..

La convenzione sottoscritta ha ad oggetto l'affidamento da parte del comune alla società Parona Servizi S.p.A. delle seguenti funzioni ed attività pubbliche comunali:

- a) Realizzazione del programma di investimenti delle opere viabilistiche che comprende, in via puramente indicativa e non esaustiva, progetti comunali esecutivi.
- b) Raccordo ferroviario.
- c) Gestione del ciclo integrato delle Acque-Depuratore.
- d) Servizi informatici e telecomunicazioni.
- e) Produzione e distribuzione dell'energia-teleriscaldamento.

- 30 marzo 2004: la Parona Servizi S.p.A. sottoscrive con la Banca Opi S.p.A., banca per la finanza alle opere pubbliche e alle infrastrutture, un contratto di finanziamento di importo capitale pari ad Euro 6.000.000,00, importo da destinare alla realizzazione delle opere pubbliche concernenti tra l'altro, infrastrutture quali una circonvallazione stradale ed un cavalcavia ferroviario.

- 23 aprile 2004: nell'assemblea straordinaria della società Parona Servizi S.p.A., viene deliberato di coprire la perdita di euro 43.888,00 della partecipata e contestualmente di procedere ad un aumento di capitale.

- 29 novembre 2004: il consiglio comunale di Parona (delibera n. 56) approva l'atto di indirizzo avente ad oggetto la fusione per incorporazione tra le società a capitale pubblico comunale Parona Servizi S.p.A. e Casa per L'Anziano S.p.A.

- 16 marzo 2005: il consiglio comunale di Parona adotta un'ulteriore delibera di adozione di linee di indirizzo per la fusione delle due società comunali e la modifica di precedenti determinazioni (delibera n. 15). In particolare, l'amministrazione comunale, oltre a deliberare la fusione tra le società a capitale comunale - Parona Servizi S.p.A. e Casa per l'Anziano S.p.A. - stabilisce di prevedere la costituzione di una nuova società.
- 30 marzo 2005: il consiglio comunale di Parona (delibera n.45) dà avvio alle procedure ed agli adempimenti di legge necessari per addivenire alla fusione delle due società. L'organo comunale decide, tra l'altro, di avvalersi della consulenza di un professionista di fiducia dell'amministrazione comunale anche ai fini della predisposizione del contratto di servizio.
- 5 luglio 2005: il consiglio comunale di Parona (delibera n. 34) approva un atto integrativo alla convenzione del 10 dicembre 2003 ove, a fronte dei nuovi investimenti, viene integrato il piano di versamenti annuali del comune alla società per il periodo 2007/2016. L'atto integrativo viene sottoscritto in data 28 settembre 2005 (questi atti non sono stati acquisiti nel corso dell'istruttoria).
- 29 settembre 2005: il consiglio comunale di Parona (delibera n. 38) approva il progetto di fusione tra le società comunali Parona Servizi S.p.A. e Casa per l'Anziano S.p.A., nonché approva lo statuto della costituenda società "Parona Multiservizi S.p.A.".
- 12 dicembre 2005: atto notarile costitutivo della Parona Multiservizi S.p.A. Ai sensi e per gli effetti dell'art. 2504 c.c. la Parona Multiservizi S.p.A., risultante dalla fusione, subentra in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi delle società estinte e quindi in tutti i rapporti in essere con il Comune (questo atto non è stato acquisito nel corso dell'istruttoria).
- 4 maggio 2007: il consiglio comunale di Parona (delibera n. 41) approva e fa propria la proposta di deliberazione avente ad oggetto modifiche all'atto integrativo alla convenzione per l'affidamento di attività beni, e funzioni sottoscritto in data 28 settembre 2005 (questo atto non è stato acquisito nel corso dell'istruttoria nonostante fosse stato oggetto di richiesta).
- 4 luglio 2007: viene sottoscritto il secondo atto integrativo alla convenzione per l'affidamento di attività, beni e funzioni. Con tale atto viene integrato il piano di versamenti annuali del comune alla società Parona Multiservizi S.p.A., per il periodo 2008/2017. In virtù delle integrazioni intervenute, la Parona Multiservizi S.p.A., riceve dal comune di Parona, per l'anno 2007 un versamento di Euro 1.050.000,00, mentre in virtù del nuovo piano finanziario, per il periodo che va dal 2008 al 2015 di Euro è previsto un versamento annuo di Euro 1.250.000,00. In questo secondo atto integrativo si precisa che tali importi derivano da entrate correnti certe del comune di Parona.
- 10 ottobre 2007: viene sottoscritto tra il comune di Parona e la provincia di Pavia, con l'intervento di Lomellina Energia S.r.l., l'atto di regolamentazione per l'applicazione dei contributi spettanti agli enti locali a seguito della messa in esercizio commerciale della seconda linea di termovalorizzazione realizzata e gestita da Lomellina Energia. Tale atto fa seguito a quello di pari oggetto, afferente alla prima linea dell'impianto di termovalorizzazione, sottoscritto in data 5 luglio 2002.

- 17 giugno 2008: con la deliberazione n. 33 del commissario straordinario si modifica, previo accordo tra le parti, la quota di competenza anno 2008 che il comune di Parona deve versare alla società Parona Multiservizi S.p.A. Con la suddetta deliberazione si prende atto che la quota da trasferire per l'anno 2008 ammonta complessivamente ad Euro 950.000,00.
- 19 dicembre 2008: con la deliberazione n. 91 del commissario straordinario, a seguito della riduzione del gettito proveniente dalla Lomellina Energia S.r.l. e constatato che il finanziamento della Parona Multiservizi S.p.A. deve avvenire con tali proventi, viene rideterminata la somma da versare come quota di competenza anno 2008 in Euro 800.000,00, precisando che la differenza rispetto alla quota originariamente prevista di Euro 1.250.000,00 verrà recuperata nel corso della validità della convenzione.
- 22 aprile 2010: viene sottoscritto un accordo economico tra Lomellina Energia S.r.l. ed il comune di Parona, avente ad oggetto, tra l'altro, la partecipazione della società al sostegno economico del comune e alla realizzazione/completamento delle opere pubbliche, partecipazione operata mediante il versamento in 5 rate annuali dell'importo complessivo di Euro 1.500.000,00.

Parte II: irregolarità finanziarie relative alla gestione del Comune di Parona.
Le anomalie che inficiano la sana gestione dell'ente si concretizzano nei complessi rapporti patrimoniali e finanziari instauratesi tra il Comune di Parona e la sua società partecipata Parona Multiservizi S.p.A. L'amministrazione comunale di Parona, in linea generale, ha "abusato" dello strumento societario per eludere la normativa di derivazione comunitaria volta a tutelare la concorrenza del mercato (vedi punto F.1 della motivazione), nonché la normativa di contabilità pubblica finalizzata a mantenere gli equilibri finanziari degli enti locali (tali irregolarità attengono a diversi profili che sono di seguito esaminati).

A) Abuso dello strumento societario per ricorrere a finanziamenti in violazione delle norme imperative di legge che disciplinano l'indebitamento degli enti locali (art. 204 TUEL) ed il rilascio di garanzie (art. 207 TUEL).

Procedendo da una valutazione di carattere generale, questa Sezione evidenzia che i rapporti tra il Comune di Parona e la società Parona Multiservizi S.p.A. sono caratterizzati da uno spostamento dell'indebitamento dal bilancio comunale al bilancio della società partecipata.

Con la convenzione, sottoscritta il 10 dicembre 2003 dal comune di Parona e dalla società Parona Servizi S.p.A. (prima della sua trasformazione per fusione in Parona Multiservizi S.p.A.), l'ente comunale affida alla sua società partecipata di primo livello attività, beni e funzioni proprie. Il comune di Parona, dunque, per realizzare le opere pubbliche programmate si serve della società partecipata *in house* Parona Servizi S.p.A. (poi, Parona Multiservizi S.p.A.) quale centro di committenza per l'affidamento di lavori e servizi. A prescindere dalle considerazioni sul rispetto delle norme che regolano l'evidenza pubblica in ambito di affidamento di lavori e servizi, la Sezione rileva che il Comune di Parona si serve della sua partecipata di primo livello non solo per affidare all'esterno lavori, ma anche per far ricadere sulla società medesima l'indebitamento per la realizzazione dei lavori medesimi.

A fronte dell'indebitamento contratto dalla società partecipata di primo livello per conto dell'ente locale, il Comune di Parona eroga alla sua partecipata un contributo annuo di ammontare variabile in relazione al contributo che percepisce dalla Lomellina Energia S.r.l., in ragione della convenzione e delle successive integrazioni che si sono succedute dal 1997 in poi (si veda la convenzione del 20 ottobre 1997, rep. 474).

Quanto sin qui affermato trova riscontro nella documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria. In particolare, nella più volte richiamata convenzione del 10 dicembre 2003, vengono regolati anche i rapporti finanziari tra l'ente locale e la sua società interamente partecipata di primo livello, prevedendo che «il comune, per le esigenze economiche della S.p.A., si obbliga a versare alla società stessa, a semplice richiesta, gli importi sotto indicati; importi finanziati con mezzi propri del Comune di Parona ed in particolare derivanti dai contributi che gli provengono da Lomellina Energia S.r.l. in forza di convenzione stipulata in data 20 ottobre 1997. I versamenti verranno richiesti dalla società sulla base delle proprie esigenze effettive derivanti da investimenti deliberati e/o da spese di funzionamento entro la somma massima annuale di cui al seguente piano».

A pagina 9 della convenzione è previsto un piano di versamenti dal comune alla società per il periodo che va dal 2003 al 2015. Il piano prevede, nel 2004 e nel 2005, versamenti annuali pari ad Euro 200.000,00, tale contributo passa ad Euro 800.000,00 per gli anni dal 2006 al 2015. Tale convenzione nel corso degli anni successivi è oggetto di numerose integrazioni (si veda quanto indicato in precedenza in punto di fatto). Nella convenzione si precisa che «detti importi annuali verranno previsti, per la quota massima, in uscita nel bilancio di previsione del comune di Parona».

A distanza di pochi mesi (30 marzo 2004), la Parona Servizi S.p.A. sottoscrive con la Banca OPI S.p.A. (banca per la finanza alle opere pubbliche e alle infrastrutture) un contratto di finanziamento di importo capitale pari ad Euro 6.000.000,00; importo da destinare alla realizzazione delle opere pubbliche concernenti tra l'altro, infrastrutture quali una circonvallazione stradale ed un cavalcavia ferroviario. All'art. 5 del contratto di finanziamento (redatto dal notaio Cerasi, rep. n. 2856) si legge: «La Società finanziata, a garanzia dell'adempimento degli obblighi tutti assunti con il presente contratto, cede alla Banca Opi – S.p.A., *pro solvendo* e non *pro soluto*, il credito da essa vantato nei confronti del comune di Parona, in forza della Convenzione richiamata alla lettera d». Il contratto, dunque, richiama espressamente la convenzione n. 542 del 10 dicembre 2003, stipulata tra il Comune e la sua società partecipata di primo livello di cui si è detto prima.

La pattuizione contrattuale trova riscontro nelle fatture che la società emette nei confronti del comune di Parona; infatti, la società Parona Multiservizi S.p.A., ogni anno fattura al Comune la parte di opere che realizza, fatture che il Comune salda parzialmente mediante il versamento del contributo annuale. Si veda, a titolo esemplificativo, la fattura n. 24, del 5 giugno 2008, per l'importo di € 4.791.024,29: dopo la descrizione lavori che giustificano la fatturazione (opere di collegamento tratto 1-2 cavalcavia e tratto 7-3 circonvallazione convenzione del 10/12/2003, nonché opere già previste dalla convenzione n. 474 del 20 ottobre 1997) viene indicato l'importo di € 2.935.861,38 a titolo di quota per costruzione strade e l'importo di € 1.267.990,63 a titolo di quota per interessi con mutuo. Così, anche la fattura n. 15 del 20 giugno 2007 emessa dalla Parona Multiservizi S.p.A. verso il comune di Parona,

per l'importo di € 489.664,18 in merito ai lavori di collegamento tratto 1-2 cavalcavia e tratto 7-3 circonvallazione convenzione del 10/12/2003, nel dettaglio indica come quota per interessi su mutuo la somma di € 342.064,18.

Si aggiunga che, in ragioni di cinque contratti di finanziamento conclusi dalla società Parona Multiservizi S.p.A. con istituti di credito (in particolare, due con la Banca OPI, due con la Banca Agricola Mantovana e uno con la Cariparma), l'indebitamento della società nei confronti delle sole banche, risultante dal bilancio è pari ad € 9.229.397,00 (al 31 dicembre 2007), ad € 8.736.761,00 (al 31 dicembre 2008) e ad € 7.899.332,00 (al 31 dicembre 2009).

Il rilevante indebitamento della società partecipata trova riscontro nella delibera n. 4, del 26 gennaio 2007, del consiglio comunale di Parona in cui l'organo del Comune dichiara di essere favorevole «per l'ulteriore finanziamento richiesto dalla soc. Parona Multiservizi S.p.A. a fronte dell'investimento relativo alla realizzazione e completamento del secondo lotto tratto fognario della zona industriale e commerciale posta al di là della rete ferroviaria, nonché realizzazione rotatoria, innesto nuova circonvallazione, strada degli asini e strada vicinale vecchia per Vigevano e ultimazione scalo ferroviario, e quindi definire la concessione di mutui richiesti alla Banca Agricola Mantovana». Per realizzare detto intento, il consiglio comunale procede ad un'ulteriore modifica dei piani versamenti in favore della sua partecipata di primo livello, nonché approva la proposta in cui si legge che «l'Amministrazione comunale ha ritenuto di dover accollarsi l'onere della rata annuale di ammortamento per un importo pari a euro 200.000,00 riservando alla società l'onere di reperire fondi per la parte residua della rata di ammortamento».

Le irregolarità sin qui evidenziate trovano ulteriore conferma nella nota del revisore dei conti del 22 aprile 2010 che, rispondendo alla richiesta di chiarimenti del Magistrato Istruttore sull'indebitamento della Parona Multiservizi S.p.A. pari ad € 7.899.332,00 e risultante dal bilancio al 31 dicembre 2009, dichiara: «l'indebitamento della società risulta essere composto principalmente da mutui contratti dalla stessa per opere stradali commissionate dal Comune di Parona a mezzo convenzione per l'affidamento di attività, beni e funzioni e successive integrazioni».

Il Revisore dei conti, nella medesima nota del 22 aprile 2010, aggiunge che il Comune di Parona, come da convenzione, è impegnato a versare alla società Parona Multiservizi S.p.A., un corrispettivo annuo pari a € 1.250.000,00 quale quota per l'ammortamento dei mutui assunti per realizzazione delle opere stradali commissionate nell'interesse del Comune di Parona in ragione della convenzione del dicembre 2003 e successive integrazioni.

Dunque, l'indebitamento formalmente ricade sulla società partecipata di primo livello, ma gli oneri passivi derivanti da detta esposizione debitoria, in violazione dell'art. 204 TUEL, vengono sostenuti dal Comune di Parona sotto forma di erogazione di contributo in favore della sua partecipata (per un riscontro documentale si vedano le fatture - indicate in precedenza a titolo esemplificativo - in cui è espressamente previsto che una parte delle somme viene corrisposta a titolo di interessi per i mutui contratti dalla società partecipata).

Ne consegue che non può essere considerata attendibile la relazione redatta, ai sensi dell'art. 1, commi 166 e segg. della legge 23 dicembre 2005, n. 266, dal Revisore dei conti del Comune di Parona relativa al Rendiconto dell'esercizio 2008 e 2009, dove -

in risposta al quesito n. 14, in cui veniva chiesto se fosse stato rispettato il limite di indebitamento previsto dall'art. 204 del TUEL - l'organo di controllo interno ha risposto positivamente. La non attendibilità di questa risposta deriva dal fatto che il calcolo per individuare la percentuale dell'indebitamento è stato fatto riferendosi esclusivamente agli interessi passivi pagati direttamente dal Comune per contratti di mutuo diversi da quelli sin qui esaminati.

Una risposta attendibile avrebbe dovuto considerare anche gli interessi che formalmente ha corrisposto la Parona Multiservizi S.p.A. per i mutui contratti per realizzare opere pubbliche per conto e nell'interesse del Comune di Parona. Infatti, imputando al Comune di Parona i pagamenti effettuati dalla Parona Multiservizi S.p.A. in favore degli istituti creditizi (più precisamente la quota interessi delle rate dei mutui sottoscritti per la realizzazione delle opere pubbliche), di competenza degli anni 2007, 2008 e 2009, la percentuale di incidenza degli interessi passivi al 31 dicembre di ciascun anno, supererebbe il limite del 15 per cento delle entrate relative ai primi tre titoli delle entrate del rendiconto del penultimo anno, violando l'articolo 204 del TUEL.

Questa Sezione, inoltre, evidenzia che non solo la società partecipata di primo livello di fatto restituisce agli istituti di credito il capitale e gli interessi per conto dell'ente locale, a fronte di un indebitamento del Comune, bensì espone il Comune ad una sua responsabilità pressoché illimitata per i debiti contratti dalla società medesima. Infatti, la Parona Servizi S.p.A. (poi, Parona Multiservizi S.p.A.), anche se costituita con la forma di una società di capitali (nel caso di specie una S.p.A.) che dovrebbe limitare la responsabilità del socio al capitale sottoscritto, viene garantita verso i terzi finanziatori dal Comune di Parona mediante rilascio di lettere di patronage.

In maggior dettaglio, dall'esame del contratto di finanziamento concluso con l'OPI di cui si è appena detto, emerge che a tutela del credito erogato in favore della società Parona Servizi S.p.A., la Banca OPI è garantita non solo dalla cessione del credito *pro solvendo* del Comune di Parona per l'importo di € 8.400.000,00, bensì anche dal rilascio da parte del Comune di Parona di una lettera di "patronage". In particolare, nelle premesse del contratto di finanziamento (alla lettera f) si legge che "sempre al fine di cauterelare l'adempimento delle obbligazioni predette, il comune di Parona ha rilasciato lettera di "patronage" secondo il testo concordato". In altre parole, il finanziamento concesso dalla Banca Opi alla Parona Servizi S.p.A. (per l'importo di € 6.000.000,00) viene garantito dal Comune di Parona con una cessione di credito *pro solvendo* per euro 8.400.000,00 e con l'ulteriore rilascio di lettera di *patronage*.

Con riferimento a detto finanziamento "l'Amministrazione Comunale, in qualità di Socio di maggioranza di PARONA SERVIZI S.p.A. si impegna: a promuovere ogni azione utile per procedere, nei 3 (tre) mesi successivi alla firma dell'operazione di finanziamento e comunque entro e non oltre la data di prima erogazione del finanziamento, alla deliberazione e al versamento di un aumento di capitale sociale di PARONA SERVIZI S.p.A. dagli attuali € 100.000,00 ad almeno € 200.000,00; a provvedere durante l'intera durata del finanziamento, alla copertura di eventuali perdite che dovessero emergere durante la gestione della Società, al fine di mantenere integro e congruo il capitale sociale ed il patrimonio netto della Società medesima; a considerare i pagamenti semestrali dovuti a PARONA SERVIZI S.p.A. - in forza della Convenzione del 10/12/2003 stipulata tra questo Comune e la stessa

PARONA SERVIZI S.p.A. - quote di un Finanziamento infruttifero dei Soci avente carattere postergato rispetto al rimborso del finanziamento di cui all'oggetto." Inoltre, rilascia lettera di patronage del seguente tenore: "ci riferiamo al Vostro finanziamento alla "PARONA SERVIZI S.P.A." con sede in Parona di Euro 6.000.000,00 (seimilioni) delle cui condizioni siamo a piena conoscenza. Vi confermiamo al riguardo di possedere direttamente il 99% e indirettamente l'1% dell'attuale capitale azionario della predetta Parona Servizi S.p.A. della quale abbiamo l'effettivo controllo. Riconosciamo che il suaccennato finanziamento alla Parona Servizi S.p.A. viene effettuato sulla base del controllo da noi esercitato sulla società medesima, controllo che intendiamo mantenere. Con la presente ci impegniamo a mettere in grado l'anzidetta nostra controllata di far fronte puntualmente, in ogni caso, alle sue obbligazioni nei Vostri confronti dipendenti dal succitato finanziamento. Vi assicuriamo inoltre che nell'eventualità in cui intendessimo non più mantenere una partecipazione di controllo diretto e/o indiretto nella Parona Servizi S.p.A. Ve ne daremo comunicazione scritta con 120 (centoventi) giorni di preavviso. Nell'ipotesi di perdita del controllo ci impegniamo sin d'ora a procurarvi una ordinaria garanzia di Vostro gradimento a copertura di ogni Vostra ragione di credito dipendente dal finanziamento in argomento". Con separata nota, poi l'amministrazione comunale si impegna: "a provvedere durante l'intera durata del finanziamento su menzionato, alla copertura di eventuali perdite che dovessero emergere durante la gestione della "Parona Multiservizi S.p.A.", al fine di mantenere integro e congruo il capitale sociale ed il patrimonio netto della Società medesima; a considerare i pagamenti semestrali dovuti a "Parona Multiservizi S.p.A." - in forza della Convenzione del 10/12/2003 rep.542 e successivo Atto Integrativo del 28.9.2005 prot. 4066 stipulati tra questo Comune e la "Parona Servizi S.p.A.", ora trasferiti alla "Parona Multiservizi S.p.A." in conseguenza dell'atto di fusione su indicato - quote di un "Finanziamento infruttifero dei soci" avente carattere postergato rispetto al rimborso del finanziamento di cui sopra".

Così, anche per il finanziamento di Euro 1.500.000,00 concesso dalla Banca Opi alla Parona Servizi S.p.A., veniva rilasciata una lettera di *patronage* del seguente tenore: "Vi confermiamo al riguardo di possedere direttamente il 100% dell'attuale capitale azionario della predetta Parona Servizi S.p.A. della quale abbiamo l'effettivo controllo. Riconosciamo che il suaccennato finanziamento alla Parona Servizi. S.p.A. viene effettuato sulla base del controllo da noi esercitato sulla società medesima, controllo che intendiamo mantenere. Con la presente ci impegniamo a mettere in grado l'anzidetta nostra controllata di far fronte puntualmente, in ogni caso, alle sue obbligazioni nei Vostri confronti dipendenti dal succitato finanziamento. Vi assicuriamo inoltre che nell'eventualità in cui intendessimo non più mantenere una partecipazione di controllo diretto nella Parona Servizi S.p.A. Ve ne daremo comunicazione scritta con 120 (centoventi) giorni di preavviso. Nell'ipotesi di perdita del controllo ci impegniamo sin d'ora a procurarvi una ordinaria garanzia di Vostro gradimento a copertura di ogni Vostra ragione di credito dipendente dal finanziamento in argomento". La lettera di *patronage* è qualificabile come "forte" in quanto accompagnata dall'ulteriore impegno del Comune di Parona di coprire, "per tutta la durata del finanziamento", le eventuali perdite che dovessero emergere durante la gestione della Società anzidetta" e di "provvedere durante l'intera durata del finanziamento su menzionato, alla copertura di eventuali perdite che dovessero

emergere durante la gestione della "Parona Multiservizi S.p.A.", al fine di mantenere integro e congruo il capitale sociale ed il patrimonio netto della Società medesima". L'esposizione debitoria del Comune che garantisce personalmente i debiti della sua partecipata verso terzi desta ancora più preoccupazione in merito ai debiti che la Parona Multiservizi S.p.A. ha contratto con la Banca Agricola Mantovana. Infatti, con riferimento a questi, il Comune di Parona non solo rilascia una lettera di *patronage*, ma addirittura per l'eventuale insolvenza della partecipata, rilascia una garanzia a prima richiesta. Infatti, nel documento (prot. 4904 del 4 dicembre 2006) acquisito nel corso dell'istruttoria si legge: "Con riferimento ai finanziamenti accordati o che accorderete alla nostra Consociata Parona Multiservizi S.p.A. con la presente Vi confermiamo che il pacchetto azionario della predetta società è da noi detenuto nella misura del 100%. In relazione a quanto sopra, Vi diamo assicurazione che sarà nostra premura informarVi preventivamente qualora intendessimo cedere anche parzialmente, detta partecipazione, e per il caso che tale ipotesi potesse verificarsi, ci impegniamo sin d'ora espressamente rimossa ogni e qualsiasi eccezione o contestazione potesse in qualsiasi tempo e da parte di chiunque esserVi al riguardo proposta a rimborsarVi prontamente ed a semplice Vostra richiesta, di quanto dovuto Vi dalla Parona Multiservizi S.p.A. per capitale, interessi, accessori e spese sino alla concorrenza massima di euro € 1.350.000,00 (unmilionetrecentocinquantamila/00). Inoltre, per il caso che la nostra Consociata Parona Multiservizi S.p.A. si rendesse per qualsiasi motivo insolvente nei Vostri confronti, ci impegniamo parimenti a rimborsarVi prontamente ed a semplice Vostra richiesta scritta di quanto dovutoVi dalla Parona Multiservizi S.p.A.".

Dunque, esaminato il contenuto delle garanzie rilasciate dal Comune per i debiti contratti dalla sua società partecipata di primo livello, la Sezione osserva che l'operazione finanziaria posta in essere dal Comune di Parona attraverso la società interamente partecipata Parona Multiservizi S.p.A. (già Parona Servizi S.p.A.) viola la normativa sul rilascio di garanzie da parte degli enti locali (art. 207 TUEL).

Infatti, il sindaco *pro tempore* rilascia garanzie per importi considerevoli, violando il disposto della norma in esame, sia con riferimento alla competenza soggettiva ad emanarle (Consiglio), sia con riferimento al calcolo degli interessi, che dovrebbero entrare a far parte della capacità di indebitamento, alla stregua di quelli delle garanzie fideiussorie (ultimo comma art. cit.) (in questo senso si veda Corte dei Conti, sez. contr. Lombardia parere n. 92/2010; Corte dei Conti, sez. contr. Emilia Romagna, Deliberazione n. 17/2011/PRSP del 7 aprile 2011).

Concludendo in merito a queste prime irregolarità gestorie evidenziate, questa Sezione dichiara non attendibile la percentuale di indebitamento indicata dal Comune di Parona nei consuntivi 2008 e 2009 in merito alla prescrizione contenuta nell'art. 204 TUEL, nonché accerta l'intervenuta violazione dell'art. 207 TUEL.

B) Depauperamento del patrimonio del comune di Parona per aver corrisposto oneri finanziari ingiustificati sotto il profilo sia dell'an sia del quantum.

A prescindere da quanto sin qui detto circa lo spostamento dell'indebitamento dal bilancio comunale al bilancio della società partecipata, questa Sezione non può esimersi dall'evidenziare alcune perplessità non solo sul fenomeno in sé, ma anche sulla necessità del Comune di procedere (tramite la sua partecipata) a contrarre l'indebitamento per lo svolgimento delle attività e la realizzazione dei lavori indicati

nella convenzione del 2003, nonché sull'entità degli oneri passivi che hanno gravato sulla partecipata (ed in ultima istanza sul Comune di Parona) per la contrazione dei finanziamenti.

Sotto il profilo dell'*an* ci si limita ad osservare che il Comune di Parona percepisce già dalla società Lomellina Energia S.r.l. (in forza di convenzione stipulata in data 20 ottobre 1997) ingenti contributi finanziari per la gestione del termovalorizzatore.

In questo senso, prendendo in esame la convenzione che il comune di Parona e la provincia di Pavia hanno stipulato il 5 luglio 2002, emerge che con questo atto le parti non solo definiscono i contributi che potranno esigere dalla società Lomellina Energia S.r.l. per l'utilizzazione dell'impianto per la produzione di energia, bensì regolamentano anche l'esecuzione delle opere pubbliche correlate all'impianto stesso. In maggior dettaglio, con l'atto in parola, le parti regolamentano le modalità di finanziamento e di esecuzione delle opere, identificate e convenute nel protocollo d'intesa: l'amministrazione provinciale di Pavia e il comune di Parona concordano che le opere ed i lavori a carico dell'ente comunale verranno finanziati per mezzo dei contributi di concessione versati da Lomellina Energia S.r.l., così come previsto nella suddetta convenzione.

In questo quadro e premesso che il Comune in questione ha solo circa 2060 abitanti, è di non facile comprensione la considerevole esposizione debitoria della sua partecipata di primo livello verso le banche, visto che il Comune di Parona ha in questi anni goduto di una costante "liquidità" per i contributi erogati dalla Lomellina Energia S.r.l.. In particolare, basta ricordare che l'ammontare dei contributi trasferiti da Lomellina Energia S.r.l. al comune di Parona per il periodo che va dal 2000 al 20 luglio 2007 è pari a circa € 8.363.800,00 (dato ricavato dal documento relativo all'accordo del 10 ottobre 2007).

Si aggiunga che oltre a questi contributi, la Lomellina Energia S.r.l. - in base ad un accordo economico stipulato in data 22 aprile 2010 - eroga al comune di Parona ulteriori contributi sotto forma di "sostegno economico" per la realizzazione/completamento delle opere pubbliche (detto sostegno economico avviene mediante il versamento in cinque rate annuali dell'importo complessivo di Euro 1.500.000,00). Il contributo della Lomellina Energia, con vincolo di destinazione per la realizzazione delle opere pubbliche, trova riscontro anche nel punto 6 dell'accordo ove le parti stabiliscono che il Comune "installerà nelle opere più significative una targa perpetua recante la dicitura "opera realizzata con il contributo della società Lomellina Energia".

Dunque, è evidente che, per la realizzazione delle opere affidate alla Parona Multiservizi S.p.A., il Comune di Parona, nonostante le sue piccole dimensioni, ha sempre goduto di una considerevole liquidità che non rende facilmente intellegibili le ragioni che lo hanno condotto a stipulare i cinque contratti di finanziamento - di cui si è detto - per la complessiva somma di € 9.800.000,00 (somma relativa alla sola parte capitale). Si aggiunga che, generalmente, la corresponsione dei SAL nel corso di esecuzione di opere pubbliche avviene scadenzata nel tempo per cui, in questo senso, la periodicità dei versamenti da parte della Lomellina Energia S.r.l. non è preclusiva all'avanzamento dei lavori.

A queste considerazioni sotto il profilo dell'*an* non possono che aggiungersi ulteriori perplessità sotto il profilo del *quantum* degli oneri passivi sostenuti dall'ente locale per questi contratti di indebitamento. A titolo esemplificativo, come emerge dal

piano di ammortamento relativo al contratto di finanziamento concluso con l'OPI per 6 milioni di euro, la Parona Multiservizi S.p.A. sostiene oneri passivi (a titolo di interessi di preammortamento, di interessi passivi e di commissioni) per la somma di circa € 1.821.572,62.

Infine, pur non essendo questa la sede per l'accertamento di eventuali responsabilità di carattere erariale, ulteriori perplessità sotto il profilo dell'esistenza di eventuali danni erariali vengono in rilievo in merito alla delibera assunta il 15 settembre 2004 dalla giunta comunale di Parona (deliberazione n. 90). In particolare, nella richiamata delibera, la giunta comunale - dopo aver precisato che, in virtù della convenzione sottoscritta in data in data 10 dicembre 2003, la Parona Servizi S.p.A. ha tra le funzioni trasferite anche quella di realizzare il programma di investimento delle opere viabilistiche del Comune - liquida in favore della società partecipata Parona Servizi S.p.A. la somma di Euro 150.000,00.

Nella delibera in parola si legge che detta somma deve essere destinata al pagamento della parcella emessa dalla società A & R Project Consulting S.r.l. e dalla Banca Profilo S.p.A. per "la pratica di un finanziamento andato a buon fine ottenuto da Parona Servizi e per il quale hanno prestato la loro consulenza ed assistenza". Nella delibera si precisa tale somma è esclusivamente anticipata dal comune e dovrà essere rimborsata. Dalla documentazione acquisita in sede di istruttoria emerge che, nel corso dell'anno 2007, la Parona Multiservizi S.p.A. restituisce la somma anticipata dal Comune.

La delibera della giunta comunale suscita perplessità sia perché è indicativa del fatto che la società partecipata, non avendo liquidità per pagare le commissioni richieste da intermediari finanziari, ricorre al finanziamento del socio-Comune di Parona; sia perché il conferimento di questo incarico è un ulteriore indice della violazione delle norme che regolano il ricorso all'indebitamento degli enti locali e che la società Parona Servizi S.p.A. è stata utilizzata dall'ente locale di riferimento quale strumento esclusivo per ricorrere all'elusione delle norme in parola.

La finalità elusiva del mandato in favore dell'intermediario finanziario emerge documentalmente dalla lettura delle condizioni contrattuali che regolano il rapporto in essere con la Banca Profilo. In particolare, sotto il punto g) (garanzie del finanziamento) del regolamento contrattuale, si legge che la finalità del mandato è proprio quella di concludere un finanziamento la cui "struttura delle garanzie" non debba "in alcun modo configurarsi come un impegno debitorio e/o una passività del Comune, ai sensi del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e della recente legge finanziaria n. 289/2002". In altri termini, deve essere rispettata la "necessità che l'impegno finanziario assunto con il presente finanziamento non vada a gravare direttamente sugli impegni del Comune".

Si aggiunga che, dalla documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria (nota del 7 aprile 2003 dell'amministratore unico della società A & R Project Consulting S.r.l.), lo stesso consulente finanziario afferma a chiare lettere che "a seguito dei colloqui intercorsi con il sindaco ed il vice sindaco del Comune di Parona abbiamo ricevuto verbalmente mandato per lo studio della migliore forma di finanziamento tramite l'utilizzo di crediti futuri derivanti dalla Convenzione stipulata tra il Comune e la Lomellina Energia S.p.A. Successivamente, per una serie di opportunità, il Comune ha deciso di costituire la Parona Servizi S.p.A., da Lei rappresentata, per realizzare

opere infrastrutturali a beneficio della collettività e di dotarla dei mezzi finanziari attraverso il trasferimento degli effetti della convenzione di cui sopra. Pertanto, in virtù di quanto sopra, abbiamo attivato la nostra struttura alla ricerca di quel partner bancario ideale per il reperimento dei mezzi finanziari necessari per il raggiungimento degli obiettivi della Parona Servizi S.p.A. Dopo mesi di riunioni con i rappresentanti del Comune e degli istituti di credito contattati, tra cui la banca tesoreria del Comune, in cui presentavamo l'articolato progetto di finanziamento abbiamo finalmente trovato nella Banca Profilo S.p.A. il partner ideale in grado di fornirci i mezzi finanziari per il raggiungimento degli scopi della vs. società. Pertanto, vi confermiamo il nostro interesse ad assistervi fino alla delibera di finanziamento". Dalla documentazione in atti, dunque, emerge chiaramente non solo che l'incarico ai consulenti finanziari è stato conferito dall'amministrazione comunale per far reperire finanziamenti in elusione della normativa che regola l'indebitamento degli enti locali, bensì anche che tale finalità è stata perseguita gravando la società partecipata e, in ultima istanza il socio unico Comune di Parona, dei costi di commissione degli intermediari finanziari per la somma di Euro 150.000,00 di cui alla delibera della giunta comunale di Parona n. 90 del 15 settembre 2004.

La circostanza sin qui accertata trova ulteriore riscontro nella nota del 10 luglio 2003 del Presidente della Parona Servizi S.p.A. che, in risposta alla nota dell'amministratore unico della società A & R Project Consulting S.r.l., conferisce a quest'ultimo "l'incarico di proseguire il rapporto di consulenza, iniziato a suo tempo con il Comune di Parona, per un finanziamento a lungo termine fino a € 6.000.000,00 (seimilioni) in favore di Parona Servizi S.p.A.".

In conclusione, con riferimento alle irregolarità sin qui prese in esame, la Sezione rileva che l'amministrazione comunale ha tenuto una condotta che presenta criticità sia sotto il profilo della scelta di indebitarsi verso istituti di credito per importi di particolare rilievo (soprattutto per un Comune di circa duemila abitanti), sia in ordine all'assenza di una qualsiasi ricognizione sui costi derivanti da detto indebitamento per oneri passivi a vario titolo (ovvero, a titolo di interessi, di interessi di preammortamento e di commissioni diversamente nominate).

Inoltre, particolare preoccupazione desta il contratto di consulenza affidato all'intermediario finanziario in quanto, non solo il Comune non ha consegnato (nonostante la specifica richiesta del Magistrato Istruttore in tal senso) documentazione comprovante la reale attività svolta dall'intermediario, ma dalla documentazione in atti emergerebbe appunto che la finalità del mandato era proprio quella di eludere le norme del TUEL che disciplinano l'indebitamento degli enti locali.

C) Depauperamento del patrimonio dell'ente locale derivante dal ripetuto ripiano perdite della società partecipata e dalla remissione di debito in favore della stessa senza l'esplicitazione della ragione giuridica sottostante.

Come ha già osservato questa Sezione, l'ente locale che, in sede di esercizio della propria discrezionalità, decide di acquisire o costituire una società, "non solo deve tenere conto dei limiti che le recenti disposizioni di legge hanno posto a tale scelta discrezionale, bensì deve anche tener conto delle caratteristiche dello strumento scelto per operare. L'ente locale, nell'effettuare la scelta discrezionale sulla tipologia di strumento giuridico di cui intende avvalersi per perseguire le finalità a cui è

istituzionalmente deputato, non può prescindere dalla “causa” (in chiave civilistica) o dalla funzione economico-sociale (in chiave economica) tipica del contratto societario che tradizionalmente è identificata nello svolgimento di un’attività di impresa finalizzata allo scopo di lucro.

Dunque, con riferimento a quest’ultima valutazione che deve compiere l’ente locale in sede di esercizio della propria discrezionalità, l’ente medesimo deve contemperare gli interessi di cui è portatore quale esponente della collettività di riferimento”, “con gli interessi di cui è portatore nella qualità di socio, ovvero quello di conseguire un utile o, comunque, un riS.p.A.rmio di spesa mediante l’impiego dello strumento societario.

In concreto, il contemperamento di queste molteplici esigenze deve tradursi in un equilibrio economico e finanziario della società in cui partecipa. Ciò non significa che, a priori, è preclusa all’ente locale la possibilità di contribuire finanziariamente o economicamente alla gestione della propria partecipata per rendere un servizio migliore alla collettività di riferimento. In particolare, l’ente locale può prevedere che nel corso degli esercizi erogherà una contribuzione in favore della propria partecipata, ma detta previsione da parte dell’ente locale-socio deve essere programmata sulla scorta di un piano industriale e di un piano degli investimenti. Solo in questo caso la contribuzione dell’ente locale in favore della propria partecipata è compatibile con l’impiego corretto dello strumento societario; infatti, solo sulla scorta di una corretta programmazione degli investimenti la contribuzione dell’ente può essere finalizzata a consentire che la propria partecipata raggiunga nel tempo un equilibrio economico e finanziario.

In altri termini, l’ente locale non può limitarsi ad intervenire per ripianare le perdite della propria partecipata senza un piano degli investimenti; la programmazione dei contributi che l’ente locale erogherà alla propria società partecipata deve essere finalizzata a consentirle di rimanere in equilibrio economico e finanziario” (si veda in questi termini la delibera Lombardia/1052/2010/PRSE del 14 dicembre 2010).

Nel caso di specie, l’amministrazione comunale di Parona costituisce la Parona Servizi S.p.A. per affidarle le funzioni di cui all’accordo del 10 dicembre 2003 (realizzazione del programma di investimenti delle opere viabilistiche; raccordo ferroviario; gestione del ciclo integrato delle acque-depuratore; servizi informatici e telecomunicazioni; produzione e distribuzione dell’energia-teleriscaldamento). Tuttavia, come emerge dalle ripetute riduzioni di capitali per perdite della società partecipata con contestuali aumenti di capitale da parte del socio unico Comune di Parona, la società medesima non è in grado di mantenere l’equilibrio economico-finanziario necessario per espletare le funzioni assegnatele dal Comune il 10 dicembre 2003.

In maggior dettaglio, già il 23 aprile 2004, nel corso dell’assemblea straordinaria della società Parona Servizi S.p.A., l’organo societario delibera di coprire la perdita di € 43.888,00, risultante dal bilancio relativo all’esercizio sociale chiusosi al 31 dicembre 2003. Ai sensi dell’art. 2447 c.c., la società decide prima di ridurre il capitale sociale per l’importo di € 43.888,00 (portando il capitale stesso ad € 56.112,00) e, poi, di procedere alla sua ricostituzione ad € 100.000,00 mediante il versamento di € 43.888,00 da parte dei soci (ovvero, il Comune di Parona per il 99% e la Casa per l’Anziano - a sua volta detenuta dal Comune di Parona - per l’1%).

Nella medesima assemblea, dopo aver ricostituito il capitale sociale eroso per perdite, l'assemblea straordinaria decide di deliberare anche un aumento del capitale sociale per un importo pari ad € 500.000,00 mediante emissione di n. 100.000 nuove azioni interamente sottoscritte dal Comune di Parona, portando il capitale sociale della Parona Servizi S.p.A. ad € 600.000,00.

La ricapitalizzazione da parte del Comune di Parona avviene attraverso un conferimento immobiliare; più precisamente appezzamento di terreno della superficie complessiva di mq. 25.332 avente un valore di € 544.885,00. Il conferimento in natura avviene ai sensi dell'art. 2342 e ss. c.c., ovvero il valore dei beni conferiti (oggetto di specifica perizia giurata redatta ai sensi dell'art 2343 c.c.).

Già nei mesi precedenti (25 febbraio 2004), il consiglio comunale di Parona (delibera n. 11) aveva stabilito di conferire alla Parona servizi S.p.A., appezzamenti di terreno siti in territorio comunale e, precisamente, mappale n. 555 (già 514/b) e mappale n. 518 del foglio 8. Nella delibera, il Consiglio Comunale specifica che il conferimento dei beni immobili in favore della propria società partecipata avviene con la finalità di aumentare il capitale della società Parona Servizi S.p.A..

Successivamente, la giunta comunale di Parona (deliberazione n. 109 del 20 settembre 2006) decide di assegnare le aree P.I.P. -rinunciate dalle ditte Vandax S.r.l. e Cemi S.r.l.- alla Parona Multiservizi S.p.A. per un corrispettivo totale di € 107.373,45 +iva. Questo importo viene versato alle ditte rinuncianti direttamente dalla società Parona Multiservizi S.p.A. (già Parona Servizi S.p.A.), piuttosto che dal comune di Parona; tuttavia, la società partecipata, per effettuare detto pagamento, impiega una somma che il comune gli eroga a titolo di anticipazione delle operazioni contabili. Nella delibera di giunta, viene stabilito che tale anticipazione verrà rimborsata dalla società al comune di Parona in anni sette a partire dall'anno 2007. Pur prendendo atto che, dalla documentazione acquisita in sede di istruttoria, questo finanziamento è stato rimborsato dalla Multiservizi S.p.A. in tre soluzioni tra il gennaio 2008 ed il febbraio 2009, si deve segnalare comunque che il finanziamento operato dal Comune in favore della sua partecipata è indice di incapacità di quest'ultima di mantenere un autonomo equilibrio economico-finanziario.

In data 31 gennaio 2008, parte dell'apezzamento di terreno che era stato oggetto di conferimento in natura nel 2004 per aumentare il capitale sociale diventa oggetto di compravendita tra la società Parona Multiservizi S.p.A. e la società CLIR S.p.A.

Nello stesso senso, viene in rilievo la delibera n. 4 del 26 gennaio 2007, con cui il consiglio comunale di Parona dichiara di essere favorevole "per l'ulteriore finanziamento richiesto dalla soc. Parona Multiservizi S.p.A. a fronte dell'investimento relativo alla realizzazione e completamento del secondo lotto tratto fognario della zona industriale e commerciale posta al di là della rete ferroviaria, nonché realizzazione rotatoria, innesto nuova circonvallazione, strada degli asini e strada vicinale vecchia per Vigevano e ultimazione scalo ferroviario, e quindi definire la concessione di mutui richiesti alla Banca Agricola Mantovana".

In questo quadro di deficienza finanziaria della società partecipata si inserisce anche la delibera dell'assemblea ordinaria dei soci della Parona Multiservizi S.p.A. del 16 aprile 2010, dove l'organo societario - dopo aver approvato il bilancio chiuso al 31 dicembre 2009 - rinvia all'assemblea straordinaria, convocata immediatamente dopo, qualsiasi decisione in merito alla copertura delle perdite degli esercizi 2008/2009. Nell'assemblea straordinaria riunitasi davanti al notaio Trotta, alla

presenza dell'unico socio Comune di Parona in persona del sindaco *pro tempore*, il presidente del consiglio di amministrazione fa presente che la società intende coprire la perdita operando sul capitale sociale e propone:

- “a) la rinuncia del socio unico al finanziamento soci di Euro 156.112,00;
- b) di ridurre il capitale sociale ad Euro 258.269,00 mediante annullamento di n. 462.866 azioni da 1 Euro cadauna”.

L'assemblea all'unanimità, dunque, delibera di approvare la situazione patrimoniale della società (bilancio di esercizio alla data del 31 dicembre 2009) dalla quale emerge una perdita complessiva pari ad € 618.998,00, di rinunciare al finanziamento soci di € 156.112,00 e di ridurre il capitale sociale per perdite ad € 258.269,00.

Con riferimento a questa operazione emerge solo che il consiglio comunale di Parona (con la delibera n. 38 del 16 giugno 2010) prende atto che “l'assemblea della Soc. Parona Multiservizi S.p.A. ha deciso la riduzione del capitale sociale da € 721.155,00 ad € 258.269,00 per una perdita pregressa portata a nuovo nel bilancio nuovo di detta Società di € 522.140,00, oltre la perdita dell'ultimo esercizio di € 96.858,00, procedendo a coprire tali perdite operando sul capitale sociale con la rinuncia del socio unico a finanziamento soci di € 156.112,00 e la riduzione del capitale sociale ad € 258.269,00 mediante annullamento di n. 462.886 azioni da 1 Euro cadauna”.

Nonostante, il Magistrato istruttore abbia più volte richiesto l'invio della delibera con cui il Comune di Parona assumeva la decisione di rinunciare al credito per la restituzione del finanziamento € 156.112,00 (operato nella qualità di socio unico), l'amministrazione comunale ha inviato solo il verbale della delibera di presa d'atto alla rinuncia avvenuta in sede di assemblea della società dove, nell'interesse del socio unico, era comparso il sindaco *pro tempore*.

Questa Sezione, in linea generale, osserva che i versamenti che il socio opera a titolo di finanziamento costituiscono una forma di prestito con obbligo di rimborso del capitale da parte della società (quando si è in presenza di una S.r.l., la restituzione del finanziamento, per tutelare i terzi creditori, può essere postergata ai sensi dell'art. 2467 c.c.). Dunque, con il finanziamento operato dal socio, il soggetto finanziatore nell'erogare la somma non manifesta la volontà di vincolarla come quota di capitale sociale. In questo senso, mentre i versamenti in conto capitale non impongono l'obbligo di restituzione (perché la natura di tali apporti è di capitale e non di finanziamento), diversamente i finanziamenti dei soci rimborsabili sono dei veri e propri crediti che i soci vantano nei confronti della società a fronte della corresponsione di una determinata somma di denaro.

Poiché la “causa” giuridica sottesa a quest'ultima forma di versamento è quella propria dei contratti in *latu sensu* di finanziamento, da un punto di vista contabile, come per qualsiasi rapporto di finanziamento, la società dovrà inserire il finanziamento nell'aggregato D del passivo dello stato patrimoniale, punto n. 3 (Debiti verso soci per finanziamenti). Diversamente, i versamenti in conto capitale, a livello di classificazione nello stato patrimoniale, sono contabilizzati nel patrimonio netto come riserve di capitale e iscrivibili, secondo lo schema civilistico dell'art. 2424 c.c., fra le “altre riserve” con distinta indicazione (quest'ultima diversa modalità di iscrizione nello stato patrimoniale trova la sua *ratio* nel fatto che i versamenti in

conto capitale si connotano per apporti con natura di capitale di rischio e non come finanziamenti soci rimborsabili).

Ne consegue che il socio che intende rinunciare alla restituzione del versamento effettuato a titolo di "finanziamento soci rimborsabile", dovrà ricorrere all'istituto giuridico della remissione di debito disciplinato dagli artt. 1236 e ss. c.c.

Tuttavia, quando quest'ultima operazione viene effettuata da un socio pubblico la relativa delibera deve essere adottata dall'organo dell'amministrazione comunale deputato alla gestione delle risorse finanziarie dell'ente locale, esplicitando la "causa giuridica" sottesa alla remissione di debito (onde evitare che tale remissione di debito si traduce in una mera liberalità in favore della propria società partecipata o, addirittura, sia finalizzata a ridurre le passività della partecipata medesima per dissimulare l'incapacità della società di mantenere un suo equilibrio economico-finanziario).

Dunque, anche sotto questo profilo, l'operare dell'amministrazione comunale presenta irregolarità.

D) Mancata conciliabilità, in termini finanziari, tra i bilanci del Comune di Parona e la società interamente partecipata Parona Multiservizi S.p.A. per gli anni 2008 e 2009.

Speculare all'incapacità della società partecipata di mantenere un suo equilibrio economico-finanziario (di cui si è detto al punto precedente) è la questione relativa alle discrasie che presentano i consuntivi 2008 -2009 del Comune di Parona e i Bilanci relativi alle medesime annualità della società interamente partecipata dal Comune medesimo. Questa Sezione, pur essendo consapevole che i due soggetti giuridici in parola rappresentano il loro *modus operandi* secondo due sistemi contabili diversi tra loro (*alias*, contabilità finanziaria per l'ente locale e contabilità economica per la società partecipata), evidenzia che la contabilità di questi soggetti, in virtù del rapporto di partecipazione, deve comunque essere congruente.

In particolare, l'equilibrio contabile della società, come rappresentato nei bilanci per gli anni 2008 e 2009, è raggiunto, nel 2009, attraverso l'iscrizione di crediti per € 7.202.429,00 e, nel 2008, attraverso l'iscrizione di crediti per € 7.826.295,00.

Esaminando le note integrative dei bilanci, le voci più rilevanti delle richiamate attività dello stato patrimoniale sono, nel 2009, crediti verso clienti, in particolare, verso il Comune di Parona per € 5.388.253,00 (come da fatture emesse) ed € 31.950,00 (per fatture da emettere); nonché crediti verso imprese controllate (ovvero la Combitalia S.r.l.) € 1.209.321,00 a titolo di finanziamento infruttifero. Per il 2008, invece, nello stato patrimoniale risultano crediti verso clienti e, in particolare, verso il Comune di Parona per € 4.509.895,00 (per fatture emesse) ed € 1.282.351,00 (per fatture da emettere); nonché crediti verso imprese controllate (ovvero la Combitalia S.r.l.) € 1.209.321,00 a titolo di finanziamento infruttifero.

Con riferimento alle attività che contabilmente vengono iscritte a titolo di crediti verso la partecipata Combitalia S.r.l. si dirà successivamente (si veda punto F.2 della delibera), mentre in questa sede occorre evidenziare come dall'esame del questionario sui consuntivi 2008 e 2009 del Comune di Parona non risulta l'esposizione debitoria del Comune verso la sua partecipata Parona Multiservizi S.p.A. In maggior dettaglio, poiché la Parona Multiservizi S.p.A. indica di avere nel 2009, crediti verso il Comune di Parona per € 5.388.253,00 (come da fatture emesse),

detta somma dovrebbe anche rinvenirsi tra i residui passivi del Comune per il medesimo anno di competenza. Lo stesso dicasì per il 2008, dove la società partecipata indica crediti verso il Comune di Parona per € 4.509.895,00 (sempre facendo riferimento a fatture emesse).

Dunque, desta particolare preoccupazione che l'elevata esposizione debitoria del Comune verso la sua partecipata non risulti dal bilancio dell'ente locale, considerato che, nel caso di specie, la dissimulazione di residui passivi di somme così ingenti determinerebbe l'emergere di un disavanzo di amministrazione dell'ente locale. Sempre dai questionari, infatti, risulta che, nel 2008, il Comune registrava un avanzo di amministrazione di € 254.520,80 (di cui € 150.000,00 vincolato) e, nel 2009, un avanzo di € 320.174,53 (di cui € 150.000,00 vincolato).

E) Violazione dei principi di trasparenza a cui deve sottostare l'ente locale nella gestione delle proprie partecipazioni societarie.

La Parona Multiservizi S.p.A., risultato della fusione tra la società Casa per l'Anziano S.p.A. e Parona Servizi S.p.A., subentra, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2504 c.c. in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi propri delle società estinte.

Come si è visto in precedenza, già prima della fusione con la Casa per l'Anziano S.p.A., la Parona Servizi S.p.A. gestiva entrate finanziarie considerevoli derivanti dalla cessione dei crediti che il Comune di Parona ha costantemente percepito dalla Lomellina Energia S.r.l. per la localizzazione dell'inceneritore dei rifiuti all'interno del territorio comunale di Parona.

In questo quadro, non trova nessuna giustificazione logica la decisione dell'ente locale di deliberare la fusione tra due società quali la Parona Servizi S.p.A. (che, in virtù della convenzione n. 542 del 10 dicembre 2003 e dei successivi atti di integrazione, principalmente è deputata a realizzare opere stradali) e la Casa per l'Anziano S.p.A. che è deputata a gestire una residenza sanitaria per anziani.

In maggior dettaglio, con riferimento alla delibera n. 56 del 29 novembre 2004, con cui il consiglio comunale di Parona approva l'atto di indirizzo avente ad oggetto la fusione per incorporazione tra le società a capitale pubblico comunale Parona Servizi S.p.A. e Casa per L'Anziano S.p.A., questa Sezione non può esimersi dal rilevare la genericità ed inconsistenza della motivazione che giustificherebbe questo atto di fusione. In particolare, nella deliberazione in esame si legge che "l'operazione di fusione delle due società comunali rappresenta un'operazione di riorganizzazione e ristrutturazione che ha per obiettivo anche la crescita delle dimensioni dell'azienda comunale con la creazione di un unico soggetto per il raggiungimento di scopi strategici quali: economie di scala, sinergie di gestione sia nell'immediato sia in futuro con lo sviluppo nei vari servizi comunali di valenza sociale ed industriale".

A fronte di questa carenza di motivazione di cui alla delibera del Consiglio Comunale n. 56/2004, il magistrato Istruttore ha rinnovato la richiesta di chiarimenti in ordine alle ragioni che hanno condotto alla richiamata fusione.

Nella nota depositata all'adunanza del 4 luglio 2011, il sindaco *pro tempore* dichiara che "la Casa per l'Anziano S.p.A. nel periodo ante fusione generava perdite annuali, derivanti proprio dalla tipologia di attività: la sinergia attuata attraverso l'abbattimento del costo gestionale generale (duplicazione degli organi sociali c.d.a. e revisore dei conti e costi generali di direzione) in sé per sé ha generato riS.p.A.rmi quantificabili in una cifra compresa tra i 50.000 euro e gli 80.000 euro annui".

In questa sede, la Sezione rileva che anche quest'ultima argomentazione è del tutto generica e priva di qualsiasi riscontro; d'altra parte, è sufficiente osservare che nel 2009, gli organi della società hanno generato i seguenti costi: € 10.312,00 per ciascun consigliere di amministrazione; € 36.000,00 per l'amministratore delegato; € 12.000,00 per il Presidente del consiglio di amministrazione; il compenso minimo previsto dalle tariffe professionali per il collegio sindacale.

Questa fusione - tra due società che perseguono finalità del tutto differenti tra loro (ovvero, una finalità di esclusiva natura assistenziale per La Casa dell'anziano S.p.A. e la realizzazione di opere infrastrutturali e erogazioni di alcuni servizi per la Parona Servizi S.p.A.) - non solo non trova una ragione di facile comprensione da un punto di vista organizzatorio e di riS.p.A.rmio dei costi di gestione, ma suscita anche dubbi in ordine alla trasparenza dell'agire dell'amministrazione comunale per mezzo dei suoi organismi partecipati. Infatti, la fusione in un unico organismo societario non consente di rendere facilmente intellegibili le entrate e le uscite finanziarie connesse a ciascun ramo d'azienda frutto della fusione, tenuto conto del fatto che anche la gestione della RSA implica un flusso finanziario in entrata considerevole (la Regione Lombardia, su richiesta del Magistrato Istruttore, ha comunicato che l'ASL competente ha erogato a titolo di accreditamento dei posti letto le seguenti somme: per l'anno 2007 € 592.486,50; per l'anno 2008 € 598.503,40; per l'anno 2009 € 631.846,20).

Medesimi rilievi di carente motivazione emergono anche per la delibera n. 38, del 29 settembre 2005, con cui il consiglio comunale di Parona approva il progetto di fusione tra le società comunali Parona Servizi S.p.A. e Casa per l'Anziano S.p.A., nonché approva lo statuto della costituenda società "Parona Multiservizi S.p.A.". Nella delibera si precisa che la fusione avviene sulla base della situazione patrimoniale delle società interessate alla data del 31 dicembre 2004.

Il progetto di fusione elaborato dallo studio legale Colli, allegato alla delibera, individua i motivi della fusione nella constatazione che si è in presenza di due società per azioni constituenti bracci operativi in differenti settori dell'azione amministrativa del comune di Parona, oltre che nel fatto che il capitale sociale di entrambe le società risulta attualmente ed interamente di proprietà del comune di Parona che ne costituisce unico azionista. Nel progetto di fusione approvato dal consiglio comunale si legge che: "sussistono indubbi ragioni di economicità, convenienza e sinergia tali da giustificare la fusione delle medesime mediante la fusione delle due società con conferimento di entrambe in una nuova società".

A prescindere dalla genericità e dalla "carente tecnicità" delle argomentazioni evidenziate dal professionista in sede di redazione del progetto di fusione della società, questa Sezione osserva che anche l'affidamento dell'incarico da parte del Comune al professionista in parola desta perplessità sotto il profilo della trasparenza e dell'economicità.

Sotto il profilo della trasparenza, nella delibera n. 45 (adottata in data 30 marzo 2005 dal consiglio comunale di Parona), l'organo del comune si limita ad argomentare che, per dare avvio alle procedure per addivenire alla fusione delle due società e per predisporre il contratto di servizio, decide di avvalersi "della consulenza dell'avv. Giulio Colli con studio in Vigevano, via Carrobbio n. 9, professionista già conosciuto dall'ente, di fiducia di questa Amministrazione Comunale". Nella medesima delibera, l'organo comunale, infine, si limita a "dare atto che le competenze del

citato professionista saranno quantificate, impegnate e liquidate, secondo le vigenti tariffe professionali, con successive e separate determinazioni da adottarsi dal responsabile del servizio competente per materia, che viene a tal fine con la presente all'uopo autorizzato”.

Sotto il profilo dell'economicità, nel corso dell'istruttoria è emerso che, per questa attività, il Comune di Parona ha erogato al professionista la somma di € 19.571,88 a titolo di onorari per la predisposizione del progetto di fusione (il valore viene indicato al lordo, comprensivo della ritenuta d'acconto del 20%).

La Sezione osserva che il provvedimento con cui viene affidato detto incarico esterno è privo di qualsiasi motivazione. Detta carenza, nel caso di specie, è ancor più grave poiché l'incarico medesimo è stato conferito dall'amministrazione comunale in deroga alle disposizioni del codice civile (artt. 2501 ter e ss.) che dispongono che la redazione del progetto di fusione compete agli organi amministrativi delle società partecipanti alla fusione. In altri termini, il consiglio comunale nulla dice sulle ragioni sottese alla deroga delle norme civilistiche testé richiamate ed, in particolare, alle ragioni per cui i membri dei consigli di amministrazione delle società interessate (a loro volta già pagati dal socio unico Comune di Parona) non avessero i requisiti professionali per redigere il progetto che (proprio perché riguarda società interamente detenute dal medesimo socio) non presentava particolari complessità. In questo senso, lo stesso professionista risolve la questione relativa alla valutazione dei patrimoni delle società oggetto del progetto di fusione (generalmente, la questione più complessa per i progetti di fusione delle società) affermando quanto segue: “4. Ai fini della determinazione del valore del patrimonio netto delle società partecipanti alla fusione – e quindi per la determinazione del valore della singola azione- si è ritenuto che il valore contabile del patrimonio netto (capitale sociale più riserve) sia idoneo a rappresentare il valore del capitale economico delle due società partecipanti alla fusione”.

F) Abuso dello strumento societario (acquisizione societaria di secondo livello) per violare la normativa sull'evidenza pubblica ed inficiare la trasparenza dell'agire del Comune di Parona in materia di appalti.

Nella convenzione sottoscritta il 10 dicembre 2003 tra il comune di Parona e la sua partecipata di primo livello, nell'ambito della previsione circa l'affidamento di attività, beni e funzioni alla società Parona Servizi S.p.A. viene individuata anche la costruzione del raccordo ferroviario. Più precisamente, a pag.5 del testo (sub lettera B. Raccordo Ferroviario) si legge: “Sono iniziative che portano alla realizzazione in territorio comunale ed adiacente da parte di privati di un raccordo ferroviario su terreni in parte privati ed in parte su terreni comunali.

Il raccordo è finalizzato al deposito, raccolta e movimentazione delle merci delle attività artigianali ed industriali di Parona e di altri comuni. Alla società sono trasferite tutte le funzioni ed attività del Comune di Parona che opererebbe in virtù della capacità negoziale riconosciuta in capo agli Enti Locali per costituire e/o partecipare a società di capitali. Questa capacità deve, però, essere necessariamente funzionale agli scopi istituzionali dell'Ente e cioè diretta al perseguitamento di fini pubblicistici di quest'ultimo. La scelta del Comune in capo alla società è determinata dall'opportunità di promuovere la collaborazione di altri soggetti apportatori di capitali, di tecnologie, di competenze imprenditoriali e tecniche specifiche per conseguire fini istituzionali dell'Ente, e la volontà del Comune di Parona per mezzo

della Società di essere presente in compagni societarie, sia col capitale conferito che con gli amministratori dallo stesso nominati, per poter indirizzare l'attività sociale dall'interno, nei modi consentiti dalla disciplina civilistica, verso il conseguimento degli obiettivi di interesse pubblico che il Comune di Parona intende conseguire. La Società, dunque, potrà partecipare a tale iniziativa anche trovando con i privati la possibilità di partecipare alla realizzazione e conseguente gestione, o acquisendo una partecipazione nella società che realizzerà il raccordo e/o a percepire un canone commisurato ai volumi di traffico movimentati”.

F.1) La violazione delle regole sull'evidenza pubblica mediante acquisizione societaria di secondo livello.

L'amministrazione comunale ha impropriamente impiegato lo strumento della società di diritto privato interamente partecipata dall'ente locale medesimo non solo per eludere le regole dell'evidenza pubblica in sede di aggiudicazione di lavori pubblici, ma anche per eludere le norme che garantiscono la trasparenza in sede di esecuzione del contratto d'appalto di lavori.

Con riferimento alla fase dell'aggiudicazione, il Magistrato Istruttore, con nota del 17 gennaio 2011, ha invitato l'amministrazione comunale a chiarire se “per l'assegnazione dell'appalto avente ad oggetto la costruzione del raccordo ferroviario commissionato da Combitalia S.r.l. sia stata posta in essere procedura ad evidenza pubblica”.

Il sindaco del comune di Parona, con nota del 3 febbraio 2011 (prot. n. 597), ha comunicato che: “per l'assegnazione dell'appalto avente ad oggetto la costruzione del raccordo ferroviario commissionato da Combitalia S.r.l. non è stata posta in essere alcuna procedura ad evidenza pubblica, in quanto il contratto di appalto per la costruzione di tale raccordo era già esistente, stipulato nell'anno 2003 tra Nuova Semel S.r.l. (poi Combitalia S.r.l.) e la soc. M.C.F.T. Rail S.r.l., per cui, nell'anno 2004, con l'acquisto del 51% della Nuova Semel S.r.l. (poi Combitalia S.r.l.) da parte di Parona Servizi S.p.A., sono stati mantenuti in essere gli impegni precedentemente assunti con la succitata società M.C.F.T. Rail S.r.l., ”.

Le dichiarazioni rese dal sindaco trovano precisi riscontri documentali.

Il 3 maggio 2005, la Combitalia S.r.l. sottoscrive con la M.C.F. T. Rail S.r.l. (titolare del 49 % della stessa Combitalia S.r.l.) una scrittura privata avente ad oggetto un contratto di appalto per la costruzione di un raccordo ferroviario nel comune di Parona per un importo lordo di Euro 1.945.022,79 (al netto del ribasso l'importo è portato ad Euro 1.890.022,79). Con riferimento al prezzo dell'appalto, a pagina 2 del contratto, si legge: “Il prezzo dell'opera è determinato in Euro 1.890.022,79 in quanto il preventivo in sede di trattativa è stato ridotto di un ulteriore sconto del 5%; a tale importo andrà aggiunto solamente la somma di € 55.000,00 che viene riconosciuta a titolo di rimborso dei costi che l'appaltatore dovrà sostenere per gli oneri relativi alla sicurezza dei cantieri. La determinazione si intende fatta a corpo e non sarà soggetta ad alcuna variazione”.

Nelle premesse del contratto di appalto, inoltre, è scritto che “ in data 28/07/2004 è stata stipulata scrittura privata con la quale la Parona Servizi S.p.A. si impegnava ad acquistare una quota sociale di € 5.100,00, pari al 51% del Capitale Sociale della “Nuova Semel S.r.l.” (ora COMBITALIA S.r.l.) al prezzo di € 510.000,00 (allegato n.1); - che detta scrittura privata richiamava l'esistenza di un contratto di appalto stipulato tra la “Nuova Semel S.r.l.” (ora COMBITALIA S.r.l.) e la M.C.F. T. Rail S.r.l. per la

costruzione del raccordo ferroviario a Parona e che, con la stessa scrittura privata, la Parona Servizi S.p.A. si era dichiarata disponibile a far mantenere alla propria controllata tale impegno a condizione di poter meglio valutare l'intero accordo".

In ottemperanza agli impegni assunti con la scrittura privata del 28 aprile 2004 la Combitalia S.r.l. procedeva a verificare le modalità esecutive e i costi dell'opera e determinava di richiedere alla M.C.F. T. Rail S.r.l. la redazione di un nuovo preventivo, il relativo computo metrico e la revisione dei prezzi esposti nel precedente contratto.

Il 21 marzo 2005, la società M.C.F. T. Rail S.r.l., faceva pervenire alla Combitalia S.r.l. un preventivo di spesa ed il computo metrico dettagliato migliorando a favore del committente le modalità esecutive ed il prezzo del contratto precedentemente stipulato. Sempre nelle premesse del contratto di appalto si legge: "che il committente intende affidare in appalto all'appaltatore la costruzione dello scalo ferroviario di Parona che dovrà essere realizzato in conformità al progetto esecutivo".

Alla luce della documentazione esaminata e di quanto dichiarato dal sindaco, dunque, è evidente che, in violazione delle regole sull'evidenza pubblica, il Comune ha agito come un mero soggetto di diritto privato (mediante lo "schermo" della Società Parona Servizi S.p.A.) legittimando tale operato con il subentro nella proprietà della società Combitalia S.r.l., che chiede una revisione del prezzo del contratto di appalto avente ad oggetto la costruzione del raccordo ferroviario di Parona, ma non procede, così come prescrive la legge, alla sua assegnazione con ricorso alla procedura ad evidenza pubblica.

In altri termini, il Comune di Parona, per il tramite della sua partecipata Parona Servizi S.p.A., si "impegna" – con la scrittura privata del 28 aprile 2004 – ad acquistare il 51% del capitale sociale della Nuova Semel S.r.l. (successivamente Combitalia S.r.l.) e, di conseguenza, si impegna a subentrare (dietro lo schermo della sua partecipata di secondo livello, Combitalia S.r.l.) nel contratto di appalto stipulato in precedenza tra due società private, ponendo come unica condizione la possibilità di poter meglio valutare l'intero accordo. In virtù del dettato normativo, appare evidente l'illegittimità della scelta operata, in quanto se la società a totale partecipazione pubblica – in questo caso, la Parona Servizi S.p.A. – non intendeva eseguire direttamente i lavori o i servizi affidategli direttamente dal Comune, prima di individuare il soggetto terzo a cui affidare detti lavori o servizi avrebbe dovuto seguire le procedure di evidenza pubblica.

D'altra parte, l'affidamento diretto di servizi da un'amministrazione aggiudicatrice ad un'impresa collegata non può avvenire nell'ipotesi in cui l'impresa collegata non intenda svolgere direttamente il servizio oggetto dell'appalto. Si aggiunga che le due società, la Combitalia S.r.l. e la soc. M.C.F.T. Rail S.r.l., al momento della sottoscrizione del nuovo contratto di appalto presentavano "contaminazioni di fatto" che rendono ancora più dubbia l'operazione sotto il profilo della trasparenza (in particolare, l'amministratore unico della soc. M.C.F.T. Rail S.r.l., era allo stesso tempo socio di minoranza della Combitalia S.r.l.; nonché, in precedenza –ovvero, al momento della stipula del primo contratto di appalto con la società M.C.F.T. Rail S.r.l.- era anche amministratore unico della società Nuova Semel S.r.l., poi Combitalia S.r.l.).

In altri termini, il Comune di Parona subentrando, per il tramite della partecipata di primo livello che acquista quote societarie di una società privata, in un regolamento contrattuale già in essere tra due società private, elude le norme imperative di legge che regolano la fase dell'aggiudicazione di lavori e servizi.

Alla stregua di quanto sin qui esposto, come ha già ricordato questa Sezione in un'analoga vicenda, "la condotta tenuta dall'amministrazione comunale, non solo è priva dei connotati di trasparenza e imparzialità che devono caratterizzare l'agire della Pubblica amministrazione in ragione del dettato costituzionale contenuto nell'art. 97, bensì è anche illegittima" (C. Conti., sez. contr. Lombardia, Delibera n. 1052/ PRSE del 14 dicembre 2010).

Si precisa che, nel corso dell'istruttoria, non sono state effettuate verifiche sulle procedure seguite dalla Multiservizi Parona S.p.A. per la realizzazione delle altre opere pubbliche oggetto della convenzione con il Comune di Parona.

F.2) Carente controllo sulla partecipata di secondo livello in sede di esecuzione dei lavori affidati alla stessa direttamente senza il rispetto della normativa sull'evidenza pubblica.

Ai rilievi sin qui mossi sotto il profilo della pubblicità e trasparenza in sede di affidamento dei lavori alla società partecipata di secondo livello, ulteriori criticità debbono essere poste in evidenza sotto il profilo dei controlli che il Comune di Parona, anche attraverso la partecipazione di primo livello, avrebbe dovuto effettuare nel corso dell'esecuzione dei lavori per la realizzazione del raccordo ferroviario.

Preliminarmente, occorre ricordare che nel corso dell'assemblea della Parona Servizi S.p.A. tenutasi 18 marzo 2004, al primo punto all'ordine del giorno viene trattata la questione sullo scalo ferroviario – Nuovo Semel S.r.l.: determinazioni. Il presidente del consiglio di amministratore (alla presenza del collegio sindacale e del sindaco del Comune di Parona quale rappresentante dei soci) aggiorna l'assemblea sull'evoluzione del progetto riguardante lo scalo ferroviario. In particolare, fornisce le seguenti informazioni:

1. "non è stato versato l'acconto ai signori Orizio di euro 50.000,00, come prevedeva la scrittura privata, in quanto gli stessi non hanno esibito il contratto di esercizio;
2. a tutto oggi non esiste alcun privato che possa finanziare l'opera;
3. il finanziamento della banca OPI è già destinato alle opere di viabilità e quindi non può essere destinato alla realizzazione dello scalo. Alla luce di tutto ciò il presidente mostra delle perplessità sull'ingente somma da destinare all'acquisto delle quote societarie della Nuova SE.ME.L, ribadendo che l'acconto di euro 50.000,00, se versato, potrebbe andare perduto se non arriva un finanziamento esterno. Il consiglio di amministrazione chiede al socio se è intenzionato ugualmente ad andare avanti nell'operazione e quindi versare l'acconto. Il socio conferma la volontà di proseguire nell'operazione e quindi di versare l'aconto".

Il successivo 3 novembre 2004, viene redatta una perizia di stima del valore della nuova SE.ME.L. S.r.l.; in particolare, l'incarico riguarda "la valutazione dell'ipotesi di acquisto, da parte di Parona Servizi S.p.A. del 51% delle quote di Nuova Se.Me.L S.r.l. al prezzo di € 510.000,00." Al punto 3 (pag. 3 della perizia) si legge: "Il vero motivo di interesse è rappresentato dal possesso, da parte di Nuova Se.Me.L S.r.l.,

di una concessione rilasciata da RFI per la costruzione di un raccordo ferroviario nella stazione di Parona. Questa prerogativa fornisce alla Nuova Se.Me.L S.r.l. una qualificazione importante nell'ambito dei futuri progetti da realizzare nello scalo di Parona e un riflesso altrettanto importante per ciò che attiene la valutazione generale del suo patrimonio societario, anche se la concessione RFI rappresenta solo una risorsa intangibile. La concessione RFI darà la possibilità a Nuova Se.Me.L S.r.l. di sfruttare queste opportunità. Ed è sulla base di queste attese, insieme all'analisi prospettica dei possibili risultati futuri, che si basa l'analisi sull'opportunità di acquisto delle quote al valore stabilito". Inoltre, nella perizia (pag. 5) si legge: "In sintesi il valore economico del diritto di concessione è funzione della capacità astratta di reddito dell'attività svolta in concessione. La stima del valore della concessione, quindi, dovrà fondarsi su metodi di valutazione che attengano alla capacità potenziale di reddito". Il perito, quindi, conclude che (pag. 6 perizia) "si può, quindi, propendere per un giudizio positivo in merito all'acquisizione delle quote anche se la valutazione è stata eseguita con termini e valori assolutamente preventivi e tali da essere suscettibili di rettifiche successive, in presenza di mutate condizioni sia di mercato che dei fattori esterni".

Il 4 novembre 2004, si riunisce il consiglio di amministrazione della società Parona Servizi S.p.A. per l'acquisizione Società SE.ME.L. S.r.l. In quella sede viene approvata la perizia di cui si è appena detto e vengono adottati i provvedimenti conseguenti. In particolare, al punto 1 del verbale, si legge: "Il presidente in vista dell'acquisto della quota pari al 51% del capitale sociale della Nuova Se.Me.L S.r.l. per il prezzo di Euro 510.000,00 dà lettura della perizia asseverata redatta dal dott. Giovanni Cervio di Mortara dalla quale risulta che il valore che si va a pagare è nettamente inferiore al suo valore di mercato. Infatti, il valore della Nuova Se.Me.L S.r.l. è stato determinato dalla perizia in Euro 2.101.398,00. Il consiglio d'amministrazione ed il collegio sindacale dopo ampia discussione circa il metodo usato dal perito e le sue conclusioni unitamente delibera di approvare e di far propria la perizia suddetta. A questo punto il Presidente informa il Consiglio che occorre perfezionare il contratto d'acquisto della quota pari al 51% del capitale sociale della Nuova Se.Me.L S.r.l. per il prezzo di euro 510.000,00 già autorizzato in precedenza da questo consiglio".

Alla stregua della documentazione sin qui esaminata, dunque, questa Sezione rileva che è stato quanto mai imprudente il comportamento tenuto dalla Parona Servizi S.p.A. (e, quindi, dal suo socio unico Comune di Parona) quando decide di acquisire la quota di una partecipazione societaria stimando il suo valore su possibili entrate future (basta osservare che al momento dell'acquisto delle quote della nuova SE.ME.L. S.r.l. detta società ha un patrimonio netto di Euro 7.855,00 ed un valore della produzione pari a zero).

Questa Sezione, inoltre, evidenzia che a tale comportamento imprudente in sede di valutazione del reale valore delle quote della partecipazione societaria di secondo livello che viene acquisita dalla Parona Servizi S.p.A., si aggiunge che, poi la società partecipata di primo livello non ha operato un controllo diligente in sede di verifica sull'effettiva esecuzione dei lavori affidati direttamente (senza gara pubblica) dalla partecipata di secondo livello. Infatti, con specifico riferimento all'appalto per l'esecuzione del raccordo ferroviario che la società partecipata di primo livello, attraverso l'acquisizione delle quote della società partecipata di secondo livello

(Combitalia S.r.l.), ha affidato senza gara alla M.C.F. T. Rail S.r.l., si rileva una condotta che suscita perplessità per le ragioni che seguono.

In data 3 maggio 2005, la società Combitalia S.r.l. sottoscrive con la M.C.F. T. Rail S.r.l., nella forma della scrittura privata, un contratto di appalto avente ad oggetto la costruzione di un raccordo ferroviario nel comune di Parona. A pagina 3 del suddetto contratto (punto 4.1) con riferimento alla direzione dei lavori si legge: "Compete al predetto direttore dei lavori dirigere e sorvegliare la corretta e puntuale esecuzione dei medesimi, cosa che il committente e l'appaltatore accettano e alla quale dichiarano sin da ora di non opporsi in futuro. Sarà compito del Direttore dei lavori sottoscrivere per conferma i SAL previa verifica della regolare esecuzione dei lavori cui gli stessi si riferiscono". Al punto 15.1 (pag. 6 del contratto di appalto), in relazione al comitato tecnico costituito di comune accordo, le parti stabiliscono che il comitato "avrà il compito di individuare, secondo buona fede e senza l'osservanza di particolari formalità, la soluzione (che per le parti costituirà vincolo contrattuale) di ogni eventuale contestazione che dovesse sorgere fra la parti in relazione alle valutazioni di ordine tecnico e/o di quantificazione previste alle clausole 2,5,6,7,8,9".

In data 17 marzo 2008, in seguito a ripetute e reciproche contestazioni intercorse tra le parti per l'esecuzione dei lavori, il geometra incaricato della direzione dei lavori rassegna le proprie dimissioni. In data 26 marzo 2008, viene nominato un nuovo direttore dei lavori, il quale provvede all'elaborazione di una relazione tecnica – perizia di assestamento a cui successivamente, 30 marzo 2008, fa seguire la presentazione dello stato avanzamento lavori aggiornato a tutte le opere eseguite alla suddetta data ponendo le basi per la rinuncia delle parti alle reciproche pregresse contestazioni.

In data 21 aprile 2008, la Combitalia S.r.l. (partecipata di secondo livello del Comune di Parona) e la M.C.F. T. Rail S.r.l., nella forma della scrittura privata, sottoscrivono atto di transazione. In esso le parti, dopo aver effettuato reciproche rinunce, danno atto che M.C.F. T. Rail S.r.l. ha già ripreso i lavori in data 3 aprile 2008 ed indicano la data di conclusione degli stessi in 75 giorni dalla sottoscrizione della transazione previa effettuazione bonifico bancario in favore della M.C.F. T. Rail S.r.l. per Euro 174.733,43 (oltre ad iva), a saldo fattura n. 16/2008 relativa al SAL del 30 marzo 2008, liquidato dal direttore dei lavori.

Dalla documentazione acquisita in sede di istruttoria, risulta che la fattura n. 16/2008 emessa dalla M.C.F. T. Rail S.r.l. è stata pagata dalla Combitalia S.r.l. in due soluzioni (acconto di Euro 96.243,17 in data 22 aprile 2008 e versamento a saldo di Euro 92.468,93 in data 4 giugno 2008). Tuttavia, decorsi i 75 giorni dal pagamento del saldo (che costituiva il *dies a quo* per la decorrenza del termine entro cui la M.C.F. T. Rail S.r.l. si era obbligata a concludere i lavori) gli amministratori di Combitalia S.r.l. non si sono attivati per pretendere l'adempimento dei lavori.

Dunque, nonostante la conclusione dei lavori dovesse avvenire entro l'11 agosto 2008, gli amministratori di Combitalia S.r.l. non si sono attivati avverso l'inadempimento della M.C.F. T. Rail S.r.l.; né i soci di Combitalia S.r.l. (ovvero, la Parona Multiservizi S.p.A. interamente partecipata dal Comune di Parona) hanno sollecitato provvedimenti in tal senso (l'attivazione presso le sedi competenti è avvenuta solo nel corso del 2010, circa due anni dopo, con il deposito di un atto di citazione innanzi al Tribunale di Vigevano).

Nella perizia affidata all'ingegnere Giorgio Emilio Garaboldi dal nuovo amministratore unico della società Combitalia S.r.l., in merito ad una valutazione tecnico-economica sull'impianto di raccordo ferroviario in corso di realizzazione presso la stazione ferroviaria di Parona, si legge (pag. 14): "Nel periodo dal 30 marzo 2008 al 30 luglio 2008 si osserva che pur non avendo eseguito i lavori sono stati emessi i SAL n° 20, 21 e 22 riconoscendo il pagamento di ulteriori acconti. Combitalia sulla scorta dei suddetti SAL ha liquidato all'appaltatore, alla data del 4 giugno 2008, il pagamento di acconti per l'importo di € 1.594.756,86+IVA (pari ad € 318.951,37) per un importo complessivo di €1.913.708,23 esaurendo di fatto tutta la sua disponibilità finanziaria". Il perito, inoltre, aggiunge che: "Per ultimo il direttore dei lavori, con nota in data 30 aprile 2009, su sola richiesta dell'appaltatore, ha dichiarato "ultimati i lavori per raggiunti limiti di importo" ed ha inoltrato a Combitalia la contabilità finale dei lavori firmata con riserva dall'impresa appaltatrice che rivendica anche compensi extracontrattuali. Dall'esame della documentazione sembra che la direzione lavori si sia limitata a trattare i soli aspetti finanziari e di contabilità lavori appalto, ignorando di contro gli aspetti qualitativi e tecnici dell'opera (in merito a questi aspetti non sono stati reperiti ordini di servizio comunicazioni specifiche all'impresa)". Nelle considerazioni finali il perito precisa che allo stato attuale si può asserire che non esiste un metro di binario o scambio che si possa considerare "finito" ed inoltre, a pagina 31, precisa che "Il valore accertato delle opere realizzate al netto di IVA è di € 760.018,04; Combitalia ha pagato all'appaltatore (MCF T RAIL) l'importo di € 1.594.756,86 + IVA. A tale cifra va sommato l'importo di € 25.499,26 relativo al pignoramento ottenuto da Beton Edile con provvedimento del Tribunale. A parere dello scrivente è illegittima la dichiarazione di ultimazione dei lavori in quanto i lavori oggetto dell'appalto sono notevolmente incompleti e viziati".

La Sezione, quindi, rileva che il negligente controllo sulla partecipata di secondo livello ha determinato un duplice potenziale danno per la Parona Multiservizi S.p.A., con inevitabili ripercussioni sul patrimonio del socio unico (*alias* Comune di Parona). In primo luogo, come è stato anticipato in precedenza, dall'esame delle note integrative dei bilanci per il 2008 e 2009, tra le attività della Parona Multiservizi S.p.A. viene iscritta per ciascun anno la somma di € 1.209.321,00, a titolo di finanziamento infruttifero, sotto la voce di crediti verso imprese controllate (Combitalia S.r.l.). Conseguente una gestione non diligente della società di secondo livello mette a rischio l'effettiva riscossione di detti crediti.

In secondo luogo, come emerge dalla documentazione in atti, si è registrata una perdita di valore delle quote di Combitalia S.r.l. detenute dalla Parona Multiservizi S.p.A.

Quest'ultima considerazione trova riscontro nella recente perizia, affidata in data 10 gennaio 2009 al dott. Roberto Zoboli, dal socio di maggioranza la Parona Multiservizi S.p.A., per la valutazione della partecipazione del 51% detenuta nella società Combitalia S.r.l. Nel compiere la valutazione il perito precisa che: "qualora venissero ultimati i lavori di costruzione dello scalo ferroviario e si venissero a concretizzare tutti i presupposti legali e commerciali per il funzionamento su basi reddituali positive dello stesso, la valutazione della società "Combitalia S.r.l." dovrebbe di

conseguenza essere rivista al rialzo sulla base di nuovi metodi di stima al momento oggettivamente non utilizzabili".

Dunque, il perito conferma che la mancata ultimazione dei lavori del raccordo ferroviario è la principale causa delle perdite della società Combitalia S.r.l., società che proprio in virtù di tale mancata ultimazione, è, di fatto, non operativa. Si aggiunga che, inoltre, l'operatività del raccordo ferroviario è la condizione di efficacia del contratto, denominato di locazione area commerciale ed impianti fissi, sottoscritto in data 12 luglio 2007, tra la Combitalia S.r.l. e la SE.ME.L S.r.l. Questo contratto -che ha ad oggetto la locazione dell'area attrezzata su cui insiste il raccordo ferroviario ed il complesso degli impianti fissi e delle opere di armamento ferroviario- ha una durata di 6 anni decorrenti dalla data in cui il raccordo sarà operativo e munito di tutte le necessarie autorizzazioni e collaudi da parte degli organi preposti. L'operatività del raccordo ferroviario avrebbe, quindi, garantito alla Combitalia un introito minimo di Euro 640.000,00, ripartito nei sei anni di durata del contratto.

G) Violazione dell'art. 3, comma 27, legge finanziaria per l'anno 2008 (l. n. 244/07).

Allo stato non risulta essere stata inviata a questa Sezione di Controllo, né essere stata adottata la delibera relativa al mantenimento della partecipazione societaria come prescritto dall'art. 3, comma 27, legge finanziaria per l'anno 2008 (l. n. 244/07).

DICHIARA

- non attendibile la percentuale di indebitamento indicata dal Comune di Parona nei consuntivi 2008 e 2009 in merito alla prescrizione contenuta nell'art. 204 TUEL.
- non congruenti i bilanci del Comune di Parona e della società interamente partecipata Parona Multiservizi S.p.A. per gli anni 2008 e 2009.

Nonché ACCERTA le seguenti irregolarità:

- 1)** abuso dello strumento societario (partecipazione societaria di primo livello) per eludere i limiti posti dagli artt. 204 e 207 TUEL sul ricorso all'indebitamento;
- 2)** depauperamento del patrimonio del Comune di Parona per aver corrisposto oneri finanziari ingiustificati sotto il profilo sia del *an* sia del *quantum*;
- 3)** depauperamento del patrimonio del Comune di Parona derivante dal corrispettivo versato a consulenti finanziari per la conclusione di un contratto di finanziamento in violazione delle norme imperative di legge che disciplinano l'indebitamento degli enti locali;
- 4)** depauperamento del patrimonio dell'ente locale derivante dal ripetuto ripiano perdite della società partecipata e dalla remissione di debito in favore della stessa senza l'esplicitazione della ragione giuridica sottostante;
- 5)** violazione dei principi di trasparenza a cui deve sottostare l'ente locale nella gestione delle proprie partecipazioni societarie;
- 6)** carente controllo sulla partecipata di secondo livello in sede di esecuzione dei lavori affidati alla stessa direttamente senza il rispetto della normativa sull'evidenza pubblica con conseguente perdita di valore della partecipazione di secondo livello;
- 7)** violazione dell'art. 3, comma 27, legge finanziaria per l'anno 2008 (l. n. 244/07) per la mancata adozione di delibera sulla sussistenza dei presupposti per il

mantenimento della Società Parona Multiservizi S.p.A. non essendo stata trasmessa alla Corte dei Conti la relativa delibera prevista per legge.

INVITA

- I'Amministrazione comunale di Parona:

- a) ad attivarsi per far fronte alle gravi irregolarità finanziarie accertate;
- b) a redigere un prospetto attendibile in ordine al rispetto del vincolo di cui all'art. 204 TUEL;
- c) a redigere e a trasmettere a questa Sezione un documento asseverato dal Collegio sindacale dal quale risultano i crediti ed i debiti della Società Parona Multiservizi S.p.A. e della Combitalia S.r.l. nei confronti di soggetti terzi e del Comune di Parona;

- I'Organo di Revisione del Comune di Parona:

- d) ad attivarsi per redigere un prospetto, per gli anni 2008, 2009 e 2010, in ordine al rispetto del vincolo imposto dall'art. 204 TUEL secondo le indicazioni contenute in questa delibera;
- e) a verificare l'esatta indicazione dei residui passivi del Comune di Parona per gli anni 2008, 2009 e 2010 secondo le indicazioni contenute in questa delibera.

Dispone la trasmissione della presente deliberazione al sindaco e dispone che quest'ultimo, nella qualità di Presidente del Consiglio comunale, informi l'organo del Consiglio Comunale dei contenuti della presente delibera.

Dispone la trasmissione della presente deliberazione al Revisore dei conti del Comune di Parona.

Il Relatore
(Dott.ssa Laura De Rentiis)

Il Presidente
(Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il
12 luglio 2011
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)

4. Delibera della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, n. 7/2012/PAR, in tema di consolidamento dei bilanci.

Sebbene non sia allo stato imposto agli enti locali di predisporre un bilancio consolidato che tenga conto dei risultati di gestione dell'ente locale e delle società da questo partecipate, l'adozione del bilancio consolidata è auspicata dalla giurisprudenza contabile, al fine di una corretta rappresentazione del bilancio comunale. L'adozione del bilancio consolidato è inoltre oggetto di recepimento legislativo in via generale per tutte le Pubbliche Amministrazioni.

Il Presidente della Provincia di Varese ha posto alla Sezione regionale di controllo per la Lombardia una richiesta di parere in merito a numerosi profili legati all'affidamento del servizio idrico integrato. La Sezione, pur ritenendo che le società miste a prevalente partecipazione pubblica non siano allo stato assoggettate al patto di stabilità interno, e dunque *"non può farsi derivare dalle predette norme l'obbligo attuale, in capo agli enti controllanti, di valutare il rispetto del patto di stabilità attraverso un bilancio consolidato funzionale ad un'analisi della situazione finanziaria della società unitamente a quella dell'ente locale"*, afferma comunque l'opportunità *"di un consolidamento dei risultati economici e finanziari del "gruppo municipale", al fine di una corretta rappresentazione del bilancio comunale"*. Infatti, *"a prescindere dalla cogenza di singole disposizioni di legge [è necessario] tener conto comunque dei risultati delle società a partecipazione pubblica totale o maggioritaria (in termini di ammontare di spese e di debito), insieme a quelli dell'ente locale, al fine di evitare il formarsi di situazioni occulte di debito destinate a gravare sulla collettività pubblica"*.

Ancora afferma la Corte che nella sua giurisprudenza *"si è evidenziato, in relazione ai principi contabili internazionali (IPSAS n. 6) ed ai principi contabili per gli enti locali elaborati dall'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali (principio n. 4), come il bilancio consolidato sia un valido strumento per conoscere e valutare la situazione finanziaria, oltre che economica e patrimoniale degli enti che consolidano i conti.*

Peraltro, una serie di dati normativi indicano che *"La necessità del consolidamento dei dati di bilancio tra soggetti pubblici ed organismi partecipati [...] è ormai oggetto di recepimento legislativo in via generale per l'intero universo delle Pubbliche Amministrazioni"*.

Lombardia/7/2012/PAR



**REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA**

composta dai Magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua
dott. Giancarlo Astegiano
dott. Gianluca Braghò
dott. Massimo Valero
dott. Alessandro Napoli
dott.ssa Laura De Rentiis

Presidente
Consigliere
Primo Referendario
Primo Referendario
Referendario (relatore)
Referendario

nella camera di consiglio del 10 gennaio 2012

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista la nota pervenuta in data 25 novembre 2011 con la quale il Presidente della Provincia di Varese ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per deliberare sulla richiesta proveniente dal Presidente della Provincia di Varese;

Udito il relatore, Alessandro Napoli;

OGGETTO DEL PARERE

Il Presidente della Provincia di Varese ha posto alla Sezione un'articolata richiesta di parere in merito a numerosi profili giuscontabili legati all'affidamento del servizio idrico integrato nel relativo ambito territoriale ottimale (A.T.O.).

Il parere è stato oggetto di un primo esame da parte della Sezione all'adunanza del 20 dicembre 2011.

Attese le significative novità normative intervenute, nelle more, in materia, la richiesta della Provincia di Varese è stata delibata in via definitiva all'odierna adunanza.

L'organo rappresentativo dell'ente premette quanto segue:

- a) il Consiglio Regionale nella seduta del 27 dicembre 2010 ha approvato la legge regionale n. 21 recante *"modifiche alla l.r. 12 dicembre 2003, n. 26 (Disciplina dei servizi locali di interesse generale – Norme in materia di gestione di rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche)"*, in attuazione dell'art. 2 comma 186 bis, della legge 23 dicembre 2009, n. 191;
- b) nel testo di legge regionale è stato previsto: all'art. 1 lett. h) che, dal 1 gennaio 2011, le funzioni già esercitate dalle Autorità d'Ambito, come previste dall'art. 148 del D. Lgs. n. 152/2006 e dalla normativa regionale, sono attribuite alle Province; all'art. 1 lett. i) che *"in ragione del rilevante interesse pubblico all'organizzazione e attuazione del servizio idrico integrato e nel rispetto del principio di leale collaborazione, le province e il Comune di Milano, per l'ambito della città di Milano, di seguito indicati quali enti responsabili degli ATO, costituiscono in ciascun ATO, nella forma di cui all'art. 114, comma 1, del D. Lgs. n. 267/2000 e senza aggravio di costi per l'ente locale, un'azienda speciale, di seguito denominata Ufficio d'ambito, dotata di personalità giuridica e di autonomia organizzativa e contabile"*;
- c) a tal fine è stato istituito l'Ufficio di Ambito, secondo quanto prescritto dalla legge regionale della Lombardia n. 21/2010, il quale ha provveduto alla ricognizione delle gestioni esistenti e sta redigendo il Piano d'ambito in tutte le sue parti (piano degli investimenti, modello gestionale organizzativo, piano economico e finanziario comprensivo del piano tariffario).

Fermo tale inquadramento generale, il Presidente della Provincia di Varese osserva che – per quanto concerne le modalità di affidamento – l'Ufficio d'ambito sta valutando l'adozione di due modelli alternativi:

- i) società *in house* partecipata dalla Provincia di Varese e dai Comuni del territorio della medesima provincia;
- ii) società mista a prevalente partecipazione dei medesimi enti pubblici (Provincia di Varese e Comuni del territorio), con un socio industriale e operativo scelto mediante gara.

L'Amministrazione intende valutare con la necessaria ponderazione e con i dovuti approfondimenti, di natura giuridica e contabile, quale fra i predetti due modelli gestionali (società *in house* e società mista) rappresenti la soluzione più idonea non solo in via teorica, ma anche in relazione alla concreta situazione (giuridica e contabile) degli enti pubblici che ne dovrebbero far parte. A tal fine, l'organo rappresentativo dell'ente locale sottopone alla Sezione 14 quesiti, nel prosieguo richiamati, relativi alle seguenti tematiche:

- a) il patto di stabilità interno;
- b) le spese di personale;
- c) i limiti alla costituzione di società da parte degli enti locali;
- d) le modalità di svolgimento della gara c.d. "a doppio oggetto".

A) Il patto di stabilità interno

1. l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *in house* in forza dell'art. 4 comma 14 del d.l. n. 138/2011

L'art. 4 comma 14 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito con modificazioni in legge 14 settembre 2011 n. 148 prevede che *"le società cosiddette in house affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'art. 18 comma 2 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133 e successive modificazioni"*.

Il comma 34 del medesimo articolo 4 esclude dalla sua applicazione il servizio idrico integrato.

L'ente locale chiede se la normativa contenuta nel citato art. 4 comma 14 trovi applicazione (in quanto espressione di un principio generale sull'assoggettamento al patto di stabilità delle società *in house*) anche al servizio idrico integrato e, quindi, alle società *in house* che gestiscono detto servizio, oppure se tali società siano espuse da tale assoggettamento in forza dell'esclusione sancita con il citato comma 34 del medesimo art. 4.

2. l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *in house* in forza dell'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008

L'articolo 18, comma 2 *bis*, del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133 e successive modifiche ed integrazioni prevede l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle seguenti società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo:

a) che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero;

b) che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero;

c) che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

Nel caso in cui la Sezione ritenga che le società *in house*, affidatarie della gestione del servizio idrico integrato, non siano assoggettate al patto di stabilità interno ai sensi dell'art. 4, comma 14, del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138, l'ente locale chiede se tali società siano comunque assoggettate al patto di stabilità interno in forza del predetto articolo 18 comma 2 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112.

3. l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società miste in forza dell'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008

Per quanto concerne l'assoggettamento al patto di stabilità interno di una società mista affidataria del servizio idrico, la Provincia di Varese - richiamando il parere della Sezione n. 479/2011 in materia di consolidamento delle spese di personale - osserva che le società a partecipazione pubblica di controllo (e quindi anche le società miste a prevalente partecipazione pubblica locale) non paiono assoggettate alla normativa sul patto di stabilità interno, qualora titolari di affidamenti di servizi pubblici locali a rilevanza economica mediante procedure di evidenza pubblica.

Orbene, l'ente locale si interroga se una società mista con socio privato scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto" possa ritenersi titolare di affidamenti di servizi pubblici a rilevanza economica mediante procedure ad evidenza pubblica e, in caso affermativo, esclusa dall'assoggettamento al patto di stabilità interno.

4. l'attuale efficacia ed operatività delle disposizioni in tema di assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *in house* in forza dell'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008

In caso di ritenuto assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *in house* e/o delle società miste, l'ente locale rileva che – ai sensi dell'art. 4 comma 14 del d.l. n. 138/2011 convertito nella l. n. 148/2011 – l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *in house* avviene secondo le modalità definite con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo in sede di attuazione dell'art. 18 comma 2 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133 e successive modificazioni.

Quest'ultima disposizione, riferita non solo alle società *in house* ma anche alle società a partecipazione pubblica locale di controllo, individua in un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, da emanare entro il 30 settembre 2009 la definizione delle modalità nonché la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo.

La Provincia di Varese chiede se, stante la mancanza del citato decreto con il quale vanno definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno, l'assoggettamento al patto di stabilità delle società *in house* e delle società miste, laddove in astratto configurabile, sia in concreto non efficace e non operante fino all'entrata in vigore del predetto decreto oppure se, al contrario, debba ritenersi già attualmente efficace ed operativo l'assoggettamento al patto di stabilità interno pur in assenza del decreto ministeriale.

5. la disciplina concreta dell'assoggettamento delle società *in house* e/o delle società miste al patto di stabilità interno.

Nel caso in cui la Sezione ritenga attualmente efficace ed operante l'assoggettamento al patto di stabilità delle società *in house* e/o delle società miste pur in assenza del decreto ministeriale, la Provincia di Varese chiede quali siano in concreto e nel dettaglio le modalità e le regole da seguire, da parte delle società pubbliche, per rispettare il patto di stabilità interno.

6. le regole e le modalità per il rispetto del patto di stabilità interno da parte degli enti locali in relazione alle proprie partecipazioni societarie.

L'ente locale chiede, altresì, di specificare quali siano, in concreto e nel dettaglio, le modalità e le regole da seguire, da parte degli enti locali e con riferimento alle proprie partecipazioni societarie, per rispettare il patto di stabilità interno.

B) Le spese di personale

7. l'applicabilità alle società miste della normativa sui limiti di spesa per il personale: il rapporto tra spese di personale e spese correnti.

Facendo seguito al quesito posto in materia di assoggettamento al patto di stabilità, la Provincia di Varese chiede se la normativa in tema di perimetro del consolidamento delle spese di personale ex d.l. n. 98/2011 (convertito dalla l. n. 111/2011) trovi applicazione anche con riferimento alle società miste a prevalente partecipazione pubblica locale, che gestiscono un servizio pubblico locale a rilevanza economica (nel caso di specie il servizio idrico integrato), laddove il socio privato sia scelto mediante una procedura concorsuale rispettosa dei principi comunitari in

tema di concorrenza e con attribuzione al medesimo socio privato di specifici compiti operativi relativi alla gestione del servizio affidato.

8. l'applicabilità alle società miste della normativa sui limiti di spesa per il personale: l'estensione dei limiti e dei divieti alle assunzioni ex art. 19 comma 1 del d.l. n. 78/2009.

Simmetricamente, l'ente locale domanda se la distinta normativa in tema di contenimento della spesa per il personale ex art. 19 comma 1 del d.l. n. 78/2009 trovi applicazione anche con riferimento alle società miste a prevalente partecipazione pubblica locale, che gestiscono un servizio pubblico locale a rilevanza economica (nel caso di specie il servizio idrico integrato), laddove il socio privato sia scelto mediante una procedura concorsuale rispettosa dei principi comunitari in tema di concorrenza e con attribuzione al medesimo socio privato di specifici compiti operativi relativi alla gestione del servizio affidato.

9-10. la disciplina concreta sui limiti di spesa per il personale con riferimento alle società pubbliche *in house* e miste ex art. 18 comma 2 *bis* del d.l. 112/2008: il dubbio sulla sussistenza di un autonomo vincolo relativo al rapporto tra spesa per il personale e spesa corrente con riferimento alle società a partecipazione pubblica locale.

In ossequio al disposto dell'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008 conv. nella l. n. 133/2008 (*id est*, dell'art. 19 comma 1 del d.l. n. 78/2009), la Provincia di Varese chiede come, in concreto e nel dettaglio, si debbano applicare alle società pubbliche le disposizioni che stabiliscono in capo alle amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 divieti o limitazioni alle assunzioni di personale. In particolare, l'ente locale domanda se, anche per le società a partecipazione pubblica locale, sussista un autonomo limite di spesa per il personale della società correlato all'importo delle spese correnti della società medesima, negli stessi termini previsti per gli enti locali dall'art. 76 comma 7 del citato decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133.

C) I limiti alla costituzione di società da parte degli enti locali

11. l'applicabilità dei limiti ex art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010 alle società *in house* o miste per la gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica

In relazione alla latitudine applicativa dell'art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, l'Amministrazione richiama il parere della Sezione n. 861/2010, ove si dava atto che *"in alcuni casi il legislatore ha previsto che alcune attività e funzioni dei Comuni debbano essere svolte per il tramite della costituzione di specifiche società di capitali ed è evidente che, trattandosi di disposizioni normative di carattere speciale, non risultano abrogate dal combinato disposto degli articoli 3 co. 27 della legge n. 244/2007 ed art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, ma continuano ad esplicare i loro effetti"*. In base a tale assunto, la Sezione chiariva che *"a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, gli enti locali con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono procedere, in linea di massima, alla costituzione di società di capitali, se non associandosi con altri enti per raggiungere una quota minima di popolazione pari a 30.000 abitanti, ad eccezione dei casi nei quali sia lo stesso legislatore, nazionale o regionale, a prevedere che specifiche attività siano svolte per il tramite della partecipazione a società di capitali"*.

In tale quadro legale e giurisprudenziale, l'Amministrazione chiede se la gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica (appositamente disciplinato, da

ultimo, ex art. 4 comma 14 del decreto legge 13 agosto 2011 convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011 n. 148) rientri tra le cause di esclusione dall'applicazione della disciplina di cui al citato articolo 14 comma 32 del decreto legge n. 78/2010.

In altri termini, l'ente locale si interroga se la normativa nazionale sull'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica di cui alla citata disposizione, che prevede espressamente la possibilità di ricorso al modello della società *in house* e a quello della società mista, rientri nel novero delle normative nazionali o regionali, che *"prevedono che specifiche attività siano svolte per il tramite della partecipazione a società di capitali"*.

12. l'applicabilità dei limiti ex art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010 alle società *in house* o miste per la gestione del servizio idrico integrato

In stretto raccordo con il precedente quesito *sub n. 11*, la Provincia di Varese chiede se rientri fra le cause di esclusione dall'applicazione della disciplina di cui al citato art. 14 comma 32 del decreto legge n. 78/2010 la gestione del servizio idrico integrato.

Più nel dettaglio, l'ente locale rammenta che la disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica esclude dalla sua applicazione il servizio idrico integrato, con la conseguenza che – allo stato attuale – non esiste una normativa nazionale in tema di affidamento del suddetto servizio. Peraltro, sulla base della diretta applicazione dei principi comunitari contenuti nel Trattato dell'Unione Europea, gli enti locali possono gestire il servizio idrico integrato anche secondo il modello della società *in house* o quello della società mista.

Alla luce di tale considerazione, l'Amministrazione si interroga se – pur in assenza di una specifica normativa nazionale che disciplini le forme di affidamento del servizio idrico integrato – l'adozione da parte degli enti locali del modello della società *in house* o della società mista possa considerarsi espunto dall'ambito di applicazione di cui al suddetto articolo 14, con conseguente esclusione della società *in house* o della società mista affidataria del servizio idrico integrato dai limiti alla costituzione di società posti dal citato articolo 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010. In caso di risposta affermativa, prosegue l'Amministrazione, ne deriverebbe la possibilità di costituire una società *in house* o mista con ripartizione della partecipazione a tale società degli enti locali interessati anche secondo criteri diversi rispetto a quelli del numero degli abitanti o della partecipazione paritetica ex art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010.

D) le modalita' di svolgimento della gara c.d. "a doppio oggetto"

13. la natura degli specifici compiti operativi per la gestione del servizio affidati al socio operativo

Per quanto concerne le modalità di svolgimento della gara c.d. "a doppio oggetto", la Provincia di Varese si interroga sulla natura degli specifici compiti operativi relativi alla gestione del servizio che devono rientrare nella procedura concorsuale di gara per la scelta del socio di una società mista per un servizio pubblico locale a rilevanza economica.

14. la realizzazione diretta da parte del socio operativo degli interventi infrastrutturali o legati alla manutenzione straordinaria

In stretto raccordo con il precedente quesito, l'Amministrazione chiede – da ultimo - se nell'alveo dei predetti compiti operativi relativi alla gestione del servizio possa essere ricompresa la realizzazione diretta da parte del socio medesimo degli

interventi infrastrutturali o legati alla manutenzione straordinaria, senza pertanto l'obbligo da parte della società mista di procedere a tali affidamenti mediante le procedure previste dal d.lgs. n. 163/2006.

PREMESSA

Il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se le varie richieste provenienti dalla Provincia di Varese rientrino nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7 comma ottavo, della legge 5 giugno 2003, n. 131, norma in forza della quale Regioni, Province e Comuni possono chiedere a dette Sezioni pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

In proposito, questa Sezione ha precisato, in più occasioni, che la funzione di cui al comma ottavo dell'art. 7 della legge n. 131/2003 si connota come facoltà conferita agli amministratori di Regioni, Comuni e Province di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità della loro attività amministrativa.

I pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nei procedimenti amministrativi degli enti territoriali consentendo, nelle tematiche in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che appartengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno (per tutte: parere sez. Lombardia, 11 febbraio 2009, n. 36).

Infatti, deve essere messo in luce che il parere della Sezione attiene a profili di carattere generale anche se, ovviamente, la richiesta proveniente dall'ente pubblico è motivata, generalmente, dalla necessità di assumere specifiche decisioni in relazione ad una particolare situazione. L'esame e l'analisi svolta nel parere è limitata ad individuare l'interpretazione di disposizioni di legge e di principi generali dell'ordinamento in relazione alla materia prospettata dal richiedente, spettando, ovviamente, a quest'ultimo la decisione in ordine alle modalità applicative in relazione alla situazione che ha originato la domanda.

AMMISSIBILITÀ SOGGETTIVA

Riguardo all'individuazione dell'organo legittimato ad inoltrare le richieste di parere dell'ente provinciale, si osserva che il Presidente della Provincia è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Pertanto, la richiesta di parere è ammissibile soggettivamente poiché proviene dall'organo legittimato a proporla.

AMMISSIBILITÀ OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare che la disposizione, contenuta nel comma 8, dell'art. 7 della legge 131/03, deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il co. 8 prevede forme di collaborazione ulteriore rispetto a quelle del precedente comma rese esplicite, in particolare, con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

Appare conseguentemente chiaro che le Sezioni regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore degli enti locali, ma che, anzi, le attribuzioni consultive si connotano sulle funzioni sostanziali di controllo collaborativo ad esse conferite dalla legislazione positiva.

Al riguardo, le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenendo con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, co. 31 del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno delineato una nozione unitaria di contabilità pubblica incentrata sul *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici"*, da intendersi in senso dinamico anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Delibera n. 54, in data 17 novembre 2010).

Il limite della funzione consultiva, come sopra delineato, esclude qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale ed amministrativa che ricade nell'esclusiva competenza dell'autorità che la svolge; nonché esclude che la funzione consultiva possa interferire in concreto con competenze di altri organi giurisdizionali.

Dalle sopraesposte considerazioni consegue che la nozione di contabilità pubblica va conformandosi all'evolversi dell'ordinamento, seguendo anche i nuovi principi di organizzazione dell'amministrazione, con effetti differenziati, per quanto riguarda le funzioni della Corte dei conti, secondo l'ambito di attività.

Con specifico riferimento alla richiesta oggetto della presente pronuncia, la Sezione osserva che i quesiti proposti si palesano certamente ammissibili sotto il profilo oggettivo, in quanto afferenti vari profili giuscontabili di carattere generale delle partecipazioni societarie detenute da un ente locale, per quanto concerne:

- a) il patto di stabilità interno;
- b) le spese di personale;
- c) i limiti alla costituzione di società da parte degli enti locali.

A rigore, il Collegio osserva che – in relazione ai profili di stretto dettaglio - esulano invece dall'ambito oggettivo della funzione consultiva della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica (*ut supra* definita) gli ultimi due interrogativi concernenti le puntuali modalità di svolgimento della gara c.d. "a doppio oggetto", trattandosi di dubbi di natura prettamente procedimentale sull'*iter* di scelta del socio privato. Infatti, è rimessa alle scelte discrezionali dell'Amministrazione, nel rispetto della vigente normativa, l'individuazione della latitudine dell'attività da conferire al socio privato operativo e delle modalità di svolgimento della procedura. Cionondimeno, per quanto concerne alcuni profili di carattere generale, il Collegio avrà cura di richiamare gli orientamenti di fondo in materia.

MERITO

Premessa: l'affidamento della gestione del servizio idrico è disciplinato dai principi dell'ordinamento comunitario in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica

Preliminariamente all'analisi dei numerosi quesiti posti dalla Provincia di Varese, il Collegio ritiene necessario sviluppare un breve inquadramento del vigente assetto normativo sulla gestione del servizio idrico, all'esito del recente *referendum* e della successiva riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza economica ex l. n. 148/2011 (modificata dalla c.d. legge di stabilità 2012 – legge n. 183 del 12 novembre 2011).

Il servizio idrico integrato è individuato dall'art. 141 comma 2 del d.lgs. n. 152/2006, recante "Norme in materia ambientale" (cosiddetto codice dell'ambiente), come quel servizio *"costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue"*. Esso *"deve essere gestito secondo principi di efficacia, efficienza ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie"*.

La gestione integrata delle risorse idriche rientra nella categoria generale dell'erogazione dei servizi pubblici a rilevanza economica, la quale – come affermato dalla Corte Costituzionale (cfr. sent. n. 272/2004 e n. 325/2010) – è, in linea di principio, corrispondente alla categoria del servizio di interesse economico generale prevista dall'ordinamento comunitario (cfr. Corte di Giustizia UE 18 giugno 1998, in causa C 35/96; Libro Verde della Commissione Europea del 21 maggio 2003). D'altronde, il servizio idrico integrato è diretto a realizzare fini sociali, ossia in favore della indifferenziata collettività dei cittadini a prescindere dalle loro specifiche condizioni (Corte di Giustizia UE 21 settembre 1999, in causa C 67/96), ed è erogato attraverso l'esercizio – *sub specie* di impresa pubblica o privata – di un'attività economica intesa come qualsiasi attività che consiste nell'offrire beni e servizi su un determinato mercato (Corte di Giustizia UE 18 giugno 1998, in causa C 35/96; 20 gennaio 2006, in causa C 222/04).

Ancora più esplicitamente, la Corte Costituzionale ha di recente statuito che *"il legislatore statale in coerenza con la .. normativa comunitaria e sull'incontestabile presupposto che il servizio idrico integrato si inserisce in uno specifico e peculiare mercato .. ha correttamente qualificato tale servizio come di rilevanza economica, conseguentemente escludendo ogni potere degli enti infrastatali di pervenire ad una diversa qualificazione"* (sent. n. 187 del 15 giugno 2011).

In tale quadro comunitario e costituzionale, la normativa nazionale in materia di affidamento del servizio ha subito numerose modifiche nel tempo.

L'organizzazione del servizio idrico integrato avviene, ai sensi dell'art. 147 del d.lgs. n. 152/2006, sulla base degli ambiti territoriali ottimali (A.T.O.), definiti dalle Regioni in attuazione della l. 5 gennaio 1994, n. 36.

Le Autorità d'Ambito territoriale, previste dall'art. 148 del d.lgs. n. 152/2006, sono state sopprese dall'art. 2 comma 186 *bis* della l. 23 dicembre 2009, n. 191; le funzioni già esercitate dalle Autorità - tra cui la scelta della forma di gestione del servizio, l'affidamento ed il relativo controllo ex art. 142 comma 3 del d.lgs. n. 152/2006 - devono essere attribuite con legge dalle Regioni, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (seppur entro un termine più volte prorogato). Per quanto riguarda la disciplina di attuazione vigente nella Regione

Lombardia, si rinvia all'articolata descrizione contenuta nel quesito e in precedenza riportata in punto di fatto.

In relazione alle modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato, originariamente l'art. 150 comma 1 del d.lgs. n. 152/2006 disponeva che *"l'autorità d'ambito, nel rispetto del piano d'ambito e del principio della unitarietà della gestione per ciascun ambito, delibera la forma di gestione tra quelle di cui all'art. 113 comma 5 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267"*¹.

Per i profili relativi alle modalità di svolgimento del servizio, la norma è stata abrogata sia in modo espresso sia per incompatibilità dall'art. 23 bis l. n. 133/2008, direttamente o a mezzo del regolamento approvato con D.P.R. n. 168/2010².

A seguito del noto *referendum*, con D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 l'art. 23 bis viene abrogato, con efficacia *ex nunc* a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto stesso sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (ossia dal 21 luglio 2011).

L'abrogazione dell'art. 23 bis ha comportato, di conseguenza, la caducazione – con la medesima decorrenza – del citato regolamento approvato con D.P.R. n. 168/2010, adottato sulla base della norma di delega contenuta nel comma 10 del medesimo articolo.

Non applicandosi alle modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato l'art. 4 del successivo d.l. n. 138/2011 (per espressa esclusione di cui al comma 34, ad eccezione dei commi da 19 a 27 relativi alle cause di incompatibilità comunque applicabili), è necessario delibare - nel dettaglio - quale sia la disciplina normativa attualmente vigente nel settore.

Orbene, l'assetto successivo al *referendum* abrogativo è stato scolpito dalla Corte Costituzionale nella pronuncia relativa all'ammissibilità del quesito referendario

¹ L'art. 113 comma 5 del d.lgs. n. 267/2000, come sostituito dall'art. 14 comma 1 lett. d) della legge 24 novembre 2003, n. 326 (che ha convertito in legge il decreto legge 30 settembre 2003, n. 269) nonché dall'art. 4 comma 234 della legge 24 dicembre 2003, n. 350 disponeva quanto segue: *"L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione Europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gara ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico e privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante dell'attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".*

² L'art. 23 bis della l. n. 133/2008 statuiva al primo comma che *"le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili"*. Il comma 11 dello stesso art. 23 bis stabiliva, altresì, che l'art. 113 del Testo Unico Enti locali è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni del medesimo articolo. L'art. 12 del D.P.R. n. 168/2010, in attuazione della delega a tal fine conferita al Governo dal comma 10 dell'art. 23 bis, ha precisato che - a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento - sono o restano abrogate le seguenti disposizioni: a) articolo 113, commi 5, 5 bis, 6, 7, 8, 9 escluso il primo periodo, 14, 15 bis, 15 ter e 15 quater, del decreto legislativo n. 267 del 2000 e successive modificazioni; b) articolo 150 comma 1 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione. Ne deriva che, antecedentemente all'abrogazione referendaria, al conferimento della gestione del servizio idrico trovavano applicazione le disposizioni *ex art. 23 bis*, ossia: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento; c) in via derogatoria: per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire in favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *in house* e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

(Corte Cost. sent. n. 24/2011, poi ribadita nella successiva sent. n. 320/2011). Il giudice delle Leggi ha osservato che dall'abrogazione referendaria non deriva né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabile richiesto dall'ordinamento comunitario.

In altri termini, l'abrogazione dell'art. 23 *bis* l. n. 133/2008 non ha comportato alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo, con conseguente applicazione immediata nell'ordinamento italiano della disciplina comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato. Nell'alveo di queste ultime, la Corte Costituzionale intende riferirsi in particolare ai principi del Trattato per il funzionamento dell'Unione Europea nonché alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In tale quadro generale, la Provincia di Varese si trova a dover optare tra l'affidamento a società mista mediante gara c.d. "a doppio oggetto" e l'*in house providing*.

A) il patto di stabilità interno

1. L'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *in house* in forza dell'art. 4 comma 14 del d.l. n. 138/2011

Come rammentato nel quesito, l'art. 4 comma 14 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito con modificazioni in legge 14 settembre 2011 n. 148 prevede che *"le società cosiddette in house affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'art. 18 comma 2 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133 e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno"*.

Il comma 34 del medesimo articolo 4 esclude, espressamente, dalla sua applicazione il servizio idrico integrato, ad eccezione dei commi da 19 a 27 relativi alle cause di incompatibilità comunque applicabili.

A fronte del chiaro tenore letterale della disposizione *de quo*, le società in house affidatarie in via diretta del servizio idrico integrato risultano espunte dall'ambito applicativo dell'art. 4 comma 14 della l. n. 148/2011.

2. L'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *in house* in forza dell'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008

L'articolo 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008, inserito dall'art. 19 comma 1 del d.l. n. 78/2009 convertito nella l. n. 102/2009, prevede l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo:

- a) che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero;
- b) che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero;
- c) che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

Ne deriva che le società *in house* affidatarie dirette della gestione del servizio idrico integrato sono, comunque, assoggettate al patto di stabilità interno, in forza dell'autonomia e distinta previsione ex art. 18 comma 2 *bis* (prima ipotesi) del d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008, norma avente portata generale (richiamata, altresì, dalla sopracitata disposizione di settore sui servizi pubblici locali a rilevanza economica).

Infatti, esse rientrano *de plano* nella fattispecie legale della società a totale partecipazione pubblica locale che sia titolare di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara. Per completezza, il Collegio osserva che la disposizione si limita a presupporre l'affidamento diretto, a prescindere dal fatto che l'ente affidante possa essere soggetto distinto dalle Amministrazioni locali socie.

Ferma l'inapplicabilità dell'art. 4 comma 14 del d.l. n. 138/2011 (cfr. il precedente quesito n. 1) nonché quanto in prosieguo argomentato sull'efficacia dell'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008 (cfr. il successivo quesito n. 4), in astratto sussiste comunque l'obbligo per gli enti locali di vigilare sull'osservanza da parte delle società partecipate del patto di stabilità interno, obbligo esplicitato nell'ultimo periodo del suddetto art. 4 comma 14 del d.l. n. 138/2011. Quest'ultima disposizione di settore riveste, infatti, natura meramente ricognitiva della copiosa giurisprudenza comunitaria in materia di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte della Pubblica Amministrazione socio, proprio nella parte in cui impone siffatto obbligo di vigilanza.

In altri termini, laddove disposizioni di settore impongano vincoli e limiti a società *in house* (nel caso di specie l'assoggettamento al patto di stabilità interno), costituisce principio generale l'obbligo per le Amministrazioni socie di esercitare appieno le prerogative di controllo analogo, anche in forma congiunta (sin da Corte di Giustizia UE, sentenza 13.11.2008, causa C 324/07 "Coditel Brabant"), finalizzate ad assicurare il puntuale rispetto degli obblighi legali da parte della società. Sul punto è consolidata la giurisprudenza della Sezione (del. n. 350/2011).³

3. L'assoggettamento al patto di stabilità delle società miste in forza dell'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008

Per quanto concerne l'assoggettamento – in astratto - di una società mista affidataria del servizio idrico al patto di stabilità interno, è necessario soffermarsi più diffusamente sulla latitudine del citato art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008, conv. nella l. n. 133/2008.

In riferimento alla gestione dei servizi pubblici locali di cui al presente quesito, la Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti, analizzando l'art. 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011 avente comunque analoga estensione oggettiva, ha osservato che l'ambito ... è circoscritto alle seguenti società:

- a) partecipate *in house* in modo totalitario da un ente pubblico o da più enti pubblici congiuntamente;
- b) ovvero che presentano le caratteristiche di cui all'art. 2359, comma 1, nn. 1 e 2, del codice civile, purché affidatarie dirette di servizi pubblici locali" (del. n. 14 del 28

³ Sulla scorta di tale pronuncia, relativa all'obbligo di reclutamento "paraconcorsuale" in capo agli organismi partecipati ex l. n. 133/2008, nel regolamento comunale degli uffici e dei servizi deve essere espressamente precisato che tutti gli organismi partecipati sono tenuti ad osservare i medesimi vincoli pubblicistici fissati in materia per gli enti cui appartengono, nonché vanno predeterminati i criteri per il controllo e la vigilanza da parte dell'Ente locale sull'osservanza delle regole estese nei confronti di detti organismi partecipati.

dicembre 2011). Sotto quest'ultimo profilo, "l'esclusione delle società che hanno ricevuto l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali con procedura competitiva è basata sul presupposto che la gara può assicurare la presenza dei requisiti di economicità, efficienza ed efficacia necessari all'attuazione del "buon andamento", posto dalla Costituzione con l'art. 97, mediante il confronto competitivo sul mercato e la verifica della congruità dei costi, soprattutto in materia di personale" (Sez. Aut. del. n. 14/2011, cit.).

La *quaestio iuris* oggetto del presente quesito concerne la sussumibilità del conferimento del servizio a società mista a prevalente partecipazione pubblica, laddove il socio privato operativo sia stato scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto", nell'alveo dell'affidamento di un servizio pubblico a rilevanza economica mediante procedura ad evidenza pubblica, anche se il servizio è stato conferito alla società senza esperire una (seconda) gara.

In caso di risposta affermativa ne conseguirebbe l'esclusione di siffatta società mista dall'assoggettamento al patto di stabilità *ex art. 18 comma 2 bis* della l. n. 133/2008. Nessun dubbio, d'altronde, può configurarsi sulla sussistenza degli altri requisiti, ossia la partecipazione pubblica locale "di controllo", trattandosi – nella fattispecie prospettata dalla Provincia di Varese – di società mista a maggioranza pubblica (c.d. controllo "di diritto"), nonché sulla natura di servizio pubblico locale a rilevanza economica dell'attività svolta. Diviene, dunque, dirimente proprio la qualificazione giuridica della modalità di affidamento del servizio (diretta/competitiva).

Orbene, a tal fine è necessario muovere l'analisi dal quadro ermeneutico comunitario (*a fortiori* nel caso del servizio idrico, ove – come detto – manca una disciplina nazionale in materia di affidamento).

Un primo chiarimento si è avuto, prima che in sede giurisprudenziale, nella Comunicazione della Commissione Europea del 12.04.2008 sul "partenariato pubblico-privato", in cui la Commissione ha ammesso l'affidamento diretto a società mista, solo se:

- a) il *partner* privato sia stato scelto mediante gara;
- b) sia stato preventivamente individuato il servizio a cui la collaborazione partenariale è destinata.

Proprio in relazione ad una società mista italiana affidataria della gestione del servizio idrico integrato, è poi giunto all'esame della Corte di Giustizia il problema di stabilire se l'affidamento del servizio pubblico in questione alla società mista pubblico-privata senza indizione di gara specifica sia compatibile con il diritto comunitario, laddove la procedura finalizzata all'individuazione del socio privato cui affidare la gestione integrale del servizio idrico sia stata effettuata nel rispetto degli artt. 43 CE e 49 CE nonché dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, così come dell'obbligo di trasparenza che ne discende (cfr. sentenza 15 ottobre 2009, C 196/08, Sezione III, "Acoset").⁴

⁴ La Corte rammenta che – in linea di principio – l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 51, nonché 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 48). Peraltra, il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di concessioni. Tuttavia, introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quello su cui verte la causa principale, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio

Sul punto, la Corte di Giustizia conclude nel senso che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni.

Sostanzialmente confermativa è la successiva sentenza della Corte di Giustizia, 22.12.2010, C-215/09, *Mehilainen Oy*, in cui l'affidamento diretto ad una società mista finlandese è stato giudicato illegittimo, ma la scelta del *partner* privato era avvenuta senza gara.

In sintesi, dall'esame della giurisprudenza emerge che l'affidamento ad una società mista in cui il socio privato operativo è scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto" appare legittimo, purché:

- a) la gara unica per la scelta del *partner* e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati");
- b) la selezione dell'offerta migliore sia rapportata non solo alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto;
- c) il rapporto instaurando abbia durata predeterminata.

A questo stadio dell'*iter* argomentativo, è necessario sviluppare un ultimo passaggio logico ai fini del quesito in oggetto.

Acclarata la legittimità di siffatto affidamento alla società mista in presenza degli illustrati presupposti, senza la necessità di una seconda gara per conferire il servizio, bisogna valutare se il conferimento del servizio alla società possa essere qualificato ad evidenza pubblica oppure mantenga la natura di affidamento diretto (seppur legittimo, atteso che il socio privato operativo è stato scelto mediante procedura competitiva). D'altronde, socio privato operativo e società mista rimangono soggetti giuridici distinti, ed è quest'ultimo l'organismo del cui assoggettamento al patto di stabilità interno si discute in questa sede.

Per evidente identità di *ratio* tra vincoli amministrativi e vincoli finanziari, è dunque necessario indagare se l'ordinamento estenda anche a siffatta società mista limiti e vincoli amministrativi posti alle società affidatarie dirette di servizi pubblici locali (ad es., tipicamente, le limitazioni alla capacità negoziale *extra moenia*), così da

economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo. Sebbene la mancanza di gara nel contesto dell'aggiudicazione di servizi risulti inconciliabile con gli artt. 43 CE e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi sopra ricordati e l'individuazione dei criteri di scelta del socio privato consentono di ovviare a detta situazione, dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta. Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie sottoposta all'attenzione del Giudice comunitario, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificherebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario. La Corte precisa che siffatta società a capitale misto, pubblico e privato deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe l'obbligo di indire una gara (v., in tal senso, sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06).

desumerne la qualificazione giuridica dell'affidamento alla società mista (che, ripetesi, di per sé è un atto giuridico distinto rispetto alla scelta del socio privato operativo).

Tale ulteriore valutazione non può agevolmente fondarsi sull'ordinamento comunitario, il quale – in sede di esame delle limitazioni gravanti sulle società pubbliche – svaluta le modalità di affidamento con cui le predette società hanno conseguito le commesse pubbliche.

Infatti, pur avendo l'Unione europea previsto la necessità per gli Stati membri di provvedere alla regolamentazione dell'accesso al mercato degli appalti pubblici da parte di organismi di proprietà o partecipati da enti pubblici, proprio per evitare distorsioni della concorrenza nei confronti di soggetti privati (v. Direttiva n. 2004/18/CE del 31/3/2004), si è tuttavia escluso che il riconoscimento della legittimazione a concorrere *extra moenia* contrasti in qualche modo con i principi in materia di concorrenza e di parità di trattamento fra imprese pubbliche e private. È stato, invero, affermato che il solo fatto che amministrazioni aggiudicatrici ammettano alla partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto organismi che beneficiano di sovvenzioni pubbliche non costituisce automaticamente violazione del principio di parità di trattamento (e della concorrenza). Non sussiste a livello di normativa comunitaria un espresso divieto di partecipazione di tali organismi a dette procedure di appalto (così: Corte di giustizia 7/12/2002; V Sez., 27 settembre 2004, n. 6325; 12 giugno 2009, n. 3767), salvo procedere ad una accorta e puntuale valutazione della congruità dell'offerta, per evitare che un'offerta particolarmente bassa possa essere proprio il frutto della predetta particolare posizione dell'organismo a partecipazione pubblica che ha preso parte alla gara.

Peraltro, argomenti nel senso della natura concorrenziale dell'affidamento del servizio alla società mista (con socio privato operativo scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto") emergono comunque dai rigorosi presupposti che l'ordinamento comunitario pone ai fini dell'esenzione dall'obbligo di una "seconda gara", così da individuare di fatto un vero e proprio "intreccio" tra società e socio privato operativo (ovviamente in termini funzionali e non strutturali). Come precisato dalla Corte di Giustizia nella sopracitata pronuncia "Acoset", *"il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di concessioni. Tuttavia, introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quello su cui verte la causa principale, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo"*. Inoltre, *"siffatta società a capitale misto, pubblico e privato deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara (v., in tal senso, sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06)"*.

In ogni caso, dettagliati chiarimenti sulla natura dell'affidamento in favore di siffatta società mista emergono dall'ordinamento nazionale.

Infatti, la questione dei limiti alla capacità negoziale di siffatte società miste (e, dunque, della natura del conferimento del servizio in favore di queste ultime) appare risolta normativamente da parte della legge n. 183/2011 (c.d. legge di stabilità 2012), nel senso della natura concorrenziale dell'affidamento in favore di una società mista il cui socio privato operativo sia stato scelto mediante procedura di evidenza pubblica, seppur in mancanza di una "seconda gara".

Infatti, l'art. 9 comma 2 lett. h) e i) della legge di stabilità 2012 ha novellato l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, precisando espressamente che i divieti inerenti l'extraterritorialità e gli ulteriori affidamenti – operanti nei confronti delle società destinatarie di affidamenti diretti - non si applicano, oltre che al socio privato operativo, anche a tale tipologia di società mista.

In questo senso, nel previgente quadro normativo, si era già orientata la giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'affidamento a società mista con socio privato scelto mediante gara a doppio oggetto "riusciva ai fini della tutela della concorrenza e del mercato del tutto equivalente a quello attuato mediante pubblica gara, per cui sarebbe risultata irragionevole ed immotivata, anche alla luce dei principi dettati dalla U.E. in materia ... l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi diversi da quelli in atto" (Cons. Stato sent. n. 2222 del 11 aprile 2011).

È pur vero che l'articolato normativo nazionale ex d.l. n. 138/2011, in larga parte, non trova applicazione al servizio idrico, e dunque a rigore argomenti tratti da tale disposizione parrebbero inconferenti. Cionondimeno, nel caso di specie il dubbio interpretativo riveste portata "trasversale", in quanto la valutazione sull'assoggettamento al patto di stabilità interno ex art. 18 comma 2 bis del d.l. n. 112/2008 di siffatte società miste prescinde dallo specifico settore di attività (ferme le diverse normative applicabili in linea generale).

D'altronde, la strutturale differenza tra una società *in house* e la società mista con socio privato operativo individuato mediante gara c.d. "a doppio oggetto" consiste nel fatto che, mentre la prima agisce come vero e proprio organo dell'Amministrazione (in ragione del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente *in house* in favore dell'amministrazione stessa), costituendone sostanzialmente una *longa manus*, la società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato sia scelto mediante evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza.

In conclusione, una società mista a maggioranza pubblica cui è attribuita la gestione del servizio idrico integrato, con socio privato operativo scelto mediante gara "a doppio oggetto" nel rispetto dei sopraindicati presupposti, è esclusa dall'assoggettamento al patto di stabilità interno ex art. 18 comma 2 bis della l. n. 133/2008, pur in mancanza di una seconda gara per il conferimento del servizio.

4. L'attuale efficacia ed operatività delle disposizioni in tema di assoggettamento al patto di stabilità sointerno delle società *in house* in forza dell'art. 18 comma 2 bis del d.l. n. 112/2008

Passando ad analizzare l'interrogativo sull'attuale operatività dell'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società partecipate (nelle tre categorie enucleate sub quesito n. 3), il Collegio osserva che il medesimo art. 18 comma 2 bis della l. n. 133/2008 ha stabilito che, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di

concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la Conferenza Unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997 n. 281, e successive modificazioni, da emanare entro il 30 settembre 2009, sono definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle sopraindicate società.

Al momento della sua entrata in vigore l'assoggettamento al patto di stabilità *ex art. 18 comma 2 bis l. n. 133/2008* faceva seguito a quanto previsto dall'art. 23 *bis* comma 10 della medesima legge, ai sensi del quale: *"il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le Regioni ed entro il 31 dicembre 2009, sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997 n. 281 e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, adotta uno o più regolamenti, ai sensi dell'art. 17 comma 2 della l. 23 agosto 1988 n. 400, al fine di: a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti cosiddetti affidatari in house di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno ..."*. Tale disposizione, applicabile anche al servizio idrico integrato, è stata caducata dalla Corte Costituzionale (sent. n. 325/2010), ancor prima della complessiva abrogazione referendaria. Il Giudice delle Leggi ha precisato che l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, per le quali soltanto l'art. 117 sesto comma Cost. attribuisce allo Stato la potestà regolamentare. Orbene, ai fini del quesito in oggetto, il Collegio richiama l'esegesi della giurisprudenza contabile secondo cui l'art. 18 comma 2 *bis* della l. n. 133/2008 condiziona l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *ivi* citate alla definizione delle modalità e della relativa modulistica. Conseguentemente, non può farsi derivare dalle predette norme l'obbligo attuale, in capo agli enti controllanti, di valutare il rispetto del patto di stabilità attraverso un bilancio consolidato funzionale ad un'analisi della situazione finanziaria della società unitamente a quella dell'ente locale (Corte dei Conti, sez. reg. contr. Piemonte, n. 14/2010; cfr., altresì, sez. reg. contr. Sardegna n. 24/2010; Corte dei Conti, SS.RR. in sede di controllo del. n. 28/2011).

A questo stadio dell'*excursus* argomentativo, il Collegio non può esimersi dal segnalare comunque l'opportunità di un consolidamento dei risultati economici e finanziari del "gruppo municipale", al fine di una corretta rappresentazione del bilancio comunale.

D'altronde, a prescindere dalla cogenza di singole disposizioni di legge, la Sezione ha sottolineato, da tempo, l'esigenza di tener conto comunque dei risultati delle società a partecipazione pubblica totale o maggioritaria (in termini di ammontare di spese e di debito), insieme a quelli dell'ente locale, al fine di evitare il formarsi di situazioni occulte di debito destinate a gravare sulla collettività pubblica (sin dalla deliberazione n. 17 del 13 ottobre 2006).

Parimenti si è evidenziato, in relazione ai principi contabili internazionali (IPSAS n. 6) ed ai principi contabili per gli enti locali elaborati dall'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali (principio n. 4), come il bilancio consolidato sia un valido strumento per conoscere e valutare la situazione finanziaria, oltre che economica e patrimoniale degli enti che consolidano i conti (Corte dei Conti, sez. reg. contr. Veneto, n. 4/2008; Corte dei Conti, sez. reg. contr. Piemonte, n. 14/2010).

Sul piano normativo, lo stesso art. 152 del d.lgs. n. 267/2000 stabilisce che il regolamento di contabilità degli enti locali assicura, di norma, la conoscenza consolidata dei risultati globali delle gestioni relative ad enti od organismi costituiti per l'esercizio di funzioni e servizi; l'art. 172 comma 1 lett. b) dello stesso testo unico prevede tra gli allegati obbligatori del bilancio di previsione dell'ente locale anche le risultanze dei rendiconti o conti consolidati delle aziende speciali, consorzi, istituzioni, società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici, relativi al penultimo esercizio antecedente quello cui il bilancio si riferisce. Il successivo art. 230 TUEL dispone, poi, che il regolamento di contabilità può prevedere la compilazione del conto consolidato patrimoniale per tutte le attività e le passività interne ed esterne.

La necessità del consolidamento dei dati di bilancio tra soggetti pubblici ed organismi partecipati, da tempo posta in evidenza dalla giurisprudenza contabile, è ormai oggetto di recepimento legislativo in via generale per l'intero universo delle Pubbliche Amministrazioni.

Infatti, il decreto legislativo di armonizzazione n. 91/2011, attuativo della legge di contabilità n. 196/2009, impone il consolidamento dei conti per le Amministrazioni pubbliche non locali. Ai sensi dell'art. 18 comma 1 con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, di concerto con i Ministri interessati, ex art. 17 comma 3 della L. n. 400/1988, entro il 31 dicembre 2012 (a seguito di proroga ex art. 19 comma 1 lett. h) del d.l. 29 dicembre 2011 n. 216), è individuato uno schema tipo di bilancio consolidato delle amministrazioni pubbliche con le proprie aziende, società ed altri organismi controllati. Nel medesimo decreto sono stabiliti i tempi e le modalità per l'adozione dei bilanci consolidati e per la loro pubblicazione.

In parallelo si colloca la disciplina di cui al decreto legislativo n. 118 del 23 giugno 2011 (armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi) attuativo della legge delega sul c.d. "federalismo fiscale" n. 42/2009, che prevede l'adozione di uno schema comune di bilancio consolidato degli enti locali con le aziende, società e altri organismi controllati.

In relazione a quest'ultimo, la giurisprudenza contabile⁵, ha preso atto che il decreto legislativo attuativo in esame integra l'area del consolidamento con l'inserimento degli enti ed organismi strumentali di Regioni ed enti locali (art. 1 comma 4); ha, però, rilevato che si tratta di soggetti giuridici con connotati identificativi al momento dubbi (soprattutto con riferimento agli organismi societari che, ai sensi di quanto previsto dall'art. 11 comma 1, sembrerebbero rappresentare una categoria diversa), la cui tipologia deve essere definita da successivi decreti legislativi ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di armonizzazione⁶.

⁵ SS.RR. in sede di controllo, audizione sullo schema di decreto legislativo n. 339 recante disposizioni per l'attuazione dell'art. 2, comma 2, lett. h della legge 5 maggio 2009 n. 42 e successive modificazioni - maggio 2011.

⁶ Più precisamente, ai sensi dell'art. 1 comma 4 con i decreti legislativi integrativi e correttivi "sono identificate le tipologie di soggetti giuridici che costituiscono enti ed organismi strumentali ai fini dell'applicazione delle presenti disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio". Il successivo art. 11 statuisce, peraltro, che Regioni ed enti locali "adottano comuni schemi di bilancio finanziari, economici e patrimoniali e comuni schemi di bilancio consolidato con i propri enti ed organismi strumentali, aziende, società controllate e partecipate e altri organismi controllati" (comma 1). La gradualità applicativa di tale previsione emerge dall'art. 36 comma 1 che prevede un periodo di sperimentazione con apposito d.p.c.m. da emanare entro 120 giorni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 118/2011, nelle more della definitiva disciplina posta dai decreti legislativi integrativi e correttivi, anche in ossequio al successivo art. 36 comma 5. Tale d.p.c.m. è stato emanato in data 28 dicembre 2011 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 304 del 31.12.2011.

In conclusione, allo stato, le società *in house* che gestiscono il servizio idrico integrato non sono (ancora) assoggettate al patto di stabilità interno, fermo quanto illustrato in materia di consolidamento dei bilanci.

5. La disciplina concreta dell'assoggettamento delle società *in house* e/o delle società miste al patto di stabilità interno

Attesa l'attuale inefficacia dell'assoggettamento al patto di stabilità delle società *in house* (cfr. quesito sub 4), è conseguentemente assorbito il dubbio relativo alla modalità operative di siffatto adempimento.

6. Le regole e le modalità per il rispetto del patto di stabilità interno da parte degli enti locali in relazione alle proprie partecipazioni societarie

6.1. Premessa metodologica

La Provincia di Varese chiede, altresì, di specificare quali siano in concreto e nel dettaglio le modalità e le regole da seguire, da parte degli enti locali e con riferimento alle proprie partecipazioni societarie, per rispettare il patto di stabilità interno.

Siffatto quesito si palesa, in realtà, piuttosto generico, non essendo evidentemente possibile – in via aprioristica ed astratta – individuare una sorta di onnicomprensivo “decalogo” in materia (peraltro, sulla base di quanto emerge dal quesito, il dubbio prescinde dallo specifico settore del servizio idrico).

D'altronde, appare arduo ricostruire nel dettaglio in questa sede consultiva eventuali fenomeni elusivi, a differenza di ciò che avviene a seguito di approfondite istruttorie sulla sana gestione finanziaria e contabile.

Peraltro il Collegio, in via meramente esemplificativa ed accedendo - per finalità collaborative - all'esplicita richiesta di individuazione, nel dettaglio ed in concreto, di siffatte “modalità e regole”, ritiene opportuno richiamare alcuni criteri interpretativi in materia di riflessi sul patto di stabilità interno dell'ente locale socio aventi ad oggetto particolari movimentazioni finanziarie intercorrenti tra quest'ultimo e l'organismo partecipato (emersi proprio in sede di esame di bilanci e rendiconti degli enti locali).

Sul punto, è ormai condivisa conclusione esegetica il fatto che le verifiche della Magistratura contabile in materia di patto di stabilità rivestano natura sostanziale e non solo formale, con la conseguente riqualificazione di incassi e pagamenti in base alla reale configurazione giuridica dei medesimi a prescindere dal *nomen iuris* (in merito al rapporto tra gli accertamenti delle sezioni regionali di controllo e le prerogative sanzionatorie delle sezioni giurisdizionali della medesima Corte ex d.l. n. 98/2011, si rinvia alla delibera della Sezione n. 510/2011).

Il principio fondamentale da cui muove il complesso della costruzione interpretativa è rappresentato dalla necessità che l'esternalizzazione (in punto *an* ed in punto *quomodo*) costituisca una scelta gestionale, subordinata alla preventiva valutazione del rapporto costi-benefici, in termini di miglioramento dell'efficienza, efficacia ed economicità, priva di qualsivoglia risvolto elusivo.

Analizzando in sede di controllo sui bilanci preventivi e consuntivi l'inquadramento sostanziale di alcune movimentazioni finanziarie formalmente classificate tra voci escluse dai saldi del patto, e ribadita la natura prettamente esemplificativa dei successivi richiami, sono dunque emerse criticità nelle seguenti ipotesi (non di rado anche in termini cumulativi):

- a) realizzazione di opere da parte dell'organismo partecipato per conto dell'ente locale;
- b) concessione di credito in favore dell'organismo partecipato e successive rinunce da parte dell'ente locale;
- c) alienazioni immobiliari infragruppo.

6.2. Realizzazione di opere per conto dell'ente locale

In relazione al primo profilo, da tempo la giurisprudenza contabile segnala che il rapporto tra ente locale e società partecipate che operano con il meccanismo *in house* si presta a fenomeni elusivi laddove l'ente pubblico incarichi l'organismo partecipato di attivare investimenti o di svolgere servizi strumentali. *“Sono numerosissimi gli enti, anche con popolazione di poco superiore ai 5.000 abitanti, che hanno conferito la gestione di servizi manutentivi vari a società da loro appositamente costituite che, molte volte, sono in situazioni di perdita o, comunque, di debito verso l'ente costitutore che, però, anche grazie alla dislocazione di attività all'esterno osserva il Patto”* (Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, rapporto sul coordinamento della finanza pubblica 2010).

In concreto, ne deriva che eventuali somme erogate dall'ente locale a siffatta società, ad esempio a titolo di concessione di credito, non possono comunque essere scomputate dai saldi del patto di stabilità del Comune, benché l'erogazione dei pagamenti delle opere pubbliche avvenga da parte della società interamente partecipata (cfr. altresì Corte Conti SS.RR. n. 49/2011).

Tale esegesi è stata recepita dal Ministero dell'Economia e delle Finanze che, nella circolare n. 11 del 6 aprile 2011, invita *“gli enti ad una corretta contabilizzazione delle concessioni e delle riscossioni di crediti evitando illegittime traslazioni di pagamenti a società esterne partecipate. Al riguardo si segnala che le verifiche della Corte dei Conti dirette ad accertare il rispetto del patto di stabilità interno possono estendersi all'esame di natura sostanziale delle risorse e delle spese escluse dai vincoli”*.

Né siffatta esclusione può essere frutto dell'allocazione dei pagamenti nei servizi per conto terzi (anch'essi non ricompresi nei saldi del patto di stabilità interno).

A questo proposito, recente giurisprudenza contabile – con riferimento ad ipotesi di esecuzione di opere pubbliche di interesse dell'ente locale da parte di società partecipate con ricorso all'indebitamento - ha rammentato che, ove il debito non figuri formalmente in capo all'ente locale, di fatto lo stesso può gravare sull'Amministrazione in virtù di specifici impegni contrattuali (es. fideiussione). Tale aspetto deve essere tenuto presente dall'ente locale socio ai fini di una corretta contabilizzazione delle somme relative alla fideiussione ed al pagamento degli oneri finanziari del mutuo, escludendosi senz'altro l'iscrizione nei servizi per conto terzi, da riservarsi alle tipologie di entrata e di spesa strettamente previste dall'ordinamento finanziario e contabile (Sez. reg. contr. Piemonte n. 114/2011).

6.3. Autonoma concessione di credito da parte dell'ente locale e successiva rinuncia

La concessione di credito in favore di società *in house* può assumere rilievo autonomo, sempre ai fini dei saldi del patto di stabilità, a prescindere dal pagamento di opere pubbliche (o del mutuo che la società ha contratto per finanziarle).

Orbene, la Sezione si è da tempo soffermata in relazione alla possibilità per un ente locale di concedere un prestito ad una società dallo stesso partecipata, comunque da destinarsi a spese di investimento di quest'ultima (sin dalla delibera n. 385/2009).

In questa sede, tralasciando i numerosi profili critici relativi alla legittimità della concessione di un credito ad una società partecipata, si tratta di valutare un diverso aspetto, ossia se le relative voci contabili rilevino ai fini del patto di stabilità.

Orbene, nel peculiare caso in cui la società destinataria delle somme sia *in house*, ad avviso del Collegio non rileva la formale presenza di due distinti soggetti giuridici, ma occorre analizzare il fenomeno anche in un'ottica sostanziale, alla luce della natura di delegazione interorganica di siffatto rapporto, anche al fine di impedire manovre elusive sui vincoli del patto di stabilità.

In altri termini, il finanziamento della società *in house* da parte dell'ente proprietario rappresenta esso stesso il chiaro sintomo dell'esistenza di un nesso funzionale tra società ed ente locale, il quale erogando il finanziamento si comporta come se stesse direttamente finanziando le proprie attività.

Ne deriva che, in linea di principio l'esclusione dei finanziamenti alle società *in house* (o più in generale alle società partecipate) dalle spese, rilevate per cassa, ai fini del saldo finanziario del patto di stabilità dell'ente locale socio, presuppone un rigoroso vaglio anti-elusivo, anche in un più esteso arco temporale: ad esempio, eventuali successive rinunce al credito da parte dell'ente locale potrebbero (ri)qualificare l'erogazione in favore della società in termini di versamento c.d. "a fondo perduto" (rilevante ai fini del patto di stabilità interno).

6.4. Alienazioni infragruppo

Giungendo alla terza esemplificazione "critica" relativa a movimenti finanziari infragruppo rilevanti ai fini dei saldi del patto di stabilità, la Sezione ha più volte evidenziato le problematiche derivanti dal reperimento da parte di amministrazioni locali di plusvalenze immobiliari a seguito di alienazione di beni "infragruppo", cioè dall'ente locale ad organismi partecipati dall'Ente medesimo (cfr., da ultimo, del. n. 531/2011).

Infatti, in linea di principio destano perplessità, ai fini della corretta contabilizzazione tra i saldi del patto di stabilità, cessioni a titolo oneroso di patrimonio comunale ad organismi partecipati, laddove questi ultimi – privi di sufficienti risorse proprie – debbano necessariamente indebitarsi per reperire le relative fonti di finanziamento.

Tale ipotesi configura un improppio "collegamento negoziale" tra il contratto di vendita del patrimonio comunale all'organismo partecipato – di per sé legittimo - ed il negozio di mutuo attraverso cui l'organismo partecipato paga all'ente locale il prezzo di acquisto del bene dell'Ente socio.

Quest'ultimo consegue, in virtù della complessiva operazione "triangolare", una forma di finanziamento (solo formalmente) non classificabile come indebitamento in capo all'ente locale medesimo, realizzando un duplice effetto elusivo *contra legem* sotto il profilo giuscontabile. Attraverso lo schermo dell'organismo partecipato, da un lato, tale entrata sarebbe (solo apparentemente) rilevante ai fini del rispetto del patto di stabilità e, dall'altro, l'ente locale finirebbe per "ribaltare" il proprio indebitamento sull'organismo partecipato.

Le suddette criticità emergerebbero in modo ancor più evidente laddove l'indebitamento assunto dall'organismo partecipato per acquisire immobili comunali fosse direttamente garantito dall'ente locale mediante fideiussione o lettera di *patronage forte; a fortiori*, nel caso in cui l'Amministrazione provvedesse a pagare le rate del mutuo avvalendosi della liquidità fornita dalle casse comunali sotto forma di

erogazione di contributo in favore della partecipata, configurandosi una vera e propria “partita di giro” (Corte dei Conti, sez. Lombardia del. n. 459/2011).

B) Le spese di personale

7. L'applicabilità alle società miste della normativa sui limiti di spesa per il personale: il rapporto tra spese di personale e spese correnti

La Provincia di Varese chiede se gli obblighi di consolidamento ex art. 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011, convertito dalla l. n. 111/2011, trovino applicazione anche con riferimento alle società miste a prevalente partecipazione pubblica locale, che gestiscono un servizio pubblico locale a rilevanza economica (nel caso di specie il servizio idrico integrato), laddove il socio privato sia scelto mediante una procedura concorsuale rispettosa dei principi comunitari in tema di concorrenza e con attribuzione al medesimo socio privato di specifici compiti operativi relativi alla gestione del servizio affidato.

Orbene, l'art. 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011 (convertito dalla l. n. 111/2011), novellando l'art. 76 comma 7 del d.l. n. 112/2008, ha statuito che, ai fini del computo del rapporto percentuale tra spese di personale e spese correnti, *“si calcolano le spese sostenute anche dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica. La disposizione di cui al precedente periodo non si applica alle società quotate su mercati regolamentati”*.

La *quaestio iuris* oggetto del presente quesito può essere risolta, ad avviso del Collegio, nel senso della qualificazione “concorrenziale” dell'affidamento della gestione del servizio idrico ad una società mista, in cui il socio privato operativo è stato scelto mediante gara c.d. “a doppio oggetto”, pur in mancanza di una seconda gara, come già illustrato in relazione alla latitudine dell'assoggettamento al patto di stabilità interno.

Ne consegue l'esclusione di siffatta società dall'obbligo di consolidamento ex art. 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011, in presenza dei requisiti diffusamente richiamati sub quesito n. 3 cui si effettua espresso rinvio.

8. L'applicabilità alle società miste della normativa sui limiti di spesa per il personale: l'estensione dei limiti e dei divieti alle assunzioni ex art. 19 comma 1 del d.l. n. 78/2009

L'ente locale chiede se la normativa in tema di contenimento della spesa per il personale ex art. 19 comma 1 del d.l. n. 78/2009 trovi applicazione anche con riferimento alle società miste a prevalente partecipazione pubblica locale, che gestiscono un servizio pubblico locale a rilevanza economica (nel caso di specie il servizio idrico integrato), laddove il socio privato sia scelto mediante una procedura concorsuale rispettosa dei principi comunitari in tema di concorrenza e con attribuzione al medesimo socio privato di specifici compiti operativi relativi alla gestione del servizio affidato.

In via preliminare, il Collegio rammenta che la latitudine oggettiva degli organismi oggetto di divieti/limitazioni alle assunzioni ex art. 19 comma 1 del d.l. n. 78/2009 (*id est*, art. 18 comma 2 *bis* primo e secondo periodo) non è del tutto coincidente con

quella delle società cui si estende il patto di stabilità interno *ex art. 18 comma 2 bis* terzo periodo, né con quelle oggetto di consolidamento *ex art. 20 comma 9* del d.l. n. 98/2011.

Infatti, l'art. 18 comma 2 *bis* primo e secondo periodo del d.l. n. 112/2008 statuisce che le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo affidatarie dirette di servizi pubblici locali senza gara ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato delle P.A. come individuate dall'Istat, ai sensi dell'art. 5 comma 1 legge n. 311 del 2004⁷:

- a) sono vincolate al rispetto dei divieti e delle limitazioni alle assunzioni di personale in relazione al regime previsto per l'Amministrazione controllante;
- b) devono adeguare le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le Amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali, delle altre voci di natura retributiva o indennitaria, e per le consulenze.

La Sezione evidenzia che tale disposizione contiene un *quid pluris*, ossia il seguente riferimento finale: *"inserite nel conto economico consolidato della P.A., come individuate dall'Istat, ai sensi del comma 5 dell'art. 1 della Legge n. 311/04"*.

In ogni caso, per quanto concerne il presente quesito n. 8, riveste rilievo dirimente la più volte evidenziata natura concorrenziale propria dell'affidamento ad una società mista in cui il socio privato operativo è stato scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto" (in presenza dei requisiti diffusamente richiamati sub quesito n. 3), seppur in mancanza di una seconda gara.

Ne consegue l'esclusione di siffatta società mista che gestisce il servizio idrico, con socio privato operativo scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto", dall'alveo *ex art. 19 comma 1* del d.l. n. 78/2009.

9.-10. La disciplina concreta sui limiti di spesa per il personale con riferimento alle società pubbliche *in house* e miste *ex art. 18 comma 2 bis* del d.l. 112/2008: il dubbio sulla sussistenza di un autonomo vincolo relativo al rapporto tra spesa per il personale e spesa corrente con riferimento alle società a partecipazione pubblica locale.

La Provincia di Varese si interroga sulla necessità di un'autonoma e concorrente verifica del rispetto del limite di incidenza percentuale delle spese di personale sulle spese correnti da parte di una società *in house* di gestione del servizio idrico. Il dubbio muove dalla necessità di applicare a quest'ultima (e non alla società mista a doppio oggetto, cfr. quesito n. 8) le disposizioni che, ai sensi dell'art. 19 comma 1 del d.l. n. 78/2009, stabiliscono in capo alle amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 divieti o limitazioni alle assunzioni di personale in relazione al regime previsto per l'Amministrazione controllante.

Orbene, tale disposizione è attualmente vigente, anche perché espressamente fatta salva dall'art. 4 comma 17 del d.l. n. 138/2011, ai sensi del quale *"fermo restando quanto previsto dall'art. 18 comma 2 bis, primo e secondo periodo, del decreto legge n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 133/2008, e successive*

⁷ La fonte normativa nazionale del c.d. "elenco ISTAT" è, attualmente, costituita dall'articolo 1 comma 3 della legge 31 dicembre 2009 n. 196.

modificazioni, le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del decreto legislativo n. 165/2001”.

In via preliminare, per quanto concerne le restrizioni alle assunzioni derivanti dalla costituzione di una società *in house*, il Collegio non può che prendere atto del tenore delle disposizioni in materia di spesa di personale che, da un lato, impongono a Comuni e Province un obbligo di contenimento del relativo *trend* e, dall'altro, non tengono conto della latitudine delle funzioni esercitate dall'Amministrazione.

Ne deriva - sulla scorta di un'esegesi prettamente letterale – un'applicazione rigorosa delle norme che pongono agli enti locali vincoli alle assunzioni. In concreto, risulta ad esempio necessario computare, nell'alveo delle spese di personale di Comuni e Province *ex art. 1 co. 557 e co. 562 l. n. 296/2006*, anche gli oneri a tale titolo derivanti da nuove funzioni o da ulteriori servizi dell'Amministrazione, sia esercitate “*in proprio*” (si pensi alla reinternalizzazione *tout court* di attività), sia esercitate dal gruppo municipale con conseguente consolidamento *pro rata* delle spese di personale (ad es. nel caso di svolgimento di un'attività, affidata in precedenza a terzi, mediante una società *in house*, ovviamente nel rispetto della disciplina comunitaria e nazionale di affidamento del servizio).

Peraltro, quantomeno per la reinternalizzazione delle attività direttamente in capo all'ente locale e con esclusivo riferimento alle limitazioni in oggetto (cfr., in particolare, il tetto del 20% del *turn over* in termini di spesa), ad avviso del Collegio tale rigore applicativo potrebbe essere temperato dall'individuazione di una dotazione organica complessiva tra ente locale e società partecipata (Sez. Autonomie del. n. 12/2011). Detta operazione – che consente di valutare il rispetto dei vincoli finanziari e assunzionali sulla base del consolidamento delle voci di spesa del personale e di una dotazione organica complessiva – naturalmente presuppone che – a seguito della esternalizzazione – sia stata ridotta o, comunque, sterilizzata la dotazione organica del personale dell'ente locale in misura omogenea alla riduzione delle funzioni esternalizzate (Sez. Lombardia del. n. 653/2011).

Giungendo all'assetto normativo “*a regime*” della società *in house* ed in particolare all'eventuale necessità di verificare, in via autonoma, in capo a quest'ultima il rapporto percentuale tra spese di personale e spese correnti alla luce dell'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008, il Collegio osserva quanto segue.

Al fine di dimostrare l'esistenza di un concorrente ed autonomo vincolo percentuale in capo alla società *in house* singolarmente intesa, risulterebbe necessario interpretare la disposizioni in oggetto nel senso di estendere direttamente alle società in questione le restrizioni in materia di assunzione di personale, in via indipendente rispetto all'ente locale che ne detiene il patrimonio o ne controlla l'operato (ovviamente adottandone il relativo regime normativo). In effetti, dal precezzo secondo il quale le disposizioni che stabiliscono divieti o limitazioni alle assunzioni “si applicano” alle società partecipate sembrerebbe desumersi che tali società debbono garantire, “*in proprio*” il rispetto degli obblighi imposti all'ente locale controllante per poter assumere personale. Ad esempio, se l'amministrazione controllante è soggetta al patto di stabilità interno, in base a tale interpretazione la società controllata sarebbe tenuta alla riduzione progressiva della spesa di personale (con connesso contenimento del *turn-over*) nonché, in ogni caso, a garantire che

quest'ultima incidenza sia inferiore al 50% delle spese correnti (cfr. l'art. 28 comma 11 *quater* del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito nella l. 22 dicembre 2011 n. 214, che ha elevato al 50% la precedente soglia del 40%). Altrimenti, la singola società partecipata incorrerrebbe nel blocco totale delle assunzioni avendo violato un obbligo proprio, il cui contenuto sarebbe frutto del rinvio dinamico alla disciplina normativa dell'Amministrazione controllante.

Il Collegio segnala, però, in senso contrario che il recente quadro legale ha nettamente optato per il principio del consolidamento delle spese di personale e, più in generale, dei risultati economico/finanziari in capo al "gruppo municipale", nei contorni definiti (con disposizione settoriale) dal d.l. n. 98/2011 e (in via generale) dal d.lgs. n. 118/2011. In questa direzione appare, altresì, orientata l'interpretazione delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti in sede nomofilattica (SS.RR. del. nn. 3 e 27 del 2011).

Tale inequivoca scelta legislativa si rivela oggi dirimente, al fine di orientare l'interprete nei casi dubbi in sede di interpretazione sistematica delle modalità applicative dei vincoli finanziari.

L'obbligo di consolidamento, quantomeno nei casi espressamente previsti da singole previsioni di legge tra cui il limite percentuale tra spesa di personale e spese correnti *ex* d.l. n. 98/2011, costituisce, dunque, un punto fermo (cfr., altresì, Sez. Autonomie delibera n. 14 del 28 dicembre 2011).

È pur vero che, in linea teorica, non vi sarebbe un'aprioristica incompatibilità concettuale tra l'esistenza di un vincolo complessivo in capo al gruppo municipale e la presenza delle medesime limitazioni in capo ad alcuni (soltanto) degli organismi che ne fanno parte, nel caso di cui al presente quesito in capo alle tre tipologie di società *ex* art 18 co. 2 *bis* d.l. 112/2008. Ne potrebbe derivare un doppio vaglio sul rispetto del limite finanziario, prima in capo a tali singoli organismi e poi complessivamente in capo al gruppo municipale.

Peraltro, tale opzione appare al Collegio obiettivamente irragionevole.

In primo luogo, essa si rivela in palese contrasto con i canoni di autonomia organizzativa dell'ente locale e con la natura di principio tipica della potestà legislativa concorrente dello Stato nella materia del coordinamento della finanza pubblica (cui appartengono le disposizioni finanziarie in oggetto).

Inoltre, non sembra logico imporre un tetto specifico in capo alle tre tipologie di società partecipate in oggetto, e non invece in capo all'ente locale medesimo singolarmente inteso, in relazione al quale l'opzione del Legislatore in favore del consolidamento comporta la rilevanza della percentuale complessiva derivante dall'attività del "gruppo" in favore dell'Amministrazione controllante.

In altri termini, in relazione ad uno specifico vincolo di spesa, il consolidamento in capo al gruppo municipale, disposto dal Legislatore *ex* d.l. n. 98/2011, si rivela *ex se* alternativo rispetto al vaglio autonomo del rispetto del medesimo vincolo di spesa in capo alla singola partecipata facente parte del gruppo.

Ergo, ad avviso del Collegio questa ipotesi interpretativa non appare, attualmente, sostenibile.

D'altronde, recente giurisprudenza contabile ha individuato uno stretto raccordo tra l'art. 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011 e l'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008, verosimilmente anche in termini di omogeneità interpretativa (cfr. la delibera della

Sezione Autonomie n. 14 del 28 dicembre 2011, secondo cui l'art. 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011 era stato "preconizzato" dall'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008). Peraltro, in sede di esame sistematico dei vincoli di spesa in capo agli organismi partecipati, l'illustrata esegesi sembra coerente con il concorrente principio *ex art. 18 comma 2 bis*, per cui le società pubbliche in oggetto devono adeguare le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le Amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali, delle altre voci di natura retributiva o indennitaria, e per le consulenze. In altri termini, comunque si configura un generale obbligo di contenimento da parte della singola partecipata, riferito alle dinamiche retributive, indennitarie ed alle consulenze.

Il predetto generale obbligo di adeguamento delle politiche societarie in materia di personale alle disposizioni vigenti per i dipendenti pubblici è stato, successivamente, esplicitato *ex art. 9 comma 29 d.l. n. 78/2010*, oltre che per i citati profili retributivi ed indennitari di cui all'art. 18 comma 2 *bis* secondo periodo, anche per il reclutamento di personale. Infatti, ai sensi del citato art. 9 comma 29 d.l. n. 78/2010, "*le società non quotate, inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istat ai sensi del comma 3 dell'art. 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, adeguano le loro politiche assunzionali alle disposizioni previste nel presente articolo*".

Essendo, tra l'altro, due disposizioni riferite alle "politiche" e non a singoli atti gestori, la loro diretta applicabilità alle società pubbliche rientranti nei rispettivi alvei normativi non configura (in questo caso) un doppio vaglio del medesimo limite finanziario: trattasi, infatti, di disposizioni - certamente precettive - ma gravanti sugli atti di programmazione finanziaria dei singoli organismi che contribuiscono al rispetto complessivo dello specifico limite, di dettaglio, in capo all'ente locale socio.

Resta, ovviamente, ferma la generale portata anti-elusiva del divieto, a prescindere dalla natura dell'organismo partecipato, in caso di mancato rispetto del patto di stabilità da parte dell'ente locale, di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che possano considerarsi elusivi del divieto di assunzione.

Ne deriva che, ai fini del quesito in oggetto relativo ad organismi partecipati di natura societaria, il vaglio del rispetto da parte dell'Amministrazione del limite percentuale di spesa di personale correlato alle spese correnti avviene in forma consolidata tra l'ente locale e la società *in house*. Si configura, dunque, un solo tetto complessivo delle spese di personale rispetto alle spese correnti pari al 50% (cfr. l'art. 28 comma 11 *quater* del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito nella l. 22 dicembre 2011 n. 214, che ha elevato al 50% la precedente soglia del 40%), da calcolare in capo all'ente locale in base alle attività del gruppo municipale *ex d.l. n. 98/2011*, senza che gravi un concorrente ed autonomo limite percentuale in capo alla società *in house* singolarmente intesa.

C) I limiti alla costituzione di società da parte degli enti locali

11. L'applicabilità dei limiti *ex art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010* alle società *in house* o miste per la gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica

In base al vigente quadro legale e giurisprudenziale, l'Amministrazione chiede se la gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica (appositamente disciplinato, da ultimo, ad opera dell'art. 4 comma 14 del decreto legge 13 agosto

2011 convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011 n. 148) rientri tra le cause di esclusione dall'applicazione della disciplina di cui al citato articolo 14 comma 32 del decreto legge n. 78/2010.

Come da tempo evidenziato dalla Sezione (cfr. del. n. 861/2010), sono esclusi dai limiti quantitativi/demografici i casi in cui il legislatore ha previsto che alcune attività e funzioni dei Comuni debbano essere svolte per il tramite della costituzione di specifiche società di capitali: trattandosi di disposizioni normative di carattere speciale, non risultano abrogate dal combinato disposto degli articoli 3 co. 27 della legge n. 244/2007 ed art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, ma continuano ad esplicare i loro effetti (in senso conforme, *ex pluribus*, cfr. Sez. reg. contr. Piemonte n. 92/2010 che propende per un'interpretazione restrittiva di tali fattispecie legali).

Orbene, sul punto il Collegio si limita a richiamare il consolidato orientamento della Sezione per cui la normativa nazionale sull'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica di cui alla citata disposizione, che ammette la possibilità di ricorso al modello della società *in house* e a quello della società mista, non rientra nel novero delle normative nazionali o regionali, che *"prevedono che specifiche attività debbano essere svolte per il tramite della partecipazione a società di capitali"* (cfr. del. n. 570 del 8 novembre 2011).

Tali conclusioni risultano avvalorate anche a seguito del d.l. n. 138/2011 convertito dalla legge n. 148/2011, in materia di affidamento di servizi pubblici a rilevanza economica.

Per quanto concerne il periodo transitorio e la progressiva scansione per la cessazione degli affidamenti incompatibili con il quadro normativo, l'art. 4 comma 32 del predetto d.l. n. 138/2011 fa espressamente salvo, nell'*incipit*, *"quanto previsto dall'articolo 14 comma 32 del decreto legge 31 maggio 2010 n. 78 convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010 n. 122, come modificato dall'art. 1 comma 117 della legge 13 dicembre 2010, n. 220, e successive modificazioni"*.

D'altronde, oltre all'ormai esplicito riferimento legale in un quadro di tendenziale disfavore del recente Legislatore nei confronti delle società a partecipazione pubblica, resta pregnante il criterio interpretativo di matrice teleologica che nega un rapporto di specialità tra le due normative, con conseguente applicazione "congiunta", in quanto operanti su piani diversi: l'una (art. 4 d.l. n. 138/2011) nell'ottica della legittimità degli affidamenti a tutela della concorrenza, l'altra (art. 14 comma 32 d.l. n. 78/2010) sotto il profilo della legittimità della partecipazione societaria in base alle dimensioni dell'ente e fatte salve – in virtù del principio di specialità - le sole attività per le quali il Legislatore ritenga necessario lo svolgimento mediante modulo societario (cfr. la delibera n. 861/2010).

Ne deriva che la gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica non rientra *ex se* tra le cause di esclusione dall'applicazione dei limiti quantitativi alle partecipazioni societarie di cui all'articolo 14 comma 32 del decreto legge n. 78/2010.

12. L'applicabilità dei limiti *ex art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010* alle società *in house* o miste per la gestione del servizio idrico integrato

La Provincia di Varese chiede se rientri fra le cause di esclusione dall'applicazione della disciplina di cui al citato art. 14 comma 32 del decreto legge n. 78/2010 la gestione del servizio idrico integrato.

Orbene, sulla scorta dei criteri ermeneutici in precedenza sviluppati, si tratta di verificare se la predetta attività debba essere necessariamente svolta dall'ente locale mediante modulo societario.

In mancanza di puntuale disciplina nazionale, l'interprete deve fare riferimento al (solo) ordinamento comunitario. Nell'ambito di quest'ultimo, ad un primo orientamento secondo cui la scelta di un ente pubblico in favore dell'autoproduzione deve ritenersi legittima in via di principio, come espressione di autonomia dell'ente stesso, si contrappone una seconda (minoritaria) opinione secondo cui sarebbe da ammettere solo come scelta eccezionale, nell'ipotesi di comprovata inadeguatezza dell'esternalizzazione in favore di imprenditori privati. In ogni caso, ai fini del quesito in oggetto il Collegio può prescindere in questa sede da tale approfondimento, essendo - in entrambi i casi - escluso che la c.d. autoproduzione rappresenti un modello normativamente imposto.

La Sezione ritiene, dunque, che – pur in assenza di una specifica normativa nazionale che disciplini le forme di affidamento del servizio idrico integrato – l'adozione da parte degli enti locali del modello della società *in house* o della società mista non possa considerarsi espunto dall'ambito di applicazione di cui all'articolo 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010.

Ne deriva la possibilità per un ente locale di costituire una società *in house* o mista, affidataria del servizio idrico integrato, nel rispetto dei predetti limiti quantitativi e presupposti: ad esempio, nel caso di comuni inferiori ai 30.000 abitanti, è possibile in presenza di una partecipazione paritetica o proporzionale al numero degli abitanti così da superare la soglia demografica dei 30.000 abitanti (cfr. la delib. della Sezione n. 524 del 17 ottobre 2011).

D'altronde, l'abrogazione referendaria non può coinvolgere disposizioni ulteriori di matrice prettamente giuscontabile, aventi una autonoma *ratio*, e che non sono state oggetto di *referendum* (per l'appunto l'art. 14 comma 32 del d.l n. 78/2010).

Da ultimo, il Collegio rammenta che l'art. 20 comma 13 del d.l. 6 luglio 2011 n. 98 convertito nella legge n. 111/2011 ha abrogato l'originaria previsione secondo cui con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, erano determinate le modalità attuative nonché ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione. Ne consegue l'immediata applicabilità dei limiti quantitativi ex l. n. 122/2010, in funzione delle soglie demografiche dell'ente locale, nel caso di assunzione di nuove partecipazioni da parte di quest'ultimo.

D) Le modalità di svolgimento della gara c.d. "a doppio oggetto"

13. - 14. la natura degli specifici compiti operativi per la gestione del servizio affidati al socio operativo. la realizzazione diretta da parte del socio operativo degli interventi infrastrutturali o legati alla manutenzione straordinaria

Per quanto concerne le modalità di svolgimento della gara c.d. "a doppio oggetto", la Provincia di Varese si interroga sulla natura degli specifici compiti operativi relativi alla gestione del servizio che devono rientrare nella procedura concorsuale di gara per la scelta del socio di una società mista per un servizio pubblico locale a

rilevanza economica. L'Amministrazione chiede – da ultimo – se nell'alveo dei predetti compiti operativi relativi alla gestione del servizio possa essere ricompresa la realizzazione diretta da parte del socio medesimo degli interventi infrastrutturali o legati alla manutenzione straordinaria, senza pertanto l'obbligo da parte della società mista di procedere a tali affidamenti mediante le procedure previste dal d.lgs. n. 163/2006.

Dall'esame della giurisprudenza emerge che l'affidamento ad una società mista in cui il socio privato operativo è scelto mediante gara "a doppio oggetto" appare legittimo, purché:

- a) la gara unica per la scelta del *partner* e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati");
- b) la selezione dell'offerta migliore sia rapportata non solo alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto;
- c) il rapporto instaurando abbia durata predeterminata.

In sostanza, in linea di principio i compiti operativi relativi alla gestione del servizio che devono rientrare nella procedura concorsuale di gara per la scelta del socio operativo di una società mista per un servizio pubblico locale a rilevanza economica devono essere gli stessi oggetto del contratto di servizio con la predetta società mista. È rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione, nel rispetto della vigente normativa a tutela della concorrenza, l'individuazione della latitudine dell'attività da conferire al socio privato operativo e delle modalità di svolgimento della procedura.

Conclusioni

Per quanto concerne le forme di gestione del servizio idrico integrato, quale servizio pubblico a rilevanza economica, allo stato - in mancanza di una puntuale norma interna regolatrice della materia - trova immediata applicazione la disciplina comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in materia di gara ad evidenza pubblica, come precisato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia relativa all'ammissibilità del quesito referendario sull'art. 23 *bis* della l. n. 133/2008 (Corte Cost. sent. n. 24/2011, poi ribadita nella successiva sent. n. 320/2011 secondo cui l'abrogazione dell'art. 23 *bis* l. n. 133/2008 non ha comportato alcuna reviviscenza delle norme caducate da tale articolo).

Ferma tale premessa di sistema, il Collegio sintetizza le seguenti conclusioni in relazione ai 14 quesiti posti dalla Provincia di Varese.

- Le società *in house* affidatarie dirette della gestione del servizio idrico integrato sono escluse dall'ambito applicativo dell'art. 4 comma 14 della l. n. 148/2011. Cionondimeno, esse risultano, comunque, assoggettate al patto di stabilità interno in forza dell'autonoma e distinta previsione ex art. 18 comma 2 *bis*, ultimo periodo, del d.l. n. 112/2008, avente portata generale (richiamata, altresì, dalla sopracitata norma di settore ex art. 4 comma 14 l. n. 148/2011 sui servizi pubblici locali a rilevanza economica). Per completezza, si rammenta che, per quanto di rilievo in questa sede, tale disposizione presuppone l'affidamento diretto di servizi pubblici locali, a prescindere dal fatto che l'ente affidante possa essere soggetto distinto dalle Amministrazioni locali socie.

- Una società mista per la gestione del servizio idrico integrato, con socio privato operativo scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto" nel rispetto dei presupposti enucleati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, è esclusa dall'ambito dell'art. 18 comma 2 *bis* ultimo periodo della l. n. 133/2008 per quanto concerne l'assoggettamento al patto di stabilità interno, pur in mancanza di una seconda gara per il conferimento del servizio, in quanto l'affidamento in favore di siffatta società riveste natura concorrenziale. Per la medesima ragione, essa è altresì esclusa sia dall'obbligo di consolidamento delle spese di personale *ex art.* 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011, sia dai divieti e dalle limitazioni in materia di assunzioni *ex art.* 18 comma 2 *bis* primo e secondo periodo del d.l. n. 112/2008.
- In astratto, sussiste l'obbligo per gli enti locali di vigilare sull'osservanza del patto di stabilità interno da parte delle società controllate *ex art.* 18 comma 2 *bis*, ultimo periodo, del d.l. n. 112/2008, obbligo esplicitato nell'ultimo periodo del suddetto art. 4 comma 14 del d.l. n. 138/2011. Quest'ultima specifica disposizione riveste, infatti, natura meramente ricognitiva della copiosa giurisprudenza comunitaria in materia di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte della Pubblica Amministrazione, proprio nella parte in cui impone siffatto obbligo di vigilanza. In altri termini, laddove disposizioni di settore impongano vincoli e limiti a società *in house* (nel caso di specie l'assoggettamento al patto di stabilità interno), costituisce regola generale l'obbligo per le Amministrazioni socie di esercitare appieno le prerogative di controllo analogo, anche in forma congiunta, finalizzate ad assicurare il puntuale rispetto degli obblighi legali da parte della società. Sul punto è consolidata la giurisprudenza della Sezione (del. n. 350/2011).
- Fermi tali principi nell'assetto "a regime", allo stato non è attualmente operante l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *in house*, nelle more della compiuta attuazione del relativo obbligo normativo.
- Per quanto riguarda le modalità di gestione dei rapporti con le società partecipate, ai fini della corretta rappresentazione dei saldi del patto di stabilità interno, in via meramente esemplificativa ed alla luce delle verifiche effettuate su bilanci e rendiconti degli enti locali, la Sezione segnala alcune criticità aventi ad oggetto particolari movimentazioni finanziarie intercorrenti tra quest'ultimo e l'organismo partecipato, nei seguenti ambiti: a) realizzazione di opere per conto dell'ente locale; b) concessione di credito da parte dell'ente locale e successiva rinunzia; c) alienazioni immobiliari infragruppo.
- Ai fini della fattispecie in oggetto afferente organismi partecipati di natura societaria, il vaglio del rispetto da parte dell'Amministrazione del limite percentuale di spesa di personale correlato alle spese correnti avviene in forma consolidata tra l'ente locale e la società *in house*. Si configura, dunque, un solo tetto complessivo delle spese di personale rispetto alle spese correnti pari al 50% (cfr. l'art. 28 comma 11 *quater* del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito nella l. 22 dicembre 2011 n. 214, che ha elevato al 50% la precedente soglia del 40%), da calcolare in capo all'ente locale in base alle attività del gruppo municipale *ex d.l.* n. 98/2011, senza che gravi un concorrente ed autonomo limite percentuale in capo alla società *in house* singolarmente intesa.

- La gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica non rientra *ex se* tra le cause di esclusione dall'applicazione dei limiti quantitativi alle partecipazioni societarie di cui all'articolo 14 comma 32 del decreto legge n. 78/2010.
- La possibilità per un ente locale di costituire una società *in house* o mista affidataria del servizio idrico integrato deve avvenire nel rispetto dei limiti quantitativi e dei presupposti *ex art.* 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, già attualmente operanti.
- In linea di principio, i compiti operativi relativi alla gestione del servizio che devono rientrare nella procedura concorsuale di gara per la scelta del socio di una società mista per un servizio pubblico locale a rilevanza economica devono essere gli stessi oggetto del contratto di servizio con la società mista. In particolare, è necessario che:
 - a) la gara unica per la scelta del *partner* e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati");
 - b) la selezione dell'offerta migliore sia rapportata non solo alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto;
 - c) il rapporto instaurando abbia durata predeterminata. È rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione, nel rispetto della vigente normativa a tutela della concorrenza, l'individuazione della latitudine dell'attività da conferire al socio privato operativo e delle modalità di svolgimento della procedura.

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'Estensore
(Dott. Alessandro Napoli)

Il Presidente
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il
19 gennaio 2012
Il Direttore della Segreteria
(Dott.ssa Daniela Parisini)

5. Delibera della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, n. 98/2013/PAR, in tema di debiti delle società a partecipazione pubblica.

Un soggetto di diritto pubblico può accollarsi il debito di una società partecipata, ma ha il dovere di porre in evidenza la ragione economica-giuridica dell'operazione, altrimenti essa rappresenterebbe un ingiustificato *favor* verso i creditori della società incapiente.

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia, rispondendo ad una richiesta di parere del Presidente della Provincia di Bergamo, con la quale era stato chiesto, tra l'altro, *"se, sulla base dell'art. 6, comma 19, del DL 78/2010 ed in considerazione del fatto che tale comma fa "salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice civile" i soci pubblici possano procedere pro-quota alla copertura del fabbisogno finanziario della liquidazione"*, non ha escluso che gli enti pubblici abbiano tale facoltà.

Afferma la Sezione che *"nel caso di specie, l'amministrazione locale-socia porrebbe in essere un'operazione di accolto di debito in favore della società. [...] In altri termini, il socio di capitali (non esposto direttamente verso i creditori della società) che procede alla "copertura del fabbisogno finanziario della liquidazione" di fatto si accolla i debiti di un terzo soggetto.*

Ne consegue che se chi si accolla un debito altrui è un soggetto di diritto pubblico, quest'ultimo ha il dovere di porre in evidenza la ragione economica-giuridica dell'operazione, altrimenti essa rappresenterebbe un ingiustificato favor verso i creditori della società incapiente". Tuttavia – a detta della Corte – *"appare arduo rinvenire un interesse dell'ente locale a ripianare i debiti della società di capitali a cui partecipa".*

Lombardia/98/2013/PAR



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI IN SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giuseppe Roberto Mario Zola	Consigliere
dott. Gianluca Braghò	Primo Referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario (relatore)
dott. Donato Centrone	Referendario
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario

nell'adunanza del 14 marzo 2013

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista la nota pervenuta il 19 febbraio 2013 (prot. in entrata 58/pareri/2013) con la quale il Presidente della Provincia di Bergamo ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta proveniente dal Presidente della Provincia di Bergamo;

Udito il relatore, Laura De Rentiis;

OGGETTO DEL PARERE

Il Presidente della Provincia di Bergamo rappresenta che il Consiglio Provinciale con deliberazione n. 128 del 27.11.1995 ha approvato la costituzione delle società in oggetto, con deliberazione n. 9 del 20.03.2000 ha approvato una prima operazione di aumento del capitale sociale, con deliberazione n. 82 del 29.10.2001 ha approvato

una seconda operazione di aumento del capitale sociale, con deliberazione n. 21 del 13.04.2004 ha approvato l'operazione di riduzione e contestuale aumento del capitale sociale e con deliberazione n. 136 del 29.10.2012 ha approvato la messa in liquidazione della società. Nell'istanza di parere, inoltre, si precisa che la società ha registrato perdite negli esercizi 2010, 2011 e 2012.

Sulla scorta di detta premessa l'ente provinciale formula le seguenti richieste di parere:

- "a) se, sulla base dell'art. 6, comma 19, del DL 78/2010 ed in considerazione del fatto che tale comma fa "salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice civile" i soci pubblici possano procedere pro-quota alla copertura del fabbisogno finanziario della liquidazione;
- b) se, qualora non fosse possibile procedere alla copertura del fabbisogno finanziario della liquidazione, i soci pubblici possono procedere alla revoca della liquidazione e successivamente ricostituire al minimo il capitale sociale in considerazione del fatto che la società si verrebbe a trovare nelle condizioni di cui all'art. 2447 del codice civile;
- c) se, qualora non fosse possibile procedere alla copertura del fabbisogno finanziario della liquidazione, i soci pubblici possono consentire l'avvio della procedura fallimentare".

PREMESSA

Il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se la richiesta proveniente dal Presidente della Provincia di Bergamo rientri nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7 comma ottavo, della legge 6 giugno 2003, n. 131, norma in forza della quale Regioni, Province e Comuni possono chiedere a dette Sezioni pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

In proposito, questa Sezione ha precisato, in più occasioni, che la funzione di cui al comma ottavo dell'art. 7 della legge n. 131/2003 si connota come facoltà conferita agli amministratori di Regioni, Comuni e Province di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità della loro attività amministrativa.

I pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nei procedimenti amministrativi degli enti territoriali consentendo, nelle tematiche in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che appartengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno (per tutte: parere sez. Lombardia, 11 febbraio 2009, n. 36).

Infatti, deve essere messo in luce che il parere della Sezione attiene a profili di carattere generale anche se, ovviamente, la richiesta proveniente dall'ente pubblico è motivata, generalmente, dalla necessità di assumere specifiche decisioni in relazione ad una particolare situazione. L'esame e l'analisi svolta nel parere è limitata ad individuare l'interpretazione di disposizioni di legge e di principi generali dell'ordinamento in relazione alla materia prospettata dal richiedente, spettando, ovviamente, a quest'ultimo la decisione in ordine alle modalità applicative in relazione alla situazione che ha originato la domanda.

AMMISSIBILITÀ SOGGETTIVA

Riguardo all'individuazione dell'organo legittimato ad inoltrare le richieste di parere dell'ente provinciale, si osserva che il Presidente è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Pertanto, la richiesta di parere è ammissibile soggettivamente poiché proviene dall'organo legittimato a proporla.

AMMISSIBILITÀ OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare che la disposizione, contenuta nel comma 8, dell'art. 7 della legge 131/03, deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il co. 8 prevede forme di collaborazione ulteriore rispetto a quelle del precedente comma rese esplicite, in particolare, con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

Appare conseguentemente chiaro che le Sezioni regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore degli enti locali ma che, anzi, le attribuzioni consultive si connotano sulle funzioni sostanziali di controllo collaborativo ad esse conferite dalla legislazione positiva.

Al riguardo, le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenendo con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, co. 31 del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno delineato una nozione unitaria della nozione di contabilità pubblica incentrata sul *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici"*, da intendersi in senso dinamico anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Delibera n. 54, in data 17 novembre 2010).

Il limite della funzione consultiva, come sopra delineato, esclude qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale ed amministrativa che ricade nella esclusiva competenza dell'autorità che la svolge; nonché esclude, altresì, che la funzione consultiva possa interferire in concreto con competenze di altri organi giurisdizionali.

Dalle sopraesposte considerazioni consegue che la nozione di contabilità pubblica va conformandosi all'evolversi dell'ordinamento, seguendo anche i nuovi principi di organizzazione dell'amministrazione, con effetti differenziati, per quanto riguarda le funzioni della Corte dei conti, secondo l'ambito di attività.

Con specifico riferimento alla richiesta oggetto della presente pronuncia la Sezione osserva che rientra nella materia della contabilità pubblica, poiché attiene alla disciplina contenuta in leggi finanziarie, sul contenimento e sull'equilibrio della spesa pubblica.

La richiesta di parere in esame risponde ai requisiti indicati sopra e pertanto, è da ritenere ammissibile e può essere esaminata nel merito.

MERITO

Il Presidente della Provincia di Bergamo rappresenta che il Consiglio Provinciale con deliberazione n. 128 del 27.11.1995 ha approvato la costituzione delle società in oggetto, con deliberazione n. 9 del 20.03.2000 ha approvato una prima operazione di aumento del capitale sociale, con deliberazione n. 82 del 29.10.2001 ha approvato una seconda operazione di aumento del capitale sociale, con deliberazione n. 21 del 13.04.2004 ha approvato l'operazione di riduzione e contestuale aumento del capitale sociale e con deliberazione n. 136 del 29.10.2012 ha approvato la messa in liquidazione della società. Nell'istanza di parere, inoltre, si precisa che la società ha registrato perdite negli esercizi 2010, 2011 e 2012.

Sulla scorta di detta premessa l'ente provinciale formula le seguenti richieste di parere: "a) se, sulla base dell'art. 6, comma 19, del DL 78/2010 ed in considerazione del fatto che tale comma fa "salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice civile" i soci pubblici possano procedere pro-quota alla copertura del fabbisogno finanziario della liquidazione; b) se, qualora non fosse possibile procedere alla copertura del fabbisogno finanziario della liquidazione, i soci pubblici possono procedere alla revoca della liquidazione e successivamente ricostituire al minimo il capitale sociale in considerazione del fatto che la società si verrebbe a trovare nelle condizioni di cui all'art. 2447 del codice civile; c) se, qualora non fosse possibile procedere alla copertura del fabbisogno finanziario della liquidazione, i soci pubblici possono consentire l'avvio della procedura fallimentare".

Venendo al merito della richiesta, occorre preliminarmente osservare che la Sezione, nell'ambito dell'attività consultiva, non può sindacare le scelte che la Provincia di Bergamo ha operato e sarà chiamata ad effettuare nella qualità di socio; infatti, tali scelte sono riconducibili al merito dell'azione amministrativa che, in quanto tale, rientra nella piena ed esclusiva discrezionalità e responsabilità dell'ente che, tuttavia, potrà orientare la sua decisione in base alle conclusioni contenute nel parere della Sezione.

I quesiti formulati dal Presidente della Provincia sono riconducibili all'interpretazione dell'art. 6, comma 19, D.L. n. 78/2010 (come conv. nella l. n. 122/2010), laddove stabilisce che "al fine del perseguitamento di una maggiore efficienza delle società pubbliche, tenuto conto dei principi nazionali e comunitari in termini di economicità e di concorrenza, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti alle società di cui al primo periodo a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei

Ministri adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei Conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma”.

Sulla *ratio* della norma, questa Sezione si è già espressa con le deliberazioni n. 753/2010/PAR, n. 1081/2010/PAR e n. 636/2011/PAR. In particolare, si è ritenuto che il precezzo normativo “impone l'abbandono della logica del salvataggio a tutti i costi di strutture e organismi partecipati o variamente collegati alla pubblica amministrazione che versano in situazioni d'irrimediabile dissesto, ovvero l'ammissibilità d'interventi tampone con dispendio di disponibilità finanziarie a fondo perduto, erogate senza l'inserimento in un programma industriale o in una prospettiva che realizzzi l'economicità e l'efficienza della gestione nel medio e lungo periodo (comma 19 primo periodo). I trasferimenti agli organismi partecipati sono consentiti solo se vi sarà un ritorno in termini di corrispettività della prestazione a fronte dell'erogazione pubblica, ovvero la realizzazione di un programma d'investimento. Eventuali interventi in deroga, potranno essere autorizzati solo al cospetto di gravi pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblica e la sanità e al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse (comma 19, secondo periodo)”.

Chiarita la *ratio* della norma, con riferimento agli specifici quesiti provenienti dal Presidente della Provincia di Bergamo, è di tutta evidenza che la “revoca della fase liquidatoria” al solo fine di procedere “ai sensi dell'art. 2447 codice civile” alla ricostituzione del capitale sociale eroso dalle perdite (ipotesi indicata alla lettera b della richiesta di parere) si tradurrebbe nella violazione del vincolo di finanza pubblica posto dall'art. 6, comma 19, D.L. n. 78/2010. In questo caso, infatti, la ricostituzione del capitale sociale sarebbe solo strumentale ad evitare l'accertamento dello stato di insolvenza della società; d'altra parte, non si comprende come una società già posta in liquidazione potrebbe essere ricapitalizzata per perseguire “una maggiore efficienza” (in questo senso si veda anche il parere di cui alla delibera Lombardia/19/2012/PAR del 23 gennaio 2012).

Dunque, l'art. 6 comma 19 cit. “vieta, alla ricorrenza di determinati presupposti, il trasferimento di risorse a società inefficienti, al di fuori delle prestazioni rese in virtù di contratti di servizio, a maggior ragione il divieto deve valere in una fase della vita sociale (quella della liquidazione) in cui la società ancora esiste, ma non opera” (Lombardia/380/2012/PRSE del 4 settembre 2012).

In merito all'ipotesi prospetta alla lettera a) della richiesta di parere –ovvero, quella per la quale i soci pubblici intenderebbero procedere pro-quota alla copertura del fabbisogno finanziario della liquidazione- è agevole osservare che la fattispecie trascende dalla portata dell'art. 6, comma 19, D.L. n. 78/2010. Infatti, nel caso di specie, l'amministrazione locale-socia porrebbe in essere un'operazione di accolto di debito in favore della società. Infatti, il socio di una società di capitali, salva l'ipotesi in cui si sia esposto direttamente nei confronti dei creditori della società, risponde limitatamente alla quota di capitale detenuta. In altri termini, il socio di capitali (non esposto direttamente verso i creditori della società) che procede alla “copertura del fabbisogno finanziario della liquidazione” di fatto si accolla i debiti di un terzo soggetto.

Ne consegue che se chi si accolla un debito altrui è un soggetto di diritto pubblico, quest'ultimo ha il dovere di porre in evidenza la ragione economica-giuridica dell'operazione, altrimenti essa rappresenterebbe un ingiustificato *favor* verso i creditori della società incapiente. In proposito, inoltre, questa Sezione ha già avuto modo di affermare che alla luce dell'autonomia patrimoniale della società, appare arduo rinvenire un interesse dell'ente locale a ripianare i debiti della società di capitali a cui partecipa (Lombardia/380/2012/PRSE del 4 settembre 2012).

Da ultimo, con riferimento all'ipotesi prospettata al punto c) della richiesta di parere (“qualora non fosse possibile procedere alla copertura del fabbisogno finanziario della liquidazione”, se “i soci pubblici possono consentire l'avvio della procedura fallimentare”), si rammenta che la valutazione della sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento della società *de qua* è di competenza dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria. In merito all'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, tuttavia, l'art. 6 della L. F. stabilisce che “il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero”.

In maggior dettaglio, il ricorso per la dichiarazione di fallimento del debitore, nel caso in cui si tratti di una società, deve essere presentato da colui che è dotato del potere di rappresentanza legale (nel caso di specie il liquidatore), “senza necessità della preventiva autorizzazione dell'assemblea o dei soci, non trattandosi di un atto negoziale né di un atto di straordinaria amministrazione, ma di una dichiarazione di scienza, peraltro doverosa, in quanto l'omissione risulta penalmente sanzionata” (Cass. sent. n. 19983 del 16 settembre 2009).

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore
(Dott.ssa Laura De Rentiis)

Il Presidente
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il
19 marzo 2013

Il Direttore della Segreteria
(Dott.ssa Daniela Parisini)

SENTENZE DEL CONSIGLIO DI STATO

3

6. Decisione del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, n. 1 del 03 marzo 2008, in tema di affidamento *in house* e società miste.

È da escludere, in via generale, la riconducibilità del modello organizzativo della società mista pubblico-privata a quello dell'*in house providing*, anche quando il capitale è a maggioranza pubblica.

La questione trattata dall'Adunanza riguardava la legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico a una società a partecipazione mista, in cui il socio privato era stato scelto con una procedura di gara ad evidenza pubblica.

Il Collegio rileva come sebbene i servizi oggetto di affidamento nel caso specifico non rientrassero tra quelli regolati dal diritto comunitario, poiché il Codice dei contratti pubblici prevede che "*l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità*", anche in tali casi "*resta ferma [...] la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi del diritto comunitario*", e dunque "*Trattandosi di attività di rilevanza economica oggetto di contratto da stipulare con una pubblica amministrazione, devono sempre applicarsi le regole della Comunità europea sulla concorrenza e, in particolare, gli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza*".

L'unica situazione che "*legittima l'affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico a una persona giuridicamente*" è rappresentata dall'cd. *in house providing*, che si ha "*qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano*".

Trattandosi di "*deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea)*", l'affidamento *in house* è "*ammissibile solo nel rispetto [delle] rigorose condizioni rappresentate da i) "il così detto "controllo analogo a quello svolto sui propri servizi", necessariamente esercitato dall'ente pubblico nei confronti dell'impresa affidataria" e ii) "il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa "in house" e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare"*

Tuttavia la "*sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria*".

La pronuncia ricostruisce, poi, il dibattito interno in materia di società miste.



N. 1/2008 reg. dec.

NN. 9 reg. ric.

ANNO 2007

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1038/2007, e n. 9/2007 del ruolo dell'adunanza plenaria, proposto da:

AZIENDA SANITARIA LOCALE (A.S.L.) 19 DI ASTI, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Emanuele Gallo e Alberto Romano, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, Lungotevere Sanzio n. 1;

contro

MEDICASA ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Vaiano, Diego Vaiano e Raffaele Izzo, ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli stessi in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

e nei confronti di

REGIONE PIEMONTE E AZIENDA MULTISERVIZI OSPEDALIERI E SANITARI (A.M.O.S.) S.P.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

del dispositivo del Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, sezione seconda, 23 dicembre 2006, n. 52 e della sentenza del medesimo Tribunale 4 giugno 2007, n. 2539;

visto il ricorso in appello avverso il detto dispositivo;
visto l'atto di costituzione in giudizio di Medicasa Italia S.p.A.;
visti i motivi di appello successivamente notificati avverso la detta sentenza;
vista la memoria di replica di Medicasa Italia S.p.A.;
vista la decisione della sezione quinta di questo Consiglio 23 ottobre 2007, n. 5587, con cui la causa è stata rimessa all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato;
vista la memoria dell'appellante;
visti tutti gli atti della causa;
relatore all'udienza pubblica del 10 dicembre 2007 il consigliere Carmine Volpe, e uditi l'avv. A. Romano per l'appellante e l'avv. R. Izzo per Medicasa Italia S.p.A.;
ritenuto e considerato quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Medicasa Italia S.p.A. impugnava in primo grado i seguenti atti dell'Azienda sanitaria locale (A.S.L.) 19 di Asti:
a) provvedimenti sconosciuti, con cui si è inteso affidare direttamente all'Azienda multiservizi ospedalieri e sanitari (A.M.O.S.) S.p.A. il servizio di assistenza domiciliare;
b) ogni atto presupposto, connesso e/o collegato a quelli impugnati, ivi compresa la nota 4 ottobre 2006, n. 19835.

Successivamente Medicasa Italia S.p.A. impugnava con motivi aggiunti i seguenti provvedimenti della detta A.S.L.:

c) determina del direttore del dipartimento tecnico logistico F.F. 23 ottobre 2006, n. 520 T.L.;
d) determina del detto direttore 26 ottobre 2006, n. 526/T.L.;
e) ogni altro atto presupposto, connesso e/o collegato a quelli impugnati, compresa la citata nota n. 19835/2006;
f) note in data 25-26 ottobre 2006.

Veniva chiesta anche la condanna dell'A.S.L. 19 di Asti al risarcimento del danno.

Il primo giudice, con la sentenza indicata in epigrafe, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti.

L'A.S.L. 19 di Asti ha dapprima proposto appello avverso il dispositivo, per i seguenti motivi:

1) erroneità dell'appellata sentenza per inammissibilità del ricorso di primo grado;
2) erroneità dell'appellata sentenza per violazione, sotto altro profilo, dell'art. 9-bis del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni e integrazioni, e per infondatezza del ricorso di primo grado.

Una volta pubblicata la sentenza, ha poi notificato motivi di appello avverso la stessa.

Medicasa Italia S.p.A. si è costituita in giudizio, resistendo al ricorso e, con successiva memoria, ha replicato ai motivi di appello successivamente notificati.

La sezione quinta di questo Consiglio, con decisione 23 ottobre 2007, n. 5587, ha rimesso la causa all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

L'A.S.L. 19 di Asti ha poi depositato memoria.

2. Di seguito si espongono i tratti essenziali della controversia per cui è causa, come ricostruiti anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5587/2007.

L'A.S.L. 19 di Asti, con bando spedito per le pubblicazioni in data 11 maggio 2006, aveva indetto una gara avente a oggetto "individuazione partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona" per la durata di cinque anni.

Successivamente, il direttore amministrativo dell'A.S.L. inviava la nota prot. n. 19835 in data 4 ottobre 2006 a Medicasa Italia S.p.A., attuale gestrice del servizio, e (per conoscenza) alla società mista A.M.O.S. S.p.A., avente il seguente contenuto: "Avendo intenzione di procedere all'affidamento diretto alla società AMOS, da noi controllata, della gestione dell'assistenza domiciliare territoriale, si invita la Ditta in indirizzo a mettere a disposizione della società AMOS tutti i dati relativi alla gestione di che trattasi", precisando che l'A.S.L. 19 di Asti aveva acquisito da uno degli azionisti pubblici una quota del capitale della società A.M.O.S. (il 18% del totale). Quest'ultima società era stata costituita nel 2004 con la partecipazione di numerosi soggetti sia pubblici che privati.

Il provvedimento era impugnato da Medicasa Italia S.p.A., nella sua duplice qualità di attuale titolare della gestione del servizio di assistenza domiciliare e di soggetto imprenditoriale operante nel settore, interessato ad aspirare all'affidamento del nuovo servizio tramite l'espletamento di una gara pubblica.

In seguito, la società ricorrente, con motivi aggiunti depositati in data 3 novembre 2006, chiedeva l'annullamento, previa adozione di misura cautelare: della determina del direttore del dipartimento tecnico logistico F.F. n. 520/T.L. in data 23 ottobre 2006, in corso di esecutività, con la quale l'A.S.L. 19 di Asti aveva revocato la procedura ristretta indetta con determina n. 247/T.L. in data 27 aprile 2006 per l'individuazione di partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona (cure sanitarie domiciliari) e aveva affidato il predetto servizio ad A.M.O.S. S.p.A. per un triennio; della determina n. 526/T.L. in data 26 ottobre 2006, con la quale il detto direttore aveva rettificato la determina n. 520/T.L. in data 23 ottobre 2006 dichiarandone l'immediata esecutività; di ogni altro atto presupposto, connesso e/o collegato a quelli impugnati, ivi comprese la nota 4 ottobre 2006, n. 19835, con la quale l'A.S.L. 19 di Asti aveva invitato la ricorrente a mettere a disposizione di A.M.O.S. S.p.A. tutti i dati relativi alla gestione dell'assistenza domiciliare "avendo intenzione di procedere all'affidamento diretto"

alla società innanzi citata, e, da ultimo, le note in data 25-26 ottobre 2006, con cui la stessa amministrazione aveva comunicato la revoca della procedura ristretta precedentemente bandita e l'affidamento diretto, immediatamente esecutivo, del servizio alla società mista A.M.O.S. S.p.A..

3. Il primo giudice, con la sentenza appellata, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti di Medicasa Italia S.p.A., annullando i provvedimenti impugnati, ma, per genericità della richiesta e mancata quantificazione, non ha disposto il risarcimento del danno. Lo stesso, in particolare, ha:

- a) respinto le eccezioni di inammissibilità del ricorso;
- b) chiarito che il *thema decidendum* riguarda la legittimità dell'affidamento diretto del servizio di assistenza domiciliare a una società mista pubblico-privato, in cui la società è composta da una pluralità di aziende sanitarie (che complessivamente detengono la maggioranza del capitale sociale) e dai soci privati che sono stati scelti con una procedura negoziata a evidenza pubblica;
- c) ritenuto - aderendo al parere reso dalla sezione seconda di questo Consiglio il 18 aprile 2007 con il n. 456 - che non sia accettabile l'opinione per cui, per il solo fatto che il socio privato sia scelto tramite procedura a evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto;
- d) affermato che, nella specie, l'argomento usato dall'amministrazione, per cui la scelta dei soci privati attraverso la procedura negoziata a evidenza pubblica implicherebbe necessariamente la legittimità dell'affidamento del servizio di assistenza domiciliare, non è condivisibile; posto che:
 - d.a) come si evince dall'oggetto statutario della società, si è in presenza di una società avente un oggetto plurimo e variegato dal punto di vista qualitativo, per cui non si può affermare che la scelta con gara del socio, effettuata "a monte" della costituzione della società, garantisca gli stessi effetti di una pubblica gara da svolgersi con riferimento al singolo servizio;
 - d.b) non vi è alcuna norma statutaria che limiti l'operatività della società A.M.O.S. entro l'ambito territoriale all'interno del quale operano le aziende sanitarie che partecipano al capitale sociale della medesima società;
 - d.c) ai sensi dell'art. 7 dello statuto della società A.M.O.S., con riguardo alla cedibilità delle azioni, vi è un'ampia possibilità di accesso al capitale della società da parte di soggetti privati, per i quali non viene rispettata la regola della scelta con procedura a evidenza pubblica;
- e) ritenuto infondata la tesi secondo cui il principio di libera concorrenza sarebbe sostanzialmente rispettato essendo stato consentito a tutti gli operatori di entrare a fare parte della stessa società, data la diversità tra la partecipazione a una gara per

l'aggiudicazione di un singolo servizio e la partecipazione a gara per la scelta di partner per una società *“multiutilities”*;

f) affermato che, al di fuori dei ristrettissimi limiti in cui è ammissibile il fenomeno dell'*in house providing*, l'affidamento del servizio deve avvenire previa gara; così come ritenuto - diversamente dall'avviso della sezione seconda di questo Consiglio espresso con il parere n. 456/2007 (sul punto non condiviso) - anche dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, il quale, con la decisione 27 ottobre 2006, n. 589: ha disapplicato, per contrasto con la giurisprudenza comunitaria, l'art. 113, comma 5, lett.b), del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (secondo cui *“L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio...a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche”*); e statuito che la costituzione di una società mista, pure con la scelta del socio a seguito di gara, non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio.

4. La sezione quinta di questo Consiglio, con la decisione n. 5587/2007 di rimessione all'adunanza plenaria, ha respinto il primo motivo di appello, ritenendo: infondata l'eccezione dell'A.S.L. appellante di inammissibilità del ricorso di primo grado - secondo cui Medicasa Italia S.p.A. non avrebbe alcun interesse all'impugnazione dell'affidamento diretto alla società mista A.M.O.S. - in quanto l'art. 9-bis del d.lgs. n. 502/1992 non prevede affatto un divieto assoluto di esternalizzazione dell'attività di cura alla persona e non impedisce l'affidamento a terzi, con pubblica gara, dei relativi servizi; e, quindi, sussistente la legittimazione di Medicasa Italia S.p.A. a contestare i provvedimenti di affidamento del servizio alla società A.M.O.S..

Ha poi deferito all'esame dell'adunanza plenaria le seguenti questioni:

1) in tema di *in house providing*:

a) quali siano, in linea di diritto e alla stregua dell'ordinamento europeo e nazionale, le condizioni prescritte per il legittimo affidamento *in house*;

b) delineare le coordinate di riferimento del concetto di prevalenza dell'attività svolta per l'amministrazione affidante;

c) quali siano i contorni essenziali della nozione di *“controllo analogo”*;

2) in tema di diversi profili attinenti alla legittimità dell'affidamento di contratti pubblici o servizi a società miste, in assenza di un'apposita procedura di gara:

d) se il parere della sezione seconda di questo Consiglio n. 456/2007 sia condivisibile nella parte in cui:

d.a) afferma l'equivalenza tra il contratto di società e l'appalto, valutandosi la necessità, o meno, di deferire alla Corte di giustizia la seguente specifica questione: "se sia compatibile o meno con il diritto comunitario la regola di diritto interno che permette l'affidamento diretto di un servizio rientrante nell'ambito applicativo della direttiva n. 18/2004 effettuato da una amministrazione aggiudicatrice in favore di una società mista, costituita dalla stessa amministrazione e da altri soci privati, individuati mediante apposita gara ad evidenza pubblica";

d.b) indica, quali condizioni per ammettere l'affidamento diretto alla società mista:

d.b.a) l'esistenza di un'apposita norma speciale che lo consenta;

d.b.b) l'affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo, valutandosi l'opportunità di demandare alla Corte di giustizia anche uno specifico quesito interpretativo, concernente i limiti di compatibilità con il diritto comunitario di una partecipazione societaria privata di carattere meramente finanziario, purché la procedura selettiva per l'individuazione del socio privato abbia consentito, in modo trasparente e imparziale, di scegliere l'impresa in possesso delle prescritte attitudini professionali, che abbia offerto la migliore proposta;

d.b.c) la necessità di delimitare adeguatamente le finalità della società mista cui affidare il servizio senza gara, con la conseguente illegittimità di affidamenti diretti a "società miste aperte", o a finalità generalista;

d.b.d) la necessità di motivare in modo particolarmente approfondito la scelta organizzativa di ricorrere alla società mista anziché rivolgersi integralmente al mercato;

d.b.e) la necessità di stabilire un limite temporale ragionevole alla durata del rapporto sociale, accompagnata dall'espressa previsione della scadenza del periodo di affidamento per evitare che il socio divenga "socio stabile" della società mista;

d.b.f) l'esistenza di un concreto riferimento allo svolgimento di attività e funzioni pubbliche, con la conseguente esigenza di chiarire la portata di siffatto requisito;

e) se sia legittimo l'affidamento di un servizio effettuato senza gara a una società mista da parte di un'amministrazione che abbia acquistato successivamente la partecipazione nella società stessa e quando la società non era stata appositamente costituita per quella specifica attività oggetto dell'affidamento.

5. L'adunanza plenaria ritiene, innanzitutto, di circoscrivere la sua pronuncia all'esame di quelli che sono i motivi di appello ancora da decidere, dato che il primo motivo è stato respinto dalla sezione quinta con la decisione di remissione all'adunanza stessa.

L'A.S.L. appellante, con il secondo motivo, censura la pronuncia di accoglimento del primo giudice, secondo cui è illegittimo l'affidamento senza gara (o diretto) del servizio di assistenza domiciliare a una società mista, anche se con partecipazione maggioritaria pubblica e con iniziale scelta dei soci privati effettuata attraverso apposita procedura selettiva di evidenza pubblica. L'A.S.L. sostiene che:

1) sussisterebbero le regole fissate dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il parere n. 456/2007, per legittimare l'affidamento diretto a società mista, poiché:

1.1) A.M.O.S. S.p.A. non sarebbe una società a oggetto plurimo avendo invece l'attività sociale scopo delimitato e specifico; il socio operativo è stato scelto previa gara; e la sperimentazione ha durata limitata;

1.2) non sarebbe esatto che essa può operare anche all'esterno rispetto alle aziende sanitarie che l'hanno costituita;

1.3) non sarebbe esatto che le previsioni dell'atto costitutivo della società in ordine alla cedibilità delle quote incidono negativamente sulla possibilità di un affidamento diretto del servizio;

1.4) vi sarebbe lo specifico dettato normativo costituito dall'art. 9-bis, comma 1, del d.lgs. n. 502/1992;

2) per effetto dell'art. 13, comma 2, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248 (così detto decreto Bersani, secondo cui le società miste "sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1"), sussisterebbe nella specie il controllo analogo che, secondo l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea (U.E.), consente comunque l'affidamento diretto.

L'appellante ha chiesto anche, in via subordinata, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'U.E. con riguardo agli artt. 13 del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006, e 9-bis del d.lgs. n. 502/1992.

Le prospettazioni essenziali dell'appello sono le seguenti:

a) nella fattispecie in esame sussisterebbero i requisiti concreti del "controllo analogo" a quello operato sui propri servizi interni, esercitato dall'amministrazione committente sulla società attuatrice del servizio, tali da giustificare l'affidamento senza gara, secondo il modulo operativo e gestionale riconducibile alla formula del legittimo *in house providing*, delineato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale;

b) in ogni caso, sarebbe legittimo l'affidamento di un servizio, senza gara, a una società mista a prevalente partecipazione pubblica i cui soci privati siano stati individuati all'esito di procedure selettive aperte, trasparenti e non discriminatorie, conformi al diritto comunitario e ai suoi principi.

6. Ciò premesso, con riguardo alla natura e alla struttura di A.M.O.S. S.p.A., l'adunanza plenaria deve precisare quanto segue.

A.M.O.S. S.p.A. è stata costituita il 4 ottobre 2004, con durata stabilita sino al 31 dicembre 2024, tra l'Azienda sanitaria ospedaliera (A.S.O.) S. Croce e Carle di Cuneo (con il 43,10%), l'A.S.L. n. 15 di Cuneo (con il 4%), l'A.S.L. n. 16 di Mondovì-Ceva (con il 10%), l'A.S.L. n. 17 di Savigliano (con il 10%), l'A.S.L. n. 18 di Alba e Bra (con il 3%) e altre sette società private (MARKAS S.r.l. con il 4,85%, GPI S.r.l. con il 4,85%, CON.I.COS S.p.A. con il 4,10%, H.C. HOSPITAL CONSULTING con il 4,10%, IDROCENTRO S.p.A. con il 4%, RICCOBONO S.p.A. con il 4% e BCS S.r.l. con il 4%).

I soggetti privati sono stati scelti attraverso un procedimento a evidenza pubblica, con procedura negoziata indetta il 17 settembre 2003 e conclusasi con la deliberazione del direttore generale dell'A.S.O. S. Croce e Carle di Cuneo n. 546 in data 29 marzo 2004, che ha approvato gli esiti della procedura per la scelta dei soci di minoranza; divisi in soci finanziari, soci del settore sanitario e soci del settore non sanitario.

L'art. 7 dello statuto prevede che la proprietà delle azioni, i diritti di usufrutto sulle stesse, nonché i relativi diritti di opzione sono liberamente trasferibili tra soggetti pubblici; mentre, negli altri casi, l'alienazione è subordinata alla preventiva autorizzazione del consiglio di amministrazione, entro il termine di trenta giorni, scaduto il quale l'autorizzazione si considera concessa.

L'A.S.L. 19 di Asti ha deliberato in data 14 giugno 2006 l'acquisto dall'A.S.O. S. Croce e Carle di Cuneo di una quota pari al 18% del capitale sociale di A.M.O.S. S.p.A. (delibera del commissario n. 15). I soci privati partecipano, quindi, al capitale sociale per circa il 30% delle azioni.

Il presidente del consiglio di amministrazione della società (organo collegiale composto da nove membri) è nominato dai soli soci di parte pubblica, mentre il vice presidente è designato dai soli soci privati. Il consiglio di amministrazione è eletto dall'assemblea con il sistema delle liste separate, prevedendosi che alla lista la quale ottenga il maggior numero di voti siano attribuiti 6 seggi e i restanti tre alla lista che segue in graduatoria.

Mancano specifiche clausole statutarie o regole di funzionamento tipiche della società che garantiscano una qualche forma di intenso e dominante controllo dell'amministrazione sulla struttura societaria. Il collegio sindacale della società è composto da tre membri, di cui uno solo è scelto dalle amministrazioni (con funzioni di presidente), mentre uno è designato dai soci privati e il terzo dall'assemblea. Il comitato tecnico di controllo, organo cui è affidato il compito di sovrintendere all'operato del presidente e dell'amministratore delegato per le attività svolte a favore delle aziende pubbliche socie di A.M.O.S., è composto da due membri designati dai soci privati, mentre uno soltanto è individuato dai soci pubblici.

La società mista ha un oggetto sociale variegato che comprende, ai sensi dell'art. 4 dello statuto: a) la prestazione di servizi alberghieri e amministrativi; b) l'attività di gestione e manutenzione di beni, sia mobili che immobili (incluse le aree verdi); c) la prestazione di servizi ospedalieri e territoriali [attività di laboratorio analisi, di radiologia e neuroradiologia, attività anestesiologica (di supporto a chirurgia ambulatoriale, *day surgery* e chirurgia a bassa complessità), dialisi per cronici, riabilitazione]. La società potrà compiere tutte le operazioni commerciali, immobiliari, mobiliari e finanziarie ritenute necessarie o utili per il conseguimento dell'oggetto sociale e così tra l'altro anche l'assunzione, nei limiti di legge, di partecipazioni in altre società o enti aventi oggetto sociale analogo, affine o complementare al proprio.

Dal maggio 2006 A.M.O.S. S.p.A. non è più una società meramente operativa, ma è diventata un gruppo (holding), che detiene la totalità della partecipazione in Energy Service (società che gestisce l'intermediazione di energia), nonché la maggioranza delle quote di SIA S.p.A. (società che provvede all'archiviazione di dati) e di AMG Lavanderie Domino (che svolge servizi di lavanderia).

Va poi ribadito che, nella specie, né l'originario statuto di A.M.O.S. S.p.A., né gli atti della gara preordinata alla scelta del socio privato hanno indicato la concreta possibilità di estensione dell'attività nell'ambito dell'A.S.L. 19 di Asti.

7. Quanto all'attività affidata ad A.M.O.S. S.p.A., l'adunanza plenaria condivide le considerazioni svolte dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007.

Si tratta dell'esecuzione di prestazioni sociosanitarie, intese come attività atte a soddisfare bisogni di salute della persona, ossia di cura e assistenza di persone assistite dal Servizio sanitario nazionale (art. 3-septies, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 502/1992 e art. 1 della l.r. del Piemonte 8 gennaio 2004, n. 1).

Le prestazioni non sono riconducibili, immediatamente, alla disciplina comunitaria e nazionale specificamente riferita ai contratti pubblici di servizi [direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CEE e d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture)]. Ma vanno riportate alla previsione dell'allegato II B (che elenca i "servizi sanitari e sociali") dell'art. 20 del d.lgs. n. 163/2006 (il quale attua gli artt. 20 e 21 della direttiva 2004/18/CEE, nonché gli artt. 31 e 32 della direttiva 2004/17/CEE, riprendendo le previsioni già contenute nell'art. 3, comma 2, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e nell'art. 7, comma 3, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158). Secondo l'art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dagli artt. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

Tuttavia, secondo l'art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di

economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità” e “L’affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l’oggetto del contratto.”

Resta ferma, quindi, la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi del diritto comunitario.

Indicativa dell’individuazione di un appalto di servizi è, nella specie, la circostanza per cui l’A.S.L. 19 di Asti corrisponde ad A.M.O.S. S.p.A. (per l’espletamento del servizio) un canone mensile, oltre a un importo per ogni accesso del personale infermieristico e riabilitativo (così come prima il tutto veniva pagato a Medicasa Italia S.p.A., precedente gestore).

L’adunanza plenaria rileva che la diretta erogazione delle prestazioni (da parte del gestore del servizio) in favore della collettività, ossia degli utenti del Servizio sanitario nazionale, potrebbe indurre anche a configurare un servizio pubblico anziché un appalto di servizi. Ma ciò non sposta il problema di fondo. Trattandosi di attività di rilevanza economica oggetto di contratto da stipulare con una pubblica amministrazione, devono sempre applicarsi le regole della Comunità europea sulla concorrenza e, in particolare, gli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza.

Si tratta dei principi del Trattato, che sono quelli di:

- a) libertà di stabilimento (art. 43);
- b) libera prestazione dei servizi (art. 49);
- c) parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla nazionalità (artt. 43 e 49);
- d) trasparenza e non discriminazione (art. 86, che vieta le misure di favore a vantaggio delle imprese che godono di diritti speciali o esclusivi e di quelle pubbliche).

Anche nell’ambito dei servizi pubblici deve essere assicurata l’apertura alla concorrenza (C. giust. CE: 13 settembre 2007, C-260/04; sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03). Ogni interessato ha diritto di avere accesso alle informazioni adeguate prima che venga attribuito un servizio pubblico, di modo che, se lo avesse desiderato, sarebbe stato in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo (C. giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04). Inoltre, trasparenza e pubblicità devono essere date alla notizia dell’indizione della procedura di affidamento; imparzialità o non discriminatorietà devono determinare le regole di conduzione di questa.

Si rimanda, in particolare, all’art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 (dal titolo “Concessione di servizi”), il quale, al comma 3, richiama i “principi generali relativi ai contratti pubblici” (nel rispetto dei quali, oltre che di quelli “desumibili dal Trattato”, deve

avvenire la scelta del concessionario di servizi), che sono quelli di “trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”; principi i quali impongono la previa indizione di una gara, seppure informale.

I principi generali del Trattato valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; quali (oltre alla concessione di servizi) gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti (ad esempio, le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica; da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362).

Va rilevato, infine, che, nella specie, trattandosi di attività inerente il Servizio sanitario nazionale affidata da una A.S.L., non si applicano le disposizioni relative ai servizi pubblici locali, riferite, nel loro ambito soggettivo, alle sole amministrazioni di cui al d.lgs. n. 267/2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e, in particolare, le prescrizioni di cui all'art. 113 (“servizi pubblici locali di rilevanza economica”).

8. L'espressione *in house providing* compare per la prima volta nel libro bianco del 1998, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, specifica il concetto degli appalti *in house* come “quelli aggiudicati all'interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata”.

La situazione di *in house* legittima l'affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). L'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia, soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una “derivazione”, o una *longa manus*, dell'ente stesso. Da qui, l'espressione *in house* che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni.

Si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. Mentre, la disciplina comunitaria dei pubblici appalti va applicata se l'ente affidatario sia distinto dall'amministrazione aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo sul piano sostanziale.

Trattandosi di deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), siffatto istituto è stato ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose

condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale.

È stato affermato che, in astratto, l'affidamento diretto del servizio viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: a) da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le impresse ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso; b) dall'altra, si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio* (per l'analisi delle distorsioni economiche derivanti dall'affidamento diretto, e anche per la giurisprudenza comunitaria in materia, si veda Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719).

Le misure contenitive adottate già in ambito comunitario per eliminare o ridurre i suddetti inconvenienti sono costituite dalle stringenti condizioni poste per rendere legittimo l'affidamento *in house*, rappresentate da:

- 1) il così detto "controllo analogo a quello svolto sui propri servizi", necessariamente esercitato dall'ente pubblico nei confronti dell'impresa affidataria;
- 2) il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa *"in house"* e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare.

La giurisprudenza comunitaria, in particolare, ha utilizzato l'espressione *in house providing* per identificare il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione: la quale acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato (a partire da C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti.

I requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente (C. giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04 e Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi [C.

giust. CE: sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, Asociaciòn de Empresas Forestales c. Transformaciòn Agraria SA (TRASGA); 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Corame; 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle]. Occorre, quindi, che l'ente possegga l'intero pacchetto azionario della società affidataria (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; in precedenza Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 aveva ritenuto che la quota pubblica dovesse essere comunque superiore al 99%).

Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare:

- a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072);
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514);
- c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'eS.p.A.nsione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen);
- d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

In sostanza si ritiene che il solo controllo societario totalitario non sia garanzia della ricorrenza dei presupposti dell'*in house*, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio). Ne consegue che l'*in house* esclude la terzietà, poiché l'affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte, e l'impresa è anche sotto l'influenza dominante dell'ente.

Da ultimo (Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719), sempre in aggiunta alla necessaria totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, si è ritenuto essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente:

- a) il controllo del bilancio;
- b) il controllo sulla qualità della amministrazione;
- c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;
- d) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.

L'*in house*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, più che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara.

L'adunanza plenaria ritiene, pertanto, come rilevato inizialmente anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007, che nella specie non vi siano i presupposti per configurare un'ipotesi di *in house providing*. Ciò in quanto deve escludersi, in via generale, la riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing*. E A.M.O.S. S.p.A. è una società mista a capitale pubblico di maggioranza in cui circa il 30% del capitale appartiene a privati.

Si prescinde, conseguentemente, dall'esame delle varie questioni in tema di "*in house providing*" così come rimesse dalla sezione quinta.

9. La fattispecie per cui è causa va riportata nell'ambito dell'affidamento dei servizi a società (non interamente posseduta dall'ente pubblico, ma) a capitale misto pubblico/privato.

Il fenomeno delle società miste rientra nel concetto di partenariato pubblico privato (PPP), la cui codificazione risale al "libro verde" della Commissione CE relativo al PPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. Nel "libro verde", presentato il 30 aprile 2004, la Commissione ha affermato che il termine PPP si riferisce in generale a "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio".

La Commissione, nel citato "libro verde", ha ritenuto di potere individuare due tipi di partenariato pubblico-privato; e precisamente il tipo "puramente contrattuale" e quello "istituzionalizzato".

La *ratio* dell'istituto va rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità.

L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, costituisce un arricchimento del *know-how* pubblico oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari, che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Sia la Commissione che il Parlamento europeo concordano nel ritenere che le forme di PPP non costituiscono "l'anticamera" di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche, dal momento che le sinergie tra pubblica amministrazione e soggetti privati possono generare effetti positivi per la collettività, atteggiandosi a strumento alternativo alla stessa privatizzazione. Per questo motivo l'assemblea di Strasburgo ha qualificato, senza mezzi termini, il PPP, in tutte le sue manifestazioni, come un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche, riconoscendo alle amministrazioni la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure di imprese interamente controllate oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali.

Il PPP di tipo "puramente contrattuale" è quello "basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti più o meno ampi – tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio – vengono affidati al partner privato".

I modelli di partenariato di tipo puramente contrattuale più conosciuti sono l'appalto e la concessione.

I partenariati pubblico privato di tipo istituzionalizzato sono, secondo la Commissione europea (si veda il citato "libro verde"), quelli che implicano una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un'entità distinta; che implicano, cioè, la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, la quale ha la "missione" di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.

Il modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista.

La Commissione europea tende ad assimilare il partenariato pubblico-privato di tipo "istituzionalizzato" a quello di tipo "puramente contrattuale" e, perciò, a considerare applicabile anche al primo tipo di partenariato il "diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni". Ciò ha delle ovvie ricadute sulle modalità di scelta del partner privato, essendo chiaro che anche in tal caso, pur in assenza di norme specifiche, devono applicarsi, come avviene per l'affidamento a terzi di servizi mediante concessioni, le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento, nonché i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento.

La necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del partner privato con il quale costituire società miste costituisce una regola ormai acquisita nell'ordinamento interno. E comunque l'unico limite posto dal Parlamento europeo consiste nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità; principi, tutti, che trovano cittadinanza all'interno del Trattato dell'U.E.. Anche perché lo stesso "libro verde" precisa che la *partnership* pubblico-privato va senz'altro favorita ma non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza.

Al riguardo il d.lgs. n. 163/2006 si limita, all'art. 1, comma 2, a prescrivere che, "Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica". La norma ha così inteso solo codificare il principio secondo cui, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire "con procedure di evidenza pubblica" (Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

10. La sezione quinta, nel rimettere all'esame dell'adunanza plenaria, ha rilevato come la questione della possibilità di affidare direttamente il servizio a società partecipate dall'ente pubblico, allorquando le esigenze di tutela della concorrenza siano state rispettate a monte, col previo esperimento della pubblica gara indetta per l'individuazione del partner privato, trova in giurisprudenza soluzioni non univoche.

Ad atteggiamenti di totale chiusura nei confronti della possibilità di affidare direttamente a società miste la gestione dei servizi [che postulerebbero, invece, l'esperimento di una specifica gara, diversa e successiva rispetto a quella necessaria all'individuazione del socio privato di minoranza (soluzione fatta propria dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la citata decisione n. 589/2006)], fa da contraltare la tesi sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo cui la società mista a prevalente partecipazione pubblica può essere sempre affidataria diretta dei servizi, alla sola condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure selettive.

Una posizione intermedia tra i due riferiti orientamenti è stata espressa dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il citato parere n. 456/2007, che si incentra sulla ritenuta ampia fungibilità tra lo schema funzionale della società mista e quello dell'appalto. In altri termini, secondo la sezione consultiva, la gestione del servizio può essere indifferentemente affidata con apposito contratto di appalto, o con lo strumento alternativo del contratto di società, costituendo apposita società a capitale misto. Nel caso del "socio di lavoro", "socio industriale" o "socio operativo" (come contrapposti al "socio finanziario"), si è affermato che l'attività che si ritiene "affidata" (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica, la quale abbia a oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e la qualità di socio.

In particolare, con il citato parere n. 456/2007, si è affermato che:

- a) non è condivisibile la posizione “estrema” secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l’affidamento diretto;
- b) tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste “aperte”, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società “generalista”, alla quale affidare direttamente l’erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico;
- c) è ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un “affidamento diretto”, ma la modalità organizzativa con la quale l’amministrazione controlla l’affidamento disposto, con gara, al “socio operativo” della società;
- d) il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano – oltre alla specifica previsione legislativa che ne fonda la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 – garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza;
- e) laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie:

- 1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l’affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest’ultimo si configuri come un “socio industriale od operativo”, il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l’affidamento del servizio operativo;
- 2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione “alla scadenza del periodo di affidamento”, evitando così che il socio divenga “socio stabile” della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l’uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all’esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

La sezione quinta propende per l’ipotesi ricostruttiva di cui al detto parere (non ancora vagliata dalla giurisprudenza comunitaria), temperandola però con alcune precisazioni e puntualizzazioni, ed invocando altresì l’intervento del giudice comunitario.

11. L’adunanza plenaria ritiene l’illegittimità dell’impugnato affidamento siccome non preceduto da una procedura concorrenziale.

Va ribadito, innanzitutto, che, nella controversia per cui è causa, non può invocarsi quanto statuito dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la citata decisione n. 589/2006, secondo cui la stretta osservanza del diritto comunitario in materia di società miste comporta un'interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 267/2000; nel senso che la costituzione di una tale società, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio. Ciò in quanto non si è in presenza di servizi pubblici locali, ai quali solamente si può applicare (e conseguentemente disapplicare) il citato art. 113 (si veda quanto osservato alla fine del paragrafo 7 della presente decisione).

12. A livello comunitario il coinvolgimento nella gestione dei servizi di soggetti privati viene visto con favore, potendo essi apportare alla pubblica amministrazione *know how* e una gestione più manageriale. Ma il ricorso allo strumento della società mista si può prestare ad abusi, avendo spesso costituito un expediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva.

Il modello elaborato dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il citato parere n. 456/2007, rappresenta una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione delle società miste e all'affidamento del servizio alle stesse; nel rispetto del principio di concorrenza, nonché nella ricerca di contemperare le esigenze di cooperazione tra settore pubblico e privato con quelle di tutela della concorrenza. Il modello presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorquando si costituisce la società.

L'adunanza plenaria ritiene che, allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo. Si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni *"praeter legem"*, che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di giustizia. E comunque la fattispecie per cui è causa, a parte l'inconfigurabilità di un servizio pubblico locale, non rientra nei confini del modello così come costruito dalla sezione seconda di questo Consiglio.

Medicasa Italia S.p.A. era il precedente gestore del servizio di cure sanitarie domiciliari; servizio che si era aggiudicato nel 2000 dall'A.S.L. 19 di Asti a seguito di apposita gara bandita dall'azienda stessa. Il servizio veniva gestito dalla società medesima in regime di proroga sino agli ultimi mesi del 2006.

Nell'aprile 2006, infatti, l'A.S.L. 19 di Asti aveva bandito una nuova gara per "individuazione partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona". Nel giugno 2006 l'A.S.L. 19 di Asti aveva però acquisito (da soci pubblici) il 18% delle azioni di A.M.O.S. S.p.A., che esisteva già dal 2004. Conseguentemente, aveva deciso di revocare la gara già bandita e di affidare direttamente il servizio a quest'ultima.

Il modello costruito con il citato parere n. 456/2007 non è rinvenibile nella specie in quanto non si è verificata la prima delle condizioni richieste; ossia che il socio venga scelto mediante procedura a evidenza pubblica nella quale la gestione del servizio sia stata definita e precisata. Il che vuol dire avere stabilito, contestualmente alla scelta (previa gara) del socio il quale dovrà gestire il servizio, quanto meno le caratteristiche della gestione stessa (ossia condizioni, modalità e durata). Non si è verificato, quindi, quel presupposto costituito dall'effettuazione "di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo".

In particolare, la controversia per cui è causa non è in alcun modo assimilabile all'ipotesi sulla quale è stato reso il citato parere n. 456/2007 anche perché:

- a) i soci sono stati scelti alcuni anni prima l'affidamento (dall'A.S.L. 19 di Asti) del servizio alla società mista;
- b) né l'originario statuto della società mista né gli atti della gara preordinata alla scelta dei soci privati hanno previsto la possibilità di estensione dell'attività della società stessa nell'ambito dell'A.S.L. 19;
- c) la scelta dei soci è stata effettuata da amministrazione diversa da quella (A.S.L. 19) che ha dopo affidato il servizio alla società mista, avendo acquisito una percentuale del capitale della società solo alcuni anni successivi alla costituzione di quest'ultima;
- d) la società mista non è stata appositamente costituita solo per quella specifica attività in seguito oggetto di affidamento;
- e) nella società mista non vi è il socio operativo che concorre materialmente allo svolgimento del servizio ma tre tipi di soci: finanziari, del settore sanitario e del settore non sanitario;
- f) nella gestione del servizio, di tipo sanitario, affidato alla società mista sono coinvolti indifferentemente tutti i soci, e quindi anche quelli non del settore sanitario e quelli finanziari;
- g) l'oggetto sociale della società mista è variegato e di ampie dimensioni (si veda l'art. 4 dello statuto e quanto osservato al paragrafo 6 della presente decisione e sottolineato anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007).

Mancando la principale condizione, richiesta dal citato parere n. 456/2007, per potere considerare legittimo un affidamento diretto (effettuazione "di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo"), si prescinde dall'esame delle varie questioni sul medesimo parere rimesse dalla sezione quinta; questioni la cui soluzione non serve alla decisione della controversia per cui è causa.

13. L'illegittimità del contestato affidamento - avvenuto in via diretta senza previa gara - consegue alla violazione dei principi del Trattato dell'U.E.; ossia del principio

di concorrenza e di quelli, che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento.

Siffatti principi, che hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno (artt. 27, comma 1, 30, comma 3, e 91, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006) e che si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici, sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario (Cons. Stato, sez. VI: 30 gennaio 2007, n. 362; 30 dicembre 2005, n. 7616; 25 gennaio 2005, n. 168).

Alla stregua della comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000, pubblicata in Gazzetta ufficiale n. C 121 del 29 aprile 2000, richiamata e sviluppata da una circolare della Presidenza del consiglio dei ministri-dipartimento per le politiche comunitarie n. 945 in data 1° marzo 2002, i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie in rilievo, vanno applicati, in quanto dettati in via diretta e *self-executing* dal Trattato, anche alle fattispecie non interessate da specifiche disposizioni comunitarie (nella specie concessione di servizi) volte a dare la stura a una procedura competitiva puntualmente regolata.

Con la comunicazione della Commissione si è rimarcato che, "benché il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici, né delle concessioni, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta delle norme del Trattato che presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, ossia: - le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, paragrafo 1, ex articolo 6, paragrafo 1); - le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 - ex 30 - e seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43 - ex 52 - e seguenti), alla libera prestazione di servizi (articoli 49 - ex 59 - e seguenti) nonché le eccezioni a tali norme previste agli articoli 30, 45 e 46 (ex articoli 36, 55 e 56); - le disposizioni dell'articolo 86 (ex 90) del Trattato".

La detta circolare ha a sua volta puntualizzato che, "a prescindere dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del Trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte. Si tratta in particolare dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte europea che si è posta all'avanguardia nella loro elaborazione". Segnatamente "il principio di trasparenza, strettamente legato a quello di non discriminazione poiché garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione. Secondo le indicazioni della Commissione europea (si veda il punto 3.1.2 della Comunicazione interpretativa) tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal

concessionario. Spetterà poi in particolare ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi amministrative". Inoltre, "la sottoposizione delle concessioni di servizi al principio di non discriminazione, in particolare in base alla nazionalità, è stato recentemente confermato anche dalla giurisprudenza comunitaria, che ha precisato come l'obbligo di trasparenza a cui sono tenute le amministrazioni consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, cit., considerato n. 62)".

La circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti sono attuative dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che le norme delle stesse siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente valevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate.

Di qui l'immediata operatività dei principi, sopra esposti con riferimento alla concessione di servizi, anche agli appalti sottosoglia (si veda la circolare del dipartimento per le politiche comunitarie in data 30 giugno 2002, ove si richiama l'ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00 e la sentenza 7 dicembre 2000, C-324, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, rese dalla Corte di giustizia) e ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, nonché, infine, alle stesse concessioni di beni pubblici di rilevanza economica.

La Corte di giustizia, in particolare, ha statuito che, "sebbene le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applichino soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto espressamente in ciascuna delle dette direttive, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore, non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario" (si veda, in tal senso, l'ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00, punto 19). Già in precedenza il giudice comunitario aveva sottolineato la necessità del rispetto del principio di trasparenza anche per gli appalti non rientranti espressamente nella sfera di applicazione di una direttiva, ricordando che, "nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono ciò nondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in particolare" (sentenza 7 dicembre 2000, C-324/98, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, punto 60).

Il Consiglio di Stato (sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934) ha già richiamato e condiviso gli orientamenti della Corte di giustizia, puntualizzando che norme comunitarie vincolanti ben possono imporsi oltre il ristretto ambito applicativo delle direttive sugli appalti. Si è richiamata la posizione della Commissione U.E., secondo la quale,

anche nei casi in cui non trova applicazione la direttiva sugli appalti di servizi (in particolare, nell'ipotesi delle concessioni di pubblici servizi), la scelta del contraente incontra i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario; tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza. E si è affermato che si impone così una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (per l'affermazione dei medesimi principi e per la rilevanza generale degli obblighi di trasparenza nella scelta dei contraenti, specie quando si tratta di servizi pubblici, C. giust. CE, 7 dicembre 2000, C-324/98).

Siffatte affermazioni, anche se rese con riferimento alla concessione di servizi pubblici che è figura diversa dall'appalto di servizi, hanno una portata generale e possono adattarsi a ogni fattispecie estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934).

Il principio di concorrenza è uno dei principi cardini del Trattato, soprattutto in relazione al mondo delle commesse pubbliche. Esso garantisce la completa parità di accesso di tutte le imprese europee al monte dei contratti pubblici. La conseguenza rilevante è che le imprese europee (e anche quelle dello stesso Paese del cui ordinamento giuridico si giudica) devono essere poste sullo stesso piano, concedendo loro le medesime opportunità; sia sotto il profilo dell'accesso ai contratti pubblici (e quindi attraverso il sistema ordinario dell'evidenza pubblica), sia impedendo che particolari situazioni economiche pongano alcune di esse in una condizione di privilegio o comunque di favore economico.

Da ciò consegue che il sistema dell'affidamento diretto, in primo luogo, costituisce eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario delle gare; e, in secondo luogo, deve rispondere a ben precisi presupposti (insufficienti nella controversia per cui è causa), in assenza dei quali l'affidamento è idoneo a turbare la *par condicio* e quindi a violare il Trattato (e le direttive).

Recentemente siffatti principi sono stati ribaditi dalla Corte costituzionale, con la sentenza 22 novembre 2007, n. 401.

Nell'ambito dei contratti pubblici, ad avviso della Consulta, viene soprattutto in rilievo l'aspetto della tutela della concorrenza, che si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore; in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Le procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente devono essere idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. La Corte ha quindi evidenziato che la nozione comunitaria di concorrenza, che si riflette su quella di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), della cost., è definita come concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati.

Sul piano interno, l'osservanza di siffatti principi costituisce anche attuazione delle stesse regole costituzionali di buon andamento e imparzialità, le quali, ai sensi dell'art. 97 della cost., devono guidare tutta l'azione dell'amministrazione. Anzi, è proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria - sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente - nel perseguitamento della tutela della concorrenza, ad avere determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la proceduralizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione. Pervenendosi all'obiettivo primario costituito dalla tutela degli interessi degli operatori, ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato. Il che realizza pur sempre medesime finalità.

14. Con riguardo allo specifico dettato normativo, invocato dall'appellante, costituito dall'art. 9-bis, comma 1, del d.lgs. n. 502/1992 - secondo cui "Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, autorizzano programmi di sperimentazione aventi a oggetto nuovi modelli gestionali che prevedano forme di collaborazione tra strutture del Servizio sanitario nazionale e soggetti privati, anche attraverso la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato" - esso consente solo la costituzione di società miste; possibilità che, altrimenti, sarebbe vietata (ai sensi del comma 4 del citato art. 9-bis, "Al di fuori dei programmi di sperimentazione di cui al presente articolo, è fatto divieto alle aziende del Servizio sanitario nazionale di costituire società di capitali aventi per oggetto sociale lo svolgimento di compiti diretti di tutela della salute"). Ma non permette certo l'affidamento diretto del servizio alla società stessa. Diversamente opinando si tratterebbe di norma da disapplicare siccome contraria ai principi del Trattato.

Non risulta risolutivo, in favore dell'appellante, nemmeno l'intervento dell'art. 13, commi 1 e 2, del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006 (così detto decreto Bersani), secondo cui le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali:

- devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (viene fissata, quindi, la regola dell'esclusività, in luogo di quella della prevalenza);
- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti;
- sono a oggetto sociale esclusivo.

È sufficiente rilevare che l'oggetto sociale esclusivo non va inteso come divieto delle società così dette *multiutilities*, ma rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare altro (Cons. Stato, sez. III, 25 settembre 2007, n. 322 e sez. II, 18 aprile 2007, n. 456). E comunque, diversamente da quanto prospettato dall'appellante, data la differenza del fenomeno "società mista" rispetto a quello dell'*in house providing*, il disposto del comma 2 del citato art. 13 - secondo cui le società miste "sono ad oggetto sociale esclusivo e non

possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1" - non ha dato luogo a quel "controllo analogo" che legittima l'affidamento diretto.

15. Alla luce di quanto statuito dall'adunanza plenaria, che ha evidenziato l'irrilevanza delle norme invocate anche perché non consentono l'affidamento diretto del servizio, vengono meno alla radice le condizioni per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'U.E. con riguardo agli artt. 13 del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006, e 9-bis del d.lgs. n. 502/1992, così come richiesto dall'appellante.

16. Il ricorso in appello, pertanto, deve essere respinto. Le spese del giudizio, sussistendo giusti motivi, possono essere compensate. Non vi è luogo a provvedere sulle spese nei confronti dei soggetti appellati non costituiti.

Per questi motivi

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria) respinge il ricorso in appello.

Compensa tra le parti le spese del giudizio. Nulla spese nei confronti dei soggetti appellati non costituiti.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma il 10 dicembre 2007 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (adunanza plenaria), in camera di consiglio, con l'intervento dei signori:

Paolo Salvatore	presidente del Consiglio di Stato
Raffaele Iannotta	presidente di sezione
Giovanni Ruoppolo	presidente di sezione
Raffaele Carboni	consigliere
Costantino Salvatore	consigliere
Luigi Maruotti	consigliere
Carmine Volpe	consigliere, estensore
Pier Luigi Lodi	consigliere
Giuseppe Romeo	consigliere
Paolo Buonvino	consigliere
Cesare Lamberti	consigliere
Aldo Fera	consigliere
Antonino Anastasi	consigliere

IL PRESIDENTE

Paolo Salvatore

L'ESTENSORE

Carmine Volpe

IL SEGRETARIO

M. Rita Oliva

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 03/03/2008

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Dirigente

Dott.ssa M. Rita Oliva

SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

4

7. Sentenza della Corte Costituzionale n. 326 del 1° agosto 2008 in tema di società a partecipazione pubblica.

È costituzionalmente legittimo l'art. 13 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, che impone alcuni limiti alle società a capitale pubblico o misto costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali. La norma prevede, in particolare, che tali società operino esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non svolgano prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati e non possano detenere partecipazioni in altre società o enti.

La Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 13 del d.l. 223/2006, sollevata da alcune regioni.

La Corte ha affermato che *"Le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività [attività amministrativa ed attività di impresa] per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza."* In particolare il Collegio ha rilevato che *"L'obiettivo delle disposizioni impugnate è quello di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Dunque, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza. Essa rientra, quindi, nella materia - definita prevalentemente in base al fine - della «tutela della concorrenza»"*. In quanto tale si tratta di materia attribuita dalla Costituzione alla competenza esclusiva del legislatore statale, e le norme adottate pertanto non ledono la competenza legislativa regionale, e appaiono ragionevoli e proporzionate al fine perseguito.

SENTENZA N. 326
ANNO 2008

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE
composta dai signori:

- Franco BILE	Presidente
- Giovanni Maria FLICK	Giudice
- Francesco AMIRANTE	"
- Ugo DE SIERVO	"
- Paolo MADDALENA	"
- Alfio FINOCCHIARO	"
- Alfonso QUARANTA	"
- Franco GALLO	"
- Luigi MAZZELLA	"
- Gaetano SILVESTRI	"
- Sabino CASSESE	"
- Maria Rita SAULLE	"
- Giuseppe TESAURO	"
- Paolo Maria NAPOLITANO	"

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante «Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale», convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale», promossi con ricorsi della Regione Veneto (nn. 2 ricorsi), della Regione siciliana, della Regione Friuli-Venezia Giulia e della Regione Valle d'Aosta, notificati il 31 agosto, il 5, il 9 e il 10 ottobre 2006, depositati in cancelleria l'11 settembre, l'11, il 12, il 14 e il 19 ottobre 2006 ed iscritti ai nn. 96, 103, 104, 105 e 107 del registro ricorsi 2006.

Visti gli atti di costituzione del Presidente del Consiglio dei ministri;
udito nell'udienza pubblica del 24 giugno 2008 il Giudice relatore Sabino Cassese;
uditi gli avvocati Mario Bertolissi e Andrea Manzi per la Regione Veneto, Giovanni Pitruzzella per la Regione siciliana, Giandomenico Falcon per la Regione Friuli-Venezia Giulia, Francesco Saverio Marini per la Regione Valle d'Aosta e l'avvocato dello Stato Danilo Del Gaizo per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. - La Regione Veneto ha sollevato, con un primo ricorso (n. 96 del 2006), questione di legittimità costituzionale, oltre che di altre norme dello stesso decreto-

legge, dell'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante «Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale», per violazione degli artt. 3, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 della Costituzione.

L'articolo impugnato (che reca la rubrica «Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza») impone alcuni limiti alle società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. È stabilito, in particolare, che esse operino esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non svolgano prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, non partecipino ad altre società o enti e abbiano oggetto sociale esclusivo. L'articolo contiene anche una disciplina transitoria, che definisce i termini e le modalità della cessazione delle attività non consentite, e commina la nullità ai contratti conclusi in violazione delle nuove norme.

Ad avviso della Regione, il legislatore statale ha inteso, con le norme impugnate, evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e assicurare la parità degli operatori, impedendo che soggetti destinatari dei cosiddetti «obblighi di servizio pubblico», solo formalmente privatizzati ma soggetti a un'influenza dominante dei pubblici poteri, possano operare, avvantaggiandosi del regime speciale di cui godono, anche sul libero mercato. Date queste finalità della disciplina statale, reputa peraltro la Regione che la norma impugnata violi la sfera di autonomia regionale poiché, facendo valere ragioni di tutela della concorrenza, comprime irragionevolmente l'autonomia legislativa e amministrativa della Regione. Con le disposizioni impugnate, secondo la ricorrente, «si è posta in essere una disciplina puntuale che non lascia alcuno S.p.A.zio alla Regione per dettare una normativa che tenga conto delle necessità locali e nemmeno dei tempi di attuazione dei principi statali secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità».

2. - Con un secondo ricorso (n. 103 del 2006), la Regione Veneto ha sollevato questione di legittimità costituzionale, oltre che di altre norme dello stesso decreto-legge, dell'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale», per violazione degli artt. 3, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 della Costituzione.

Questione di legittimità costituzionale dello stesso articolo, oltre che di altre norme dello stesso decreto-legge, è stata sollevata anche dalla Regione siciliana (r. ric. n. 104 del 2006), dalla Regione Friuli-Venezia Giulia (r. ric. n. 105 del 2006) e dalla Regione Valle d'Aosta (r. ric. n. 107 del 2006).

L'articolo impugnato (che, anche a seguito della conversione, reca la rubrica «Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza») impone alcuni limiti alle società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della

loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. È stabilito, in particolare, che esse operino esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non svolgano prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, non partecipino - con esclusione delle società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 - ad altre società o enti e abbiano oggetto sociale esclusivo. L'articolo contiene anche una disciplina transitoria, che definisce i termini e le modalità della cessazione delle attività non consentite, e commina la nullità ai contratti conclusi in violazione delle nuove norme.

3. - Il ricorso della Regione Veneto lamenta la violazione degli artt. 3, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 della Costituzione. Secondo la Regione, la legge di conversione del decreto, lungi dall'eliminare le norme lesive dell'autonomia regionale, ne ha introdotto di nuove, viziate di illegittimità costituzionale sotto i medesimi profili. Permangono, pertanto, nell'art. 13 del decreto-legge, quale risulta dopo la conversione, le stesse violazioni dell'autonomia legislativa e amministrativa della Regione e degli enti locali, fatte valere con il precedente ricorso n. 96 del 2006.

4. - Il ricorso della Regione siciliana lamenta la violazione degli artt. 41, primo e terzo comma, e 3 Cost., sotto il duplice profilo della violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, nonché degli artt. 14, lettera p), e 17, lettera i), del regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 (Approvazione dello Statuto regionale della Regione siciliana). Premette la Regione che la disposizione censurata si riferisce esclusivamente alle cosiddette «società strumentali», costituite o partecipate dalle Regioni e dagli altri enti locali per la produzione di beni e servizi a favore di tali enti e che, a norma del suddetto articolo, esse debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti e affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici e privati, neppure a seguito di gara pubblica, e non possono partecipare ad altre società o enti.

Secondo la Regione, la norma impone alle società strumentali limitazioni territoriali che non appaiono coerenti con l'art. 41 Cost., il quale, nell'affermare il principio della libera iniziativa economica privata (primo comma), «circoscrive l'intervento dello Stato alla funzione di indirizzo e coordinamento dell'attività economica pubblica e privata a fini sociali (terzo comma)». Aggiunge la Regione che il legislatore statale, ponendo il divieto in questione per le sole società a capitale interamente pubblico o misto (pubblico-privato), costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali, le ha penalizzate rispetto alle società costituite o partecipate dallo Stato o concessionarie di pubblici servizi, e ciò in violazione, oltre che del suindicato parametro costituzionale, anche del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. e senza attenersi ad alcun criterio di proporzionalità e adeguatezza (sentenza n. 14 del 2004), essenziale a definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale in materia di «tutela della concorrenza». Osserva ancora la Regione che la norma statale in esame, disciplinando l'attività di enti strumentali della Regione, appare lesiva della competenza legislativa esclusiva in materia di «ordinamento degli uffici e degli enti regionali», prevista dall'art. 14, lettera p), dello statuto siciliano, e, in ogni caso, di quella prevista dall'art. 17, lettera i), dello statuto per «tutte le altre materie che implicano servizi di prevalente interesse regionale».

5. - Il ricorso della Regione Friuli-Venezia Giulia lamenta la violazione degli artt. 3, 41, 117 e 119 Cost., nonché dell'art. 4, comma unico, nn. 1, 1-bis, e n. 6, dell'art. 8 e art. 48 della legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia).

Osserva preliminarmente la Regione che la legge di conversione ha aggiunto nell'art. 1 del decreto-legge il comma 1-bis, recante una «clausola di salvaguardia» in virtù della quale «le disposizioni di cui al presente decreto si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano in conformità agli statuti speciali e alle relative norme di attuazione». Pertanto, ove si dovesse ritenere che, per effetto di tale clausola, le norme impugnate non si applichino nella Regione Friuli-Venezia Giulia, verrebbero meno le doglianze da essa avanzate.

Il ricorso della Regione è articolato in sei motivi.

5.1. - Con il primo motivo, la Regione eccepisce che i commi 1, 2 e 4, dell'art. 13 del decreto-legge, come convertito, sono lesivi dell'autonomia organizzativa e finanziaria della Regione, in quanto sottopongono ad un regime giuridico restrittivo e discriminatorio le società pubbliche o miste, costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali, «senza collegare le limitazioni al godimento di una condizione di esonero dalla concorrenza grazie ad un regime di affidamento diretto».

Ricorda innanzitutto la Regione che essa è legittimata anche a far valere l'autonomia finanziaria degli enti locali, atteso che la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto sussistente in via generale una tale legittimazione in capo alle Regioni, dal momento che «la stretta connessione, in particolare [...] in tema di finanza regionale e locale, tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali consente di ritenere che la lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali» (sentenza n. 417 del 2005).

La Regione osserva poi che le severe restrizioni imposte alle società contemplate si collegano «non a particolari condizioni di favore nelle quali le società in argomento svolgono la loro attività, ma alla stessa struttura soggettiva ed all'oggetto di tali società». Ad avviso della Regione, se per «società costituite o partecipate per la produzione di beni e servizi strumentali» si dovessero intendere le «società che svolgono tali servizi in regime di affidamento diretto», le restrizioni si collegherebbero alla condizione di affidamento privilegiato i n cui esse si trovano: «ed è ovvio che, se così fosse, basterebbe uscire da tale condizione per ritornare al regime generale delle società, senza restrizione alcuna». Questa interpretazione, prosegue la Regione, sarebbe senz'altro coerente con la finalità dichiarata della norma di «evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori». Tale interpretazione non è consentita, tuttavia, dalla formulazione letterale della norma, la quale, nel restringere la capacità contrattuale anche di società che non godono di alcun privilegio di affidamento diretto, viola in modo diretto le competenze statutarie della Regione, in quanto incide su materie regionali (cioè sull'organizzazione della Regione e degli enti locali e sull'industria e commercio: art. 4, nn. 1, 1-bis e 6, dello statuto; art. 117, quarto comma, Cost., in relazione all'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001, dato che l'organizzazione regionale e l'industria e commercio ricadono nella competenza

piena delle Regioni ordinarie) e interferisce con l'autonomia amministrativa (cui è funzionale quella organizzativa) e finanziaria della Regione e degli enti locali (artt. 8 e 48 e seguenti dello statuto).

Le norme impugnate, secondo la ricorrente, violano inoltre: il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, primo comma, Cost., dato che vengono trattate in modo diseguale situazioni uguali, nonché i principi di ragionevolezza e proporzionalità; l'art. 41 Cost., in quanto esse precludono l'esercizio del diritto di libera iniziativa economica, il quale, a condizione che non si alteri la concorrenza, vale ugualmente per i soggetti pubblici e privati (e comunque sarebbe leso il diritto di iniziativa dei privati nelle società miste); «il principio di ragionevolezza e di proporzionalità», in quanto le norme impugnate «pongono drastiche limitazioni di capacità dove basterebbe un limite connesso all'eventuale affidamento diretto dei compiti strumentali».

5.2. - Con un secondo motivo di ricorso, la Regione prospetta l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 1, 2 e 4, del decreto-legge n. 223 del 2006, come convertito, in quanto lesivo dell'autonomia organizzativa e finanziaria della Regione, laddove sottopone le società pubbliche o miste, costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali, «ad un regime giuridico restrittivo e discriminatorio, rispetto alle altre società ed alle stesse società pubbliche o miste partecipate dallo Stato o da amministrazioni nazionali». Si tratta, secondo la Regione, di una ragione di illegittimità che, al contrario della precedente, non può essere superata da un'interpretazione adeguatrice. Invero, le disposizioni impugnate discriminano, rendendola deteriore, la condizione giuridica delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali rispetto alle società che, per scopi del tutto simili, sono costituite o partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici nazionali.

Argomenta la ricorrente che non solo le Regioni e gli enti locali, ma anche lo Stato ed enti pubblici nazionali hanno costituito società pubbliche o miste per l'esercizio di funzioni strumentali. Se pure nel merito fosse giustificata una disciplina restrittiva della capacità contrattuale di determinati tipi di società a partecipazione pubblica, non lo sarebbe una restrizione della capacità contrattuale ed operativa delle sole società costituite o partecipate dalle Regioni e dagli enti locali, «che vengono poste in una condizione di vera e propria minorità giuridica». Onde è evidente, prosegue la Regione, che la discriminazione così posta «contraddice il principio di uguaglianza e costituisce un abuso della stessa potestà legislativa statale in materia di ordinamento civilistico delle società: potestà che viene [...] esercitata non per porre una disciplina generale del fenomeno delle società a partecipazione pubblica, ma esclusivamente in danno delle società regionali e locali».

5.3. - Un terzo motivo di ricorso è incentrato sull'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 1, 2 e 4, del decreto-legge n. 223 del 2006, come convertito, in quanto lesivo dell'autonomia organizzativa e finanziaria della Regione nella parte in cui vieta «indiscriminatamente alle società pubbliche o miste, costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali, di "operare" per soggetti diversi dagli enti costituenti, partecipanti o affidanti, di svolgere "prestazioni" a favore di altri soggetti pubblici o privati, nonché di partecipare ad altre società o enti».

Con riguardo al divieto di partecipare ad altre società o enti, la Regione fa rilevare che le società regionali, al pari delle società statali, operano talora attraverso altre società, il cui capitale sociale è posseduto dalle prime al cento per cento, quindi le misure contestate priverebbero irragionevolmente le società in questione di ogni flessibilità operativa e, per quanto riguarda la partecipazione ad enti, di ogni capacità di collegamento con la stessa realtà di cui debbono occuparsi. Un discorso analogo riguarda, secondo la Regione, il limite relativo all'«operare» solo con gli enti costituenti, partecipanti o affidanti e alle «prestazioni», escluse in relazione ad «altri soggetti pubblici o privati», che si risolverebbe nella violazione, oltre che dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità, del principio di certezza del diritto.

5.4. - Uno specifico motivo riguarda l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3, del decreto-legge n. 223 del 2006, come convertito, che impone termini per cessare le attività non consentite e sanzioni per il mancato rispetto dei divieti. Secondo la Regione, tali disposizioni sarebbero costituzionalmente illegittime, in primo luogo, in quanto presuppongono e completano l'illegittima disciplina sopra censurata.

In secondo luogo, il terzo periodo, che stabilisce l'inefficacia dei contratti relativi ad attività non cedute o scorporate, sarebbe illegittimo sotto il profilo della contraddittorietà e della irragionevolezza, in relazione a quanto disposto dai due periodi precedenti. Osserva la ricorrente che le società in questione possono «transitoriamente» - per dodici mesi - continuare a svolgere le loro attività; che a tali dodici mesi seguono, in base al secondo periodo, altri diciotto mesi, durante i quali le «attività non consentite» possono essere cedute a terzi o scorporate in una diversa società da cedere sul mercato. Senonché, prosegue la difesa della Regione, quel che dispone il terzo periodo - cioè la cessazione degli effetti dei contratti relativi alle attività non cedute o scorporate nel «termine indicato nel primo periodo» (cioè alla scadenza dei primi dodici mesi) - è del tutto assurdo, poiché le attività cedute o scorporate e, corrispondentemente, quelle non cedute o scorporate, risulteranno soltanto alla fine del periodo di diciotto mesi che le Regioni e gli enti locali hanno a disposizione per provvedere alla cessione o allo scorporo. La norma, dunque, sarebbe, prima ancora che costituzionalmente illegittima, di impossibile applicazione, se non «retroattivamente».

5.5. - Un altro profilo di illegittimità costituzionale investirebbe il secondo periodo del comma 3, ove «la facoltà data alle società strumentali di cedere le attività a terzi o di scorporarle costituendo una società da collocare sul mercato dovesse intendersi come preclusiva della possibilità di cedere o scorporare tali attività in favore di altra società regionale o locale, da costituire o esistente, che operi esclusivamente sul mercato, e non rientri nel campo di applicazione dell'art. 13». In effetti, osserva la Regione, «l'obbligo di cedere a terzi, o sul mercato (che è composto anch'esso, ovviamente, di «terzi») beni e patrimoni che, attraverso la società, costituiscono risorse economiche e nel caso imprenditoriali delle comunità locali ne viola l'autonomia finanziaria, in contraddizione aperta con l'art. 119 Cost. e con l'art. 48 e seguenti dello statuto regionale e realizza una sorta di esproprio di attività economiche, del tutto privo di fondamento costituzionale e del tutto privo di connessioni con l'obbiettivo di tutelare la concorrenza».

5.6. - Un ulteriore, autonomo profilo di irragionevolezza dell'art. 13, comma 4, del decreto-legge n. 223 del 2006, come convertito, per le stesse ragioni di cui al

punto precedente, emerge, secondo la Regione, in quanto si ritenga che la nullità dei contratti stipulati in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 colpisce tutti i contratti stipulati dalle società di cui al comma 1 che, al momento del contratto, conservino partecipazioni in altre società o enti. Osserva al riguardo la Regione che le partecipazioni non costituiscono «attività» e non rientrano, dunque, nel campo di applicazione del comma 3 e delle scadenze temporali ivi previste. Le partecipazioni sono, infatti, in primo luogo elementi patrimoniali, la cui cessione potrebbe essere facile o difficile, o anche giuridicamente impossibile ove non si trovasse alcun soggetto disposto ad acquistarle. D'altronde, una cosa è la nullità di contratti che direttamente si riferiscono ad attività vietate (ferme restando le censure sopra esposte su tali divieti e sulla loro formulazione); tutt'altra cosa sarebbe la nullità di contratti che si riferiscono ad attività consentite, e che nessun rapporto hanno con le ipotizzate partecipazioni in società o enti.

6. - Il ricorso della Regione Valle d'Aosta lamenta la violazione degli artt. 3 e 117 Cost., nonché dell'art. 2, comma 1, lettere a) e b), dello statuto della Regione Valle d'Aosta di cui alla legge costituzionale 26 gennaio 1948, n. 4 (Statuto regionale per la Valle d'Aosta).

Osserva preliminarmente la Regione che, in virtù della «clausola di salvaguardia», contenuta nell'art. 1, comma 1-bis del decreto-legge n. 223 del 2006, come convertito, questo si applica alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano «in conformità agli statuti speciali e alle relative norme di attuazione». Tuttavia, il tenore letterale delle disposizioni impugnate non consente di escludere con certezza la loro efficacia nei riguardi delle Regioni ad autonomia speciale, trattandosi di prescrizioni che, se riferite anche alla Regione Valle d'Aosta, presentano molteplici profili di illegittimità costituzionale. Pertanto, l'ipotesi che esse vadano interpretate in senso lesivo delle attribuzioni della Regione induce a farle oggetto di impugnazione, sulla scorta della giurisprudenza della Corte, per cui il giudizio in via principale può concernere questioni sollevate sulla base di interpretazioni non implausibili prospettate dal ricorrente (sentenza n. 412 del 2004).

6.1. - Con il primo motivo di ricorso, la Regione eccepisce la violazione del principio costituzionale di ragionevolezza, sub specie di vizio di irrazionalità, nonché dell'art. 117, secondo e quarto comma, Cost., e dell'art. 2, comma 1, lettere a) e b), dello statuto speciale per la Valle d'Aosta.

Secondo la Regione, «per quanto l'intervento normativo dichiari di voler perseguire la tutela della concorrenza, in realtà esso, lungi dal rimuovere elementi distorsivi del mercato o dal promuovere un ampliamento delle possibilità di accesso degli attori che vi operano, determina il ben diverso effetto di escludere dal mercato stesso una categoria di soggetti», vale a dire proprio «le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali», con i requisiti dianzi riferiti. L'effetto di limitazione della concorrenza sarebbe fatto palese, in particolare, dalla previsione in base alla quale le società agiscono; di cui s'è detto non possono svolgere prestazioni a favore di soggetti diversi dagli enti costituenti, partecipanti o affidanti, neppure a seguito dell'espletamento di una gara. Sostiene la Regione che, «poiché sono proprio le procedure di gara ad assicurare per eccellenza, e anzi ad esaltare la concorrenza tra i diversi operatori economici presenti sul mercato, l'esclusione della possibilità di competere a danno di taluno di

essi - per giunta, per il mero fatto di essere costituiti o partecipati non da qualsivoglia ente pubblico, ma soltanto da enti regionali e locali - determina esattamente una forma di quella alterazione e distorsione della concorrenza e del mercato che la norma impugnata manifesta di voler evitare». Del resto, prosegue la Regione, a smentire qualunque relazione fra le disposizioni impugnate e presunte attuazioni di obblighi comunitari, è sufficiente rilevare come neppure la giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing*, particolarmente solerte nella garanzia della concorrenza, abbia mai richiesto che società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali «per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti» o «per lo svolgimento di funzioni amministrative di loro competenza», operino esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti. Né si comprende, secondo la Regione, come possa ragionevolmente perseguirsi la tutela della concorrenza imponendo i riferiti divieti esclusivamente alle società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali, senza estendere le medesime proibizioni alle analoghe società costituite o partecipate dalle amministrazioni statali.

Data, dunque, la palese contraddittorietà tra il fine che l'art. 13 del decreto legge n. 223 del 2006 si propone di perseguire (la tutela della concorrenza) ed i risultati cui esso approda, la norma impugnata viene ad incidere *sine titulo* in un ambito di competenza normativa che risulta assegnato alla Regione Valle d'Aosta sia dalle previsioni di cui all'art. 2, comma 1, lettera a) e b), dello statuto speciale (che rimettono alla potestà legislativa regionale, rispettivamente, le materie «ordinamento degli uffici e degli enti dipendenti dalla Regione e stato giuridico ed economico del personale» e «ordinamento de gli enti locali e delle relative circoscrizioni»), sia dal combinato disposto dei commi secondo e quarto dell'art. 117 Cost., a norma dei quali spetta alla potestà legislativa statale soltanto la disciplina dell'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato».

6.2. - Un secondo motivo di ricorso assume che le norme recate dall'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006, come convertito, violino i principi di proporzionalità e di leale collaborazione e, ancora, l'art. 117, secondo e quarto comma, Cost. e l'art. 2, comma 1, lettere a) e b), dello statuto speciale della Regione Valle d'Aosta.

Osserva la Regione che la legislazione statale, che invada gli ambiti di materia di pertinenza delle Regioni fondando il suo intervento sull'esigenza di porre norme in una delle materie - quale la tutela della concorrenza - finalistiche o trasversali, deve comunque rispettare requisiti ineludibili, ulteriori rispetto a quello della sua razionalità. Essa, per potersi dire legittima, deve essere «giustificata» e «proporzionata» rispetto all'obiettivo perseguito (sentenze n. 214 del 2006, n. 175 del 2005 e nn. 272 e 14 del 2004). Inoltre, la Corte ha precisato (a partire dalla sentenza n. 407 del 2002) che l'esercizio della potestà legislativa statale in una materia «finalistica» è subordinato all'esigenza di curare un interesse «unitario e infrazionario».

Secondo la ricorrente, l'invasione operata dalle norme contestate risulta del tutto sproporzionata rispetto alle modalità attraverso cui viene perseguita la finalità di tutela della concorrenza. La normativa statale censurata, infatti, sacrifica integralmente la competenza regionale a legiferare sulle società costituite o

partecipate dalla Regione o dagli enti locali, non lasciando alcuno S.p.A.zio per l'intervento regolativo della Regione. La violazione del principio di proporzionalità deriverebbe anche da quella del principio di leale collaborazione: a fronte della compressione della competenza normativa in ambiti di loro spettanza, l'intervento legislativo statale non è stato preceduto da meccanismi e procedimenti che mettessero le Regioni in condizione di svolgere qualche forma di partecipazione e di offrire il loro contributo all'elaborazione della disciplina statale. Ciò vale tanto più, secondo la ricorrente, con riferimento alle Regioni ad autonomia speciale.

La Regione osserva poi che, a fronte del sacrificio integrale della competenza regionale, tanto poco era pressante l'«interesse unitario e infrazionabile» che il legislatore statale ha omesso di estendere i divieti previsti nell'art. 13 alle società costituite o partecipate dalle amministrazioni statali. Se davvero si fosse inteso perseguitre un interesse unitario, secondo la ricorrente, i rigidi criteri di esclusione avrebbero dovuto trovare applicazione innanzitutto nei confronti delle società in cui sono coinvolte le amministrazioni dello Stato, dal momento che è proprio lo Stato l'ente territoriale che rappresenta la massima istanza unitaria.

7. - In tutti i giudizi si è costituita, per il Presidente del Consiglio dei ministri, l'Avvocatura generale dello Stato. Essa rileva, preliminarmente, che la legge di conversione n. 248 del 2006 del d.l. n. 223 del 2006 ha introdotto una serie di modifiche ad alcune disposizioni del decreto impugnate con il primo ricorso della Regione Veneto (retro, sub 1). Donde, con riguardo a tali disposizioni, la configurabilità di un'ipotesi di inammissibilità sopravvenuta o di cessazione della materia del contendere.

Nel merito di tutti i ricorsi, l'Avvocatura generale dello Stato osserva che le disposizioni impugnate dalle Regioni sono finalizzate a garantire l'esercizio della libera concorrenza, talché esse rientrano nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «tutela della concorrenza» (art. 117, comma secondo, lettera e, Cost.). Inoltre, la natura «trasversale» di tale competenza comporta la legittimità dell'intervento del legislatore statale anche su ambiti materiali astrattamente rientranti nella competenza legislativa regionale, sia concorrente sia residuale.

Quanto alla censura delle Regioni circa il carattere puntuale e di dettaglio della disciplina contenuta nell'art. 13, l'Avvocatura generale dello Stato rileva che la disciplina contenuta nella norma impugnata attiene essenzialmente alla materia dell'ordinamento civile, pur essa rientrante nella competenza esclusiva del legislatore statale (art. 117, comma secondo, lettera I, Cost.), «siccome attinente all'attività negoziale di società operanti in regime privatistico». Per la stessa ragione, sarebbero infondate, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, le censure delle Regioni in ordine alla disposizione che prevede la nullità dei contratti conclusi in violazione della disciplina recata dall'art. 13.

Quanto al ricorso della Regione siciliana, l'Avvocatura generale dello Stato eccepisce: la genericità e, quindi, l'inammissibilità della censura circa il mancato rispetto dei criteri di proporzionalità e adeguatezza; la conformità delle disposizioni impugnate ai principi comunitari in materia di appalti *in house* e di aiuti di Stato; l'insussistenza della violazione della competenza legislativa esclusiva della Regione in materia di «ordinamento degli uffici e degli enti regionali», nonché di «servizi di prevalente interesse regionale» (artt. 14, lettera p, e 17, lettera i, dello statuto

siciliano); l'inammissibilità delle censure attinenti alla pretesa violazione dell'art. 3, sotto il profilo del principio di uguaglianza, e dell'art. 41 Cost., attesa la costante giurisprudenza della Corte, sia anteriore alla legge costituzionale n. 3 del 2001 (sentenze nn. 373 e 126 del 1997 e n. 29 del 1995), sia posteriore (sentenza n. 274 del 2003), per cui «le Regioni sono legittime a denunciare la violazione di norme costituzionali, non relative al riparto di competenze con lo Stato, solo quando tale violazione comporti un'incisione, diretta o indiretta, delle competenze attribuite dalla Costituzione alle Regioni stesse»; incisione che, all'evidenza, nel caso di specie non ricorrerebbe affatto.

Quanto al ricorso della Regione Friuli-Venezia Giulia, l'Avvocatura generale dello Stato eccepisce: l'infondatezza delle censure fondate sulla supposta violazione della competenza legislativa regionale, esclusiva o concorrente, in materia di organizzazione della Regione e degli enti locali, di industria e di commercio; l'infondatezza o l'inammissibilità delle censure che la Regione muove alla norma statale con riferimento agli artt. 3, primo comma, e 41 Cost., nonché ai principi di ragionevolezza, proporzionalità, tutela dell'affidamento e buona fede; l'inammissibilità della censura relativa all'art. 13, comma 3, secondo periodo, del decreto-legge convertito, poiché la ricorrente, nel ritenere illegittima la facoltà delle società strumentali di cedere o scorporare le attività, fonda la censura sulla mera ipotesi interpretativa che tale previsione sia preclusiva della possibilità di cedere o scorporare tali attività in favore di altra società regionale o locale, operante esclusivamente sul mercato, senza prendere posizione sulla esattezza o meno di tale interpretazione.

8. - In prossimità dell'udienza, le Regioni ricorrenti hanno depositato memorie insistendo sui motivi del ricorso. L'Avvocatura generale dello Stato ha, a sua volta, depositato una memoria unica, ribadendo le precedenti argomentazioni.

Considerato in diritto

1. - La Regione Veneto ha promosso numerose questioni di legittimità costituzionale in via principale del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale) e, tra queste, dell'art. 13 del testo originario del decreto, per violazione degli artt. 3, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 della Costituzione.

Le Regioni Veneto, siciliana, Friuli-Venezia Giulia e Valle d'Aosta, con quattro distinti ricorsi, hanno promosso numerose questioni di legittimità costituzionale in via principale del decreto-legge n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), e, tra queste, dell'art. 13, per violazione dei seguenti parametri costituzionali: art. 3 (tutte le ricorrenti), art. 41 (Regione siciliana e Regione Friuli-Venezia Giulia), art. 97 (Regione Veneto), art. 114 (Regione Veneto), art. 117 (Regione Veneto, Regione Friuli-Venezia Giulia, Regione Valle d'Aosta), art. 118 (Regione Veneto), art. 119 (Regione Veneto e Regione Friuli-Venezia Giulia) e art. 120 (Regione Veneto) della Costituzione, artt. 14, lettera p), e 17, lettera i), del regio decreto legislativo 15

maggio 1946, n. 455 (Approvazione dello Statuto regionale della Regione siciliana) (Regione siciliana), artt. 4, n. 1, n. 1-bis e n. 6, 8 e 48 e seguenti della legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia) (Regione Friuli-Venezia Giulia), art. 2, primo comma, lettere a) e b), della legge costituzionale 26 gennaio 1948, n. 4 (Statuto regionale per la Valle d'Aosta) (Valle d'Aosta).

L'articolo censurato impone alcune limitazioni alle società partecipate da Regioni ed enti locali per lo svolgimento di funzioni amministrative o attività strumentali alle stesse.

A norma del comma 1, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società a capitale interamente pubblico o misto - costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza - devono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti

A norma del comma 2, le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.

Il comma 3 detta una disciplina transitoria, per la cessazione delle attività non consentite.

Il comma 4 dispone per i contratti conclusi dopo l'entrata in vigore del decreto-legge, prevedendo la nullità dei contratti conclusi in violazione dei commi 1 e 2.

2. - Riservata a separate pronunce la decisione sulle altre disposizioni contenute nel decreto-legge n. 223 del 2006, sia nel testo originario sia in quello risultante dalle modifiche apportate in sede di conversione dalla legge n. 246 del 2006, vengono all'esame della presente pronuncia le questioni relative all'art. 13.

3. - I ricorsi pongono questioni analoghe; deve, quindi, essere disposta la riunione dei relativi giudizi ai fini di una trattazione unitaria e di un'unica decisione.

4. - Non sono ammissibili le questioni sollevate con riferimento agli artt. 114, 118, 119 e 120 Cost., perché non autonomamente argomentate, quindi generiche.

5. - Non sono ammissibili neanche le questioni sollevate con riferimento ai soli artt. 3 e 41 Cost. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, anche successiva alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), non sono ammissibili le censure prospettate dalle Regioni rispetto a parametri costituzionali diversi dalle norme che operano il riparto di competenze con lo Stato, qualora queste non si risolvano in lesioni delle competenze regionali stabilite dalla Costituzione (sentenze n. 190 del 2008 e, con particolare riferimento all'art. 41 Cost., n. 272 del 2005).

6. - Le censure sollevate dalla Regione Veneto con il ricorso n. 96 del 2006, proposto prima della conversione del decreto-legge, devono intendersi assorbite in quelle, di identico tenore, sollevate con il ricorso n. 103 del 2006.

7. - Successivamente alla proposizione dei ricorsi, i commi 3 e 4 dell'articolo impugnato sono stati modificati dall'art. 1, comma 720, della legge 27 dicembre

2006, n. 296. Le relative modifiche, pur incidendo sui termini di alcune delle censure formulate dalle ricorrenti, non sono tali da determinare la cessazione della materia del contendere.

8. - Le ulteriori questioni, sollevate dalle Regioni in ordine ad altri parametri costituzionali, non sono fondate.

8.1. - Dette questioni riguardano la lesione, da parte delle disposizioni impugnate, della potestà legislativa regionale in materia di organizzazione degli uffici regionali e degli enti locali, fondata sull'art. 117 Cost. e, per quanto riguarda le Regioni siciliana, Friuli-Venezia Giulia e Valle d'Aosta, sulle norme degli statuti speciali (artt. 14, lettera p) e 17, lettera i), del regio decreto legislativo n. 455 del 1946; artt. 4, n. 1, n. 1-bis e n. 6, 8 e 48 e seguenti, della legge costituzionale n. 1 del 1963; art. 2, comma 1, lettere a) e b), della legge costituzionale n. 4 del 1948).

Il parametro costituzionale e le norme statutarie comprendono l'organizzazione dei servizi regionali e i rapporti tra le Regioni e le società, attraverso le quali le Regioni stesse svolgono le loro funzioni. A norma dell'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, le disposizioni della stessa legge costituzionale, che prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite, si applicano anche alle Regioni a statuto speciale. Ora, mentre la potestà legislativa regionale disciplinata dall'art. 117, quarto comma, è sottoposta solo ai limiti dettati dal primo comma dello stesso articolo, la potestà legislativa delle Regioni a statuto speciale in materia di organizzazione delle società dipendenti, esercenti l'industria o i servizi, deve sottostare agli ulteriori e più severi limiti derivanti dagli artt. 14 e 17 dello statuto della Regione siciliana (rispettivamente, riforme agrarie e industriali deliberate dalla Costituente e principi e interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato), dall'art. 4 dello statuto della Regione Friuli-Venezia Giulia (principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica, norme fondamentali delle riforme economico-sociali, interessi nazionali e delle altre regioni) e dall'art. 2 dello statuto della Regione Valle d'Aosta (principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, interessi nazionali, norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica).

Di conseguenza, si può fare esclusivo riferimento all'art. 117 Cost., in quanto la potestà legislativa da esso conferita assicura una autonomia più ampia di quella prevista dagli statuti speciali. La questione può dunque essere affrontata in termini unitari.

8.2. - Va premesso che non è idonea a escludere un'eventuale lesione della potestà legislativa regionale la previsione contenuta nell'art. 1, comma 1-bis, del decreto-legge n. 223, in base alla quale «le disposizioni di cui al presente decreto si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano in conformità agli statuti speciali e alle relative norme di attuazione». Secondo la giurisprudenza di questa Corte, simili clausole, formulate in termini generici, non hanno l'effetto di escludere una lesione della potestà legislativa regionale (sentenze nn. 165 e 162 del 2007 e nn. 234, 118 e 88 del 2006).

8.3. - Le disposizioni impugnate definiscono il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime. Tali disposizioni sono fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le

condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza.

Le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza.

Ciò premesso, occorre valutare sia l'oggetto della disciplina, sia la sua finalità.

8.4. - Dal primo punto di vista, le disposizioni in esame riguardano l'attività di società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali. Si tratta di un oggetto che può rientrare nella materia dell'organizzazione amministrativa, di competenza legislativa regionale, o, al pari delle previsioni in materia di contratti, pure contenute nell'articolo impugnato, nella materia dell'«ordinamento civile», di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

L'ambito di tale ultima materia è stato precisato da questa Corte. Essa ha affermato che la potestà legislativa dello Stato comprende gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale; che essa non è esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche; che essa comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato; che in essa sono inclusi istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica (sentenze nn. 159 e 51 del 2008, nn. 438 e 401 del 2007 e n. 29 del 2006).

La disciplina censurata non rientra nella materia dell'organizzazione amministrativa perché non è rivolta a regolare una forma di svolgimento dell'attività amministrativa. Essa rientra, invece, nella materia - definita prevalentemente in base all'oggetto - «ordinamento civile», perché mira a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private.

8.5. - Dal secondo punto di vista, le disposizioni impugnate hanno il dichiarato scopo di tutelare la concorrenza.

Questa Corte ha così delimitato la «tutela della concorrenza»: la titolarità della relativa potestà legislativa consente allo Stato di adottare misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e misure di liberalizzazione dei mercati stessi; queste misure possono anche essere volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati; l'intervento statale può consistere nell'emanaione di una disciplina analitica, la quale può influire su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni; spetta alla Corte effettuare un rigoroso scrutinio delle relative norme statali, volto ad accertare se l'intervento normativo sia coerente con i principi della concorrenza, e se esso sia proporzionato rispetto a questo fine (sentenze nn. 63 e 51 del 2008 e nn. 421, 401, 303 e 38 del 2007).

L'obiettivo delle disposizioni impugnate è quello di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Dunque, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire

che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza. Essa rientra, quindi, nella materia - definita prevalentemente in base al fine - della «tutela della concorrenza».

8.6. - Si può riassuntivamente affermare che le disposizioni impugnate sono riconducibili alla competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile, in quanto volte a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato, e alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, in quanto volte a eliminare distorsioni della concorrenza stessa.

8.7. - Ai fini della riconducibilità della disciplina contestata alla tutela della concorrenza, resta da valutare, indipendentemente da valutazioni di merito sul suo contenuto, la proporzionalità di tale disciplina e, quindi, la sua idoneità a perseguire finalità inerenti alla tutela della concorrenza (sentenze nn. 452 e 401 del 2007). Questo scrutinio va operato distintamente per le varie previsioni dell'articolo impugnato.

Vengono in considerazione, in primo luogo, quelle che impediscono alle società in questione di operare per soggetti diversi dagli enti territoriali soci o affidanti, imponendo di fatto una separazione societaria, e obbligandole ad avere un oggetto sociale esclusivo. Esse mirano ad assicurare la parità nella competizione, che potrebbe essere alterata dall'accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati. Da questo punto di vista, esse non appaiono irragionevoli, né sproporzionate rispetto alle esigenze indicate.

Va valutato, in secondo luogo, il divieto di detenere partecipazioni in altre società o enti. Esso è complementare rispetto alle altre disposizioni considerate. È volto, infatti, a evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, le attività loro precluse. La disposizione impugnata vieta loro non di detenere qualsiasi partecipazione o di aderire a qualsiasi ente, ma solo di detenere partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse. Intesa in questi termini, la norma appare proporzionata rispetto al fine di tutela della concorrenza.

Infine, le ulteriori disposizioni, che dettano una disciplina transitoria e dispongono in ordine ai contratti conclusi successivamente all'entrata in vigore del decreto-legge, costituiscono sanzione e complemento delle disposizioni finora considerate e, a loro volta, regolano non irragionevolmente la fase di adeguamento alla nuova disciplina da parte delle società destinatarie di essa.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE
riuniti i giudizi,

1) *dichiara* inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante «Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale», convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, sollevata dalle Regioni Veneto, siciliana, Friuli-Venezia Giulia e Valle d'Aosta in riferimento all'art. 3 della Costituzione, con i ricorsi in epigrafe;

2) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale della stessa norma sollevata dalle Regioni siciliana e Friuli-Venezia Giulia, in riferimento all'art. 41 Cost., con i ricorsi in epigrafe;

3) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale della stessa norma sollevata dalle Regioni Veneto e Friuli-Venezia Giulia, in riferimento all'art. 119 Cost., con i ricorsi in epigrafe;

4) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale della stessa norma sollevata dalla Regione Veneto, in riferimento agli artt. 114, 118 e 120 Cost., con i ricorsi in epigrafe;

5) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, sollevata dalle Regioni Veneto, siciliana, Friuli-Venezia Giulia e Valle d'Aosta, con i ricorsi in epigrafe, con riferimento all'art. 117 Cost.; agli artt. 14, lettera p), e 17, lettera i), dello statuto della Regione siciliana; agli artt. 4, n. 1, n. 1-bis e n. 6, 8 e 48 e seguenti dello statuto della Regione Friuli-Venezia Giulia; e all'art. 2, comma 1, lettere a) e b), dello statuto della Regione Valle d'Aosta.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 30 luglio 2008.

F.to:

Franco BILE, Presidente

Sabino CASSESE, Redattore

Giuseppe DI PAOLA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria l'1 agosto 2008.

8. Sentenza della Corte Costituzionale n. 325 del 17 novembre 2010 in tema di disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali.

La nozione, presente nel diritto italiano, di "servizio pubblico locale di rilevanza economica" coincide con la nozione comunitaria di "servizio di interesse economico generale". Entrambe le nozioni infatti si riferiscono ad un servizio che i) è reso mediante un'attività economica; ii) fornisce prestazioni considerate necessarie nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini.

Le discipline nazionali e comunitaria dei servizi rientranti in tali nozioni divergono in ordine all'individuazione delle eccezioni alla regola dell'affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica dei servizi stessi.

Le differenze tuttavia non fanno venir meno la compatibilità del diritto nazionale con quello comunitario.

La Corte Costituzionale, nell'ambito di un giudizio introdotto da alcune regioni, volto a censurare alcune disposizioni in tema di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ha affermato che *"In ambito comunitario non viene mai utilizzata l'espressione «servizio pubblico locale di rilevanza economica», ma solo quella di «servizio di interesse economico generale» (SIEG), [...] ma, in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria [...] e dalla Commissione europea [...] emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno «contenuto omologo».*

"Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato» [...] b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni. [...] Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica.

La Corte rileva che *"la disciplina comunitaria del SIEG e quella censurata del SPL divergono, invece, in ordine all'individuazione delle eccezioni alla suddetta regola"*. Tuttavia ritiene che le differenze tra le due discipline non siano tali da far venir meno la loro compatibilità.

SENTENZA N. 325
ANNO 2010

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Francesco	AMIRANTE	Presidente
- Ugo	DE SIERO	Giudice
- Paolo	MADDALENA	"
- Alfio	FINOCCHIARO	"
- Alfonso	QUARANTA	"
- Franco	GALLO	"
- Luigi	MAZZELLA	"
- Gaetano	SILVESTRI	"
- Sabino	CASSESE	"
- Giuseppe	TESAURO	"
- Paolo Maria	NAPOLITANO	"
- Giuseppe	FRIGO	"
- Alessandro	CRISCUOLO	"
- Paolo	GROSSI	"

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, nel testo originario ed in quello modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee), convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166; dell'art. 15, comma 1-ter, dello stesso decreto-legge n. 135 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166 del 2009; dell'art. 4, commi 1, 4, 5, 6 e 14 della legge della Regione Liguria 28 ottobre 2008, n. 39 (Istituzione delle Autorità d'Ambito per l'esercizio delle funzioni degli enti locali in materia di risorse idriche e gestione rifiuti ai sensi del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. Norme in materia ambientale); dell'art. 1, comma 1, della legge della Regione Campania 21 gennaio 2010, n. 2 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della regione Campania – Legge finanziaria anno 2010); promossi dalle Regioni Emilia-Romagna (mediante due ricorsi), Liguria (mediante due ricorsi), Piemonte (mediante due ricorsi), Puglia, Toscana, Umbria e Marche e dal Presidente del Consiglio dei ministri (mediante due ricorsi), notificati il 20 ottobre 2008, il 21 gennaio 2010, il 20 ottobre 2008, il 22 gennaio 2010, il 20 ottobre 2008, il 29 gennaio, il 9 gennaio, il 22 gennaio, il 21 gennaio ed il 22 gennaio 2010, il 30 dicembre 2008 e il 20 marzo 2010,

depositati in cancelleria il 22 ottobre 2008, il 28 gennaio 2010, il 22 ottobre 2008, il 27 gennaio, il 27 ottobre, il 29 gennaio, il 18 gennaio, il 27 gennaio, il 28 gennaio ed il 29 gennaio 2010, il 2 gennaio 2009 e il 30 marzo 2010, ed iscritti ai nn. 69 del registro ricorsi 2008, 13 del registro ricorsi 2010, 72 del registro ricorsi 2008, 12 del registro ricorsi 2010, 77 del registro ricorsi 2008, 16, 6, 10, 14 e 15 del registro ricorsi 2010, 2 del registro ricorsi 2009, 51 del registro ricorsi 2010.

Visti gli atti di costituzione del Presidente del Consiglio dei ministri e delle Regioni Liguria e Campania;

uditio nell'udienza pubblica del 5 ottobre 2010 il Giudice relatore Franco Gallo;

uditi gli avvocati Giandomenico Falcon, Franco Mastragostino e Luigi Manzi per la Regione Emilia-Romagna, Giandomenico Falcon, Luigi Manzi e Luigi Piscitelli per la Regione Liguria, Alberto Romano e Roberto Cavallo Perin per la Regione Piemonte, Nicola Colaianni e Adriana Shiroka per la Regione Puglia, Lucia Bora per la Regione Toscana, Giandomenico Falcon e Luigi Manzi per la Regione Umbria, Stefano Grassi per la Regione Marche, Vincenzo Cocozza per la Regione Campania e gli avvocati dello Stato Chiarina Aiello, Giuseppe Albenzio e Paolo Gentili per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

[omissis]

Considerato in diritto

1. – Le questioni sottoposte all'esame della Corte con i ricorsi indicati in epigrafe sono state promosse dalle Regioni Emilia-Romagna (registro ricorsi n. 69 del 2008 e n. 13 del 2010), Liguria (registro ricorsi n. 72 del 2008 e n. 12 del 2010), Piemonte (registro ricorsi n. 77 del 2008 e 16 del 2010), Puglia (registro ricorsi n. 6 del 2010), Toscana (registro ricorsi n. 10 del 2010), Umbria (registro ricorsi n. 14 del 2010), Marche (registro ricorsi n. 15 del 2010), nonché dal Presidente del Consiglio dei ministri (registro ricorsi n. 2 del 2009 e n. 51 del 2010).

1.1. – Le disposizioni censurate dalle Regioni possono essere suddivise in tre gruppi: a) un primo gruppo, relativo al testo originario (e non più vigente) dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria) – articolo aggiunto dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133, ed entrato in vigore, in forza dell'art. 1, comma 4, di detta legge, in data 22 agosto 2008 – comprende i commi 1, 2, 3, 4, 7, 8 e 10 di tale articolo (ricorso n. 69 del 2008, Emilia-Romagna; ricorso n. 72 del 2008, Liguria; ricorso n. 77 del 2008, Piemonte); b) un secondo gruppo, relativo al testo vigente dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 – articolo aggiunto dalla legge di conversione n. 133 del 2008, e modificato del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della corte di giustizia delle Comunità europee), convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, entrato in vigore il 26 settembre 2009 e, per le parti modificate, il 25 novembre 2009 – comprende i commi 2, 3, 4, 4-bis, 8, 9 e 10, di tale articolo (ricorso n. 6 del 2010, Puglia; ricorso n. 10 del 2010, Toscana; ricorso n. 12 del 2010, Liguria; ricorso n. 13 del 2010, Emilia-Romagna; ricorso n. 14 del 2010, Umbria; ricorso n. 15 del 2010, Marche; ricorso n. 16 del 2010, Piemonte); c) un terzo gruppo comprende il solo comma 1-ter dell'art. 15 del citato decreto-legge n. 135 del

2009, comma entrato in vigore in data 26 settembre 2009, in forza dell'art. 21 del medesimo decreto-legge (ricorso n. 15 del 2010, Marche).

Tali gruppi di disposizioni introducono novità normative rilevanti nella disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali (SPL) e del diritto transitorio degli affidamenti già in corso.

In particolare, si prevede che: a) l'affidamento del SPL in via ordinaria, mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, riguarda non solo le società di capitali – come nella previgente normativa – ma, più in generale, gli «imprenditori o [...] società in qualunque forma costituite» (comma 2 del testo originario e del testo vigente dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008); b) l'affidamento diretto – cioè senza gara ad evidenza pubblica – della gestione del SPL a società miste il cui socio privato sia scelto mediante procedure competitive ad evidenza pubblica costituisce un caso di conferimento della gestione «in via ordinaria», alla duplice condizione che la procedura di gara riguardi non solo la qualità di socio, ma anche l'attribuzione di «specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio» e che al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40% (comma 2 del testo attualmente vigente dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008); c) l'affidamento diretto «in deroga» ai conferimenti effettuati in via ordinaria richiede una previa «pubblicità adeguata» e una motivazione di detta scelta da parte dell'ente in base ad un'«analisi di mercato», oltre alla trasmissione di una «relazione» dall'ente affidante alle autorità di settore, ove costituite (testo originario dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008), ovvero all'Autorità garante della concorrenza e del mercato – AGCM (testo vigente dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008), per un parere obbligatorio ma non vincolante, che deve essere reso entro 60 giorni dalla ricezione; d) l'affidamento diretto deve – ai sensi dei commi 3 e 4 del testo originario dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008 – «avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria», con l'ulteriore presupposto che sussistano «situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato»; e) lo stesso affidamento deve, invece, avvenire – ai sensi dei commi 3 e 4 del testo attualmente vigente del medesimo art. 23-*bis* – con le forme della gestione *in house*, nel rispetto delle condizioni richieste dal diritto comunitario, previo parere della sola AGCM, con l'ulteriore presupposto della sussistenza di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato»; f) i bacini di gara per i diversi servizi sono definiti, nel rispetto delle normative settoriali, dalle Regioni e dagli enti locali d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 (comma 7 dell'art. 23-*bis*, sia nella versione originaria che in quella vigente); g) è abrogato, nelle parti incompatibili con la nuova disciplina, l'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico sugli enti locali), in seguito indicato come TUEL, concernente l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (comma 11 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, sia nella versione originaria che in quella vigente); h) il Governo ha il potere di adottare regolamenti di delegificazione sia nelle materie di cui al comma 10 dell'art. 23-*bis* (come disposto nella versione originaria ed in quella vigente dell'art. 23-*bis*), sia per

la determinazione delle soglie minime oltre le quali gli affidamenti «assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere» dell'AGCM (come disposto dal comma 4-bis nella versione vigente dell'art. 23-bis); i) gli affidamenti diretti già in essere al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa cessano al 31 dicembre 2010 (versione originaria del comma 8 dell'art. 23-bis) o in date successive, a partire dal 31 dicembre 2011, a seconda delle diverse tipologie degli affidamenti stessi (versione vigente del comma 8 dell'art. 23-bis); l) «Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-bis del citato decreto-legge n. 112 del 2008 [...] devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio» (comma 1-ter, dell'art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166 del 2009).

1.2. – Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato, a sua volta, due gruppi di disposizioni di leggi regionali.

1.2.1. – Il primo gruppo di disposizioni censurate (ricorso n. 2 del 2009) è costituito dai commi 1, 4, 5, 6 e 14 dell'art. 4 della legge della Regione Liguria 28 ottobre 2008, n. 39 (Istituzione della Autorità d'Ambito per l'esercizio delle funzioni degli enti locali in materia di risorse idriche e gestione dei rifiuti ai sensi del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 – Norme in materia ambientale). Detti commi stabiliscono: a) la competenza della Giunta regionale ad approvare lo schema-tipo di contratto di servizio e di convenzione per il servizio idrico integrato (comma 1); b) la competenza dell'Autorità d'ambito a provvedere all'affidamento del servizio idrico integrato, «nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del d.lgs. 267/2000 e delle modalità di cui agli articoli 150 e 172 del d.lgs. 152/2006» (comma 4); c) la cessazione delle concessioni esistenti e il relativo regime transitorio degli affidamenti del servizio idrico integrato effettuati senza gara, attraverso il rinvio alle disposizioni di cui all'art. 113, comma 15-bis, TUEL (commi 5 e 6); d) la competenza delle Autorità d'ambito territoriale ottimale a definire i contratti di servizio, gli obiettivi qualitativi dei servizi erogati, il monitoraggio delle prestazioni, gli aspetti tariffari, la partecipazione dei cittadini e delle associazioni dei consumatori (comma 14).

1.2.2. – Il secondo gruppo di disposizioni censurate dallo Stato (ricorso n. 51 del 2010) è costituito dal comma 1 dell'art. 1 della legge della Regione Campania 21 gennaio 2010, n. 2 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione Campania – Legge finanziaria anno 2010), il quale stabilisce la competenza della medesima Regione a disciplinare il servizio idrico integrato regionale come servizio privo di rilevanza economica ed a stabilire autonomamente sia le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio sia il termine di decadenza degli affidamenti in essere.

2. – Le Regioni hanno promosso questioni in riferimento agli artt. 3, 5, 41, 97, 114, 117, primo, secondo, terzo, quarto, sesto comma, 118 e 119, sesto comma, e 120 della Costituzione. Ad integrazione del parametro costituito dal primo comma dell'art. 117 Cost., alcune Regioni, hanno evocato quali norme interposte:

a) la Carta europea dell'autonomia locale (in specie gli artt. 3, comma 1, 4, commi 2 e 4), firmata, nell'ambito del Consiglio d'Europa, a Strasburgo il 15 ottobre 1985, e

ratificata dalla legge 30 dicembre 1989, n. 439 (Ratifica ed esecuzione della convenzione europea relativa alla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985);

b) il «diritto comunitario»;

c) i «principi del diritto comunitario di libertà degli individui e di autonomia degli enti territoriali»; d) gli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

In base alle prospettazioni delle ricorrenti, tali questioni possono essere distinte nei sette seguenti nuclei tematici, per i primi quattro dei quali, in considerazione della loro incidenza sull'intero tessuto normativo censurato, è opportuna una trattazione generale e preliminare. Le conclusioni cui si perverrà all'esito di tale trattazione costituiranno la base della decisione delle singole questioni, che saranno in seguito esaminate analiticamente.

Il primo nucleo tematico attiene alla ricostruzione del rapporto tra la disciplina dei SPL ricavabile dall'ordinamento dell'Unione europea e dalla Carta europea dell'autonomia locale e quella dettata con le disposizioni censurate. Tale ricostruzione è necessaria al fine di valutare le opposte prospettazioni delle parti, secondo le quali le particolari – e più restrittive rispetto alla legislazione italiana anteriore – condizioni fissate dal censurato comma 3 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 (sia nella versione originaria che in quella vigente) per l'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali, costituirebbero una obbligatoria applicazione (secondo la difesa dello Stato) oppure una violazione (secondo le ricorrenti) del diritto dell'Unione.

Il secondo nucleo tematico attiene all'individuazione della sfera di competenza in cui, secondo la Costituzione, si colloca la normativa denunciata: se – come afferma lo Stato – nell'ambito costituzionale della tutela della concorrenza, o di altra competenza esclusiva statale, oppure – come afferma la maggioranza delle ricorrenti – nell'ambito della materia dei servizi pubblici locali, di competenza regionale residuale; o ancora, come afferma la Regione Marche, nell'ambito della potestà regolamentare degli enti locali di cui all'art. 117, sesto comma, Cost.; o infine, come afferma la Regione Puglia, nell'ambito della competenza regionale concorrente in materia di tutela della salute e alimentazione.

Il terzo nucleo tematico – nel caso in cui si ritenesse sussistere la competenza esclusiva statale per la tutela della concorrenza – attiene alla valutazione della censura secondo cui la normativa denunciata violerebbe il principio di ragionevolezza, sotto il profilo della proporzionalità ed adeguatezza, e, per l'effetto, lederebbe la sfera di competenza legislativa o regolamentare riservata alle Regioni a statuto ordinario.

Il quarto nucleo tematico attiene alla individuazione della competenza regionale o statale nella determinazione della rilevanza economica dei SPL, cioè del presupposto stesso per l'applicazione della normativa relativa a tali servizi. Tale problema, nella prospettiva della ricorrente Regione Marche, si pone anche nel caso in cui si ritenga che la suddetta normativa sia riconducibile alla materia della tutela della concorrenza e sia proporzionata ed adeguata.

Il quinto nucleo tematico ha per oggetto la violazione degli artt. 3 e 97 Cost., sotto il profilo dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, in relazione a quanto stabilito dal censurato art. 23-bis del d.l n. 112 del 2008, interpretato nel senso che la

scelta dell'ente locale di procedere all'affidamento «in via ordinaria» dei SPL non è onerata di obblighi motivazionali analoghi a quelli previsti per l'affidamento «in deroga» (vale a dire, per l'affidamento *in house*).

Il sesto nucleo tematico riguarda l'asserita irragionevole diversità di disciplina fra il servizio idrico integrato e gli altri servizi pubblici locali.

Il settimo nucleo tematico attiene alla lamentata violazione dell'autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali.

3. – Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni in riferimento agli artt. 117, primo e secondo comma, lettere *e*) ed *s*), Cost. e alle seguenti norme interposte: a) per le questioni riguardanti la legge della Regione Liguria n. 39 del 2008, l'art. 161, comma 4, lettera *c*), del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), nonché l'art. 23-*bis*, commi 2, 3, 8, 9 e 11, del decreto-legge n. 112 del 2008; b) per le questioni riguardanti la legge della Regione Campania n. 2 del 2010, gli artt. 141 e 154 del d.lgs. n. 152 del 2006, l'art. 23-*bis*, commi 2, 3, 8, 9 e 11, del decreto-legge n. 112 del 2008, il decreto-legge n. 135 del 2009, nonché l'art. 113 del TUEL.

Tali questioni hanno per oggetto: a) l'individuazione della sfera di competenza in cui, secondo la Costituzione, si colloca la normativa regionale denunciata: se – come afferma lo Stato – nell'ambito costituzionale della tutela della concorrenza o tutela dell'ambiente oppure – come affermano le Regioni resistenti – della materia dei servizi pubblici locali (di competenza regionale residuale); b) la valutazione della sussistenza del denunciato contrasto tra la normativa regionale e le evocate norme interposte statali.

4. – Le predette questioni di legittimità costituzionale, là dove promosse nell'ambito di uno stesso ricorso unitamente ad altre, devono essere trattate separatamente da queste ultime, essendo opportuno procedere ad un esame distinto. I giudizi, così separati e delimitati nell'oggetto, devono quindi tra loro riunirsi, per essere congiuntamente trattati e decisi, in considerazione della parziale identità di materia delle norme censurate e delle questioni prospettate.

5. – Con memoria depositata in prossimità dell'udienza, la difesa dello Stato ha eccepito l'inammissibilità della costituzione della Regione Campania nel giudizio relativo al ricorso n. 51 del 2010. Sostiene il ricorrente che detta costituzione è stata deliberata da un organo privo della relativa competenza, essendo stata adottata con decreto dirigenziale dell'avvocato coordinatore, su proposta del dirigente del settore contenzioso amministrativo e tributario e non dalla Giunta regionale.

L'eccezione è stata accolta da questa Corte con ordinanza pronunciata all'udienza del 5 ottobre 2010, sul rilievo che, a norma dell'art. 32, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, «La questione di legittimità costituzionale, previa deliberazione della Giunta regionale [...], è promossa dal Presidente della Giunta» e, in tale competenza ad autorizzare la promozione dei giudizi di costituzionalità, deve ritenersi compresa anche la deliberazione di costituirsi in tali giudizi, data la natura politica della valutazione che i due atti richiedono (nello stesso senso, l'ordinanza letta all'udienza del 25 maggio 2010 e relativa al giudizio deciso con la sentenza n. 225 del 2010).

6. – Il primo dei sopra indicati nuclei tematici attiene – come si è visto – al rapporto tra le disposizioni censurate e la disciplina dei SPL desumibile dall'ordinamento dell'Unione europea e dalla Carta europea dell'autonomia locale. Secondo alcune

ricorrenti, le suddette disposizioni, ponendosi in contrasto con la normativa comunitaria ed internazionale, violano il primo comma dell'art. 117 Cost., là dove questo vincola la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali. Secondo la difesa dello Stato, invece, la stessa formulazione del comma 1 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 («le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria [...]») evidenzia che le disposizioni oggetto di censura, in particolare quelle relative all'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali, costituiscono un'obbligatoria applicazione del diritto dell'Unione e non contrastano con la citata Carta europea dell'autonomia locale.

Nessuna di tali due opposte prospettazioni è condivisibile, perché le disposizioni censurate dalle ricorrenti non costituiscono né una violazione né un'applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale, ma sono semplicemente con questa compatibili, integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l'evocato primo comma dell'art. 117 Cost. Tale conclusione va argomentata procedendo al raffronto delle disposizioni censurate sia con la normativa comunitaria che con quella internazionale evocate a parametro interposto.

6.1. – In ambito comunitario non viene mai utilizzata l'espressione «servizio pubblico locale di rilevanza economica», ma solo quella di «servizio di interesse economico generale» (SIEG), rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Detti articoli non fissano le condizioni di uso di tale ultima espressione, ma, in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (*ex multis*, Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c. Italia*) e dalla Commissione europea (in specie, nelle Comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel Libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003), emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno «contenuto omologo», come riconosciuto da questa Corte con la sentenza n. 272 del 2004. Lo stesso denunciato comma 1 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 – nel dichiarato intento di disciplinare i «servizi pubblici locali di rilevanza economica» per favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti «gli operatori economici interessati alla gestione di servizi pubblici di interesse generale in ambito locale» – conferma tale interpretazione, attribuendo espressamente ai SPL di rilevanza economica un significato corrispondente a quello di «servizi di interesse generale in ambito locale» di rilevanza economica, di evidente derivazione comunitaria.

Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che:

a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato» (come si esprimono sia la citata sentenza della Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c. Italia*, sia le sentenze della stessa Corte 10 gennaio 2006, C-222/04, *Ministero dell'economia e delle finanze*, e 16

marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44);

b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV*). Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica.

Per quanto qui interessa, la disciplina comunitaria del SIEG e quella censurata del SPL divergono, invece, in ordine all'individuazione delle eccezioni alla suddetta regola. Occorre pertanto accettare se le differenze tra le due discipline siano tali da far venir meno, come sostengono le Regioni ricorrenti, la loro compatibilità. Tale accertamento, come si vedrà in seguito, avrà esito negativo.

Una prima differenza è rappresentata dalla gestione diretta del SPL da parte dell'autorità pubblica. La normativa comunitaria la ammette nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE; *ex plurimis*, sentenze della Corte di giustizia UEE 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, punti 48 e 49, e 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea S.r.l.*). In tale ipotesi l'ordinamento comunitario, rispettoso dell'ampia sfera discrezionale attribuita in proposito agli Stati membri, si riserva solo di sindacare se la decisione dello Stato sia frutto di un "errore manifesto". La censurata disciplina nazionale, invece, rappresenta uno sviluppo del diverso principio generale costituito dal divieto della gestione diretta del SPL da parte dell'ente locale; divieto introdotto dai non censurati art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002) e art. 14 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326. Da quanto precede, è dunque evidente che:

- a) la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale;
- b) lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei SPL ed ha, perciò, emanato una normativa che pone tale divieto.

Una seconda differenza riguarda l'affidamento della gestione del servizio alle società miste, cioè con capitale in parte pubblico ed in parte privato (cosiddetto PPP, partenariato pubblico e privato). La normativa comunitaria consente l'affidamento diretto del servizio (cioè senza una gara ad evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario) alle società miste nelle quali si sia svolta una gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato e richiede sostanzialmente che tale socio sia un socio «industriale» e non meramente «finanziario» (in tal senso, in particolare, il Libro verde della Commissione del 30 aprile 2004), senza espressamente richiedere alcun limite, minimo o massimo, della partecipazione del socio privato. Il testo

originario dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 non prevede una disciplina specifica per tale tipo di affidamento e dà per scontato che la suddetta modalità di scelta del socio rientri nella regola comunitaria dell'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica, restando irrilevante che tale gara abbia ad oggetto la scelta del socio privato invece dell'affidatario. La disciplina interna e quella comunitaria sul punto sono, dunque, identiche. Anche il testo vigente dello stesso art. 23-bis è conforme alla normativa comunitaria, nella parte in cui consente l'affidamento diretto della gestione del servizio, «in via ordinaria», ad una società mista, alla doppia condizione che la scelta del socio privato «avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica» e che a tale socio siano attribuiti «specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio» (cosiddetta gara ad evidenza pubblica a doppio oggetto: scelta del socio e attribuzione degli specifici compiti operativi). La stessa nuova formulazione dell'art. 23-bis si discosta, però, dal diritto comunitario nella parte in cui pone l'ulteriore condizione, al fine del suddetto affidamento diretto, che al socio privato sia attribuita «una partecipazione non inferiore al 40 per cento». Tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, come sopra ricordato, ma neppure vietata) si risolve in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento diretto del servizio e, quindi, la sua previsione perviene al risultato di far eS.p.A.ndere i casi in cui deve essere applicata la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Ne consegue, anche in questo caso, la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria.

Una terza differenza attiene alle ipotesi di affidamento diretto del servizio «in deroga» alle ipotesi di affidamento in via ordinaria (versione originaria dell'art. 23-bis), che si identificano nella gestione denominata *in house* (come chiarito dalla versione vigente dello stesso art. 23-bis). Secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti tale tipo di gestione ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto (capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di «contenuto analogo» a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante) debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo l'*in house providing* un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tale eccezione viene giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'*in house contract* configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo. Nondimeno, la giurisprudenza comunitaria non pone ulteriori requisiti per procedere a tale tipo di affidamento diretto, ma si limita a chiarire via via la concreta portata delle suddette tre condizioni. Viceversa, il legislatore nazionale, nella versione vigente dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, non soltanto richiede espressamente, per l'affidamento diretto *in house*, la sussistenza delle suddette tre condizioni poste dal diritto comunitario, ma esige il concorso delle seguenti ulteriori condizioni:

a) una previa «pubblicità adeguata» e una motivazione della scelta di tale tipo di affidamento da parte dell'ente in base ad un'«analisi di mercato», con successiva trasmissione di una «relazione» dall'ente affidante alle autorità di settore, ove costituite (testo originario dell'art. 23-bis), ovvero all'AGCM (testo vigente dell'art.

23-bis), per un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante, che deve essere reso entro 60 giorni dalla ricezione;

b) la sussistenza di «situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» (commi 3 e 4 del testo originario dell'art. 23-bis), ovvero di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» (commi 3 e 4 del testo vigente del medesimo art. 23-bis), «non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato». Siffatte ulteriori condizioni, sulle quali si appuntano particolarmente le censure delle ricorrenti, si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione *in house* del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica. Ciò comporta, evidentemente, un'applicazione più estesa di detta regola comunitaria, quale conseguenza di una precisa scelta del legislatore italiano. Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato –, ma neppure si pone in contrasto – come sostenuto, all'opposto, dalle ricorrenti – con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri. È infatti innegabile l'esistenza di un "margin di apprezzamento" del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza "nel" mercato e "per" il mercato. Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici – di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario. L'identità del "verso" delle discipline interna e comunitaria esclude, pertanto, ogni contrasto od incompatibilità anche per quanto riguarda la indicata terza differenza.

6.2. – Per quanto attiene alla dedotta violazione della Carta europea dell'autonomia locale di cui alla legge n. 439 del 1989, alcune ricorrenti deducono che le disposizioni censurate si pongono in contrasto con i seguenti articoli della Carta:

a) art. 3, comma 1, secondo cui, «per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici»;

b) art. 4, comma 2, secondo cui «le collettività locali hanno, nell'ambito della legge, ogni più ampia facoltà di prendere iniziative proprie per qualsiasi questione che non esuli dalla loro competenza o sia assegnata ad un'altra autorità»;

c) art. 4, comma 4, secondo cui «le competenze affidate alle collettività locali devono di regola essere complete ed integrali» e «possono essere messe in causa o limitate da un'altra autorità, centrale o regionale, solamente nell'ambito della legge». La violazione della suddetta convenzione internazionale deriverebbe, secondo la prospettazione delle ricorrenti, dalla lesione dell'autonomia dell'ente pubblico garantita dal parametro evocato. Lesione, questa, che sarebbe determinata dall'introduzione di vincoli e specifici aggravi procedurali in ordine alla scelta, da

parte degli enti pubblici, di assumere essi stessi la gestione diretta del servizio idrico integrato, cioè di una delle funzioni fondamentali dei Comuni.

Il denunciato contrasto con detta Carta non sussiste per le seguenti ragioni.

Innanzitutto, va rilevato che – secondo quanto esposto *supra* al punto 6.1. – già l'art. 35 della legge n. 448 del 2001, nel sostituire l'art. 113 TUEL, aveva escluso per i servizi pubblici locali «di rilevanza industriale» (secondo la definizione dell'epoca; poi definiti «di rilevanza economica» per effetto dell'art. 14 del decreto-legge n. 269 del 2003, modificativo, appunto, dell'art. 113 TUEL) ogni gestione diretta, in economia oppure tramite aziende speciali, da parte dell'ente pubblico. Lo stesso art. 35, al comma 8, aveva altresì imposto alle aziende speciali esistenti di trasformarsi in società di capitali entro il 31 dicembre 2002. L'esclusione della gestione diretta non è dunque innovativamente disposta, ma solo mantenuta, dall'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, con la conseguenza che il denunciato contrasto con la Carta non è ipotizzabile rispetto alle norme censurate, ma solo, eventualmente, rispetto ai suddetti non censurati artt. 35 della legge n. 448 del 2001 e 14 del decreto-legge n. 269 del 2003.

In secondo luogo, va osservato che le ricorrenti prospettano la censura muovendo dal dichiarato presupposto che il servizio idrico costituisca una delle funzioni fondamentali dell'ente pubblico ed assumono che tali funzioni siano specificamente tutelate dalla Carta. Tuttavia, proprio tale presupposto è privo di fondamento, perché, come questa Corte ha più volte affermato, detto servizio non costituisce funzione fondamentale dell'ente locale (sentenze n. 307 del 2009 e n. 272 del 2004).

In terzo luogo, va evidenziato che gli evocati articoli della Carta europea dell'autonomia locale non hanno uno specifico contenuto precettivo, ma sono prevalentemente definitori (art. 3, comma 1), programmatici (art. 4, comma 2) e, comunque, generici (art. 4, comma 4). Inoltre, la stessa Carta, al comma 1 dell'evocato art. 4, afferma, con previsione di carattere generale, che «le competenze di base delle collettività locali sono stabilite dalla Costituzione o dalla legge», con ciò rinviando alla normativa nazionale la definizione del quadro generale delle competenze.

7. – Il secondo nucleo tematico delle questioni proposte attiene all'individuazione della sfera di competenza in cui, secondo la Costituzione, deve collocarsi la normativa denunciata. In particolare, questa Corte è chiamata a verificare se tale normativa rientra nell'ambito costituzionale della competenza esclusiva statale e, segnatamente, della tutela della concorrenza; o di quello della competenza regionale residuale e, segnatamente, della materia dei servizi pubblici locali; o, ancora, nell'ambito della potestà regolamentare degli enti locali di cui all'art. 117, sesto comma, Cost.; o, infine, se si tratti di un'ipotesi di concorso di competenze.

In proposito, va ribadito che – come questa Corte ha più volte affermato – la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica:

a) non è riferibile alla competenza legislativa statale in tema di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, secondo comma, lettera *m*, Cost.), perché riguarda, appunto, i servizi di rilevanza economica e non attiene, comunque, alla determinazione di livelli essenziali (sentenza n. 272 del 2004);

b) non può essere ascritta neppure all'ambito delle «funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e Città metropolitane» (art. 117, secondo comma, lettera *p*, Cost.), perché «la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale» (sentenza n. 272 del 2004) e, quindi, «non riguarda [...] profili funzionali degli enti locali» (sentenza n. 307 del 2009, al punto 6.1.);

c) va ricondotta, invece, all'ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, «tutela della concorrenza», prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera *e*, Cost., tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato (*ex plurimis*, sentenze n. 314, n. 307, n. 304 e n. 160 del 2009; n. 326 del 2008; n. 401 del 2007; n. 80 e n. 29 del 2006; n. 272 del 2004). Di conseguenza, con riguardo alla concreta disciplina censurata, la competenza statale viene a prevalere sulle invocate competenze legislative regionali e regolamentari degli enti locali e, in particolare, su quella in materia di servizi pubblici locali, proprio perché l'oggetto e gli scopi che caratterizzano detta disciplina attengono in via primaria alla tutela e alla promozione della concorrenza (sentenze n. 142 del 2010, n. 246 e n. 148 del 2009, n. 411 e n. 322 del 2008).

Tali conclusioni risultano avvalorate dalla «nozione comunitaria di concorrenza», che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *e*, Cost., anche per il tramite del primo comma dello stesso art. 117 e dell'art. 11 Cost.; nozione richiamata anche dall'art. 1, comma 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato). Secondo tale nozione, la concorrenza presuppone «la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi» (sentenza n. 401 del 2007). Essa pertanto – come affermato in numerose pronunce di questa Corte (sentenze n. 270, n. 232 e n. 45 del 2010; n. 314 del 2009 e n. 148 del 2009; n. 63 del 2008; n. 430 e n. 401 del 2007; n. 272 del 2004) – può essere tutelata mediante tipi diversi di interventi regolatori, quali:

1) «misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati» (*misure antitrust*);

2) misure legislative di promozione, «che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero espandersi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (per lo più dirette a tutelare la concorrenza “nel” mercato);

3) misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (dirette a tutelare la concorrenza “per” il mercato).

Nell'ambito di tali misure e, in particolare, di quelle al punto 3), rientra espressamente la previsione di procedure concorsuali competitive di evidenza pubblica volte – come quelle di specie – a garantire il rispetto, per un verso, dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza e, per l'altro, delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri, al fine di assicurare la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione.

Anche tali rilievi, basati sul diritto comunitario, confermano pertanto che la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali rientra nella materia «tutela della concorrenza» e che la concreta disciplina in esame prevale su altre competenze (sentenze n. 270 del 2010; n. 307 e n. 283 del 2009; n. 320 e n. 51 del 2008; n. 430 e n. 401 del 2007; n. 272 del 2004).

Con riferimento, poi, allo specifico settore del servizio idrico integrato, questa Corte – in applicazione dei suddetti principi e scrutinando la disciplina della determinazione della tariffa d’ambito territoriale ottimale – ha stabilito che la normativa riguardante l’individuazione di un’unica Autorità d’ambito e alla determinazione della tariffa del servizio secondo un meccanismo di *price cap* (art. 148 del d.lgs. n. 152 del 2006) attiene all’esercizio delle competenze legislative esclusive statali nelle materie della tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.) e dell’ambiente (art. 117, secondo comma, lettera s, Cost.), materie che hanno prevalenza su eventuali competenze regionali, che ne risultano così corrispondentemente limitate. Ciò in quanto tale disciplina, finalizzata al superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche, consente la razionalizzazione del mercato ed è quindi diretta a garantire la concorrenzialità e l’efficienza del mercato stesso (sentenze n. 142 e n. 29 del 2010; n. 246 del 2009). Nella citata sentenza n. 246 del 2009 è stato ulteriormente precisato che la forma di gestione del servizio idrico integrato e le procedure di affidamento dello stesso, disciplinate dall’art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, sono da ricondurre alla materia della tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva statale, trattandosi di regole «dirette ad assicurare la concorrenzialità nella gestione del servizio idrico integrato, disciplinando le modalità del suo conferimento e i requisiti soggettivi del gestore, al precipuo scopo di garantire la trasparenza, l’efficienza, l’efficacia e l’economicità della gestione medesima».

In conclusione, secondo la giurisprudenza di questa Corte, le regole che concernono l’affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – ivi compreso il servizio idrico – ineriscono essenzialmente alla materia «tutela della concorrenza», di competenza esclusiva statale, ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

8. – Il terzo nucleo tematico, posto dalle questioni promosse dalle Regioni in ordine alle censurate discipline sia a regime che transitorie, attiene al principio di ragionevolezza. Al riguardo, le ricorrenti richiamano la giurisprudenza di questa Corte, secondo cui l’esercizio della potestà normativa esclusiva dello Stato in tema di tutela della concorrenza è legittimo – in particolare, in caso di concorso con competenze regionali – alla condizione del rispetto, da parte del legislatore statale, del principio di ragionevolezza, sotto il profilo della proporzionalità e dell’adeguatezza (sentenza n. 272 del 2004, cui possono aggiungersi le sentenze n. 148 del 2009; n. 326 del 2008; n. 452 e n. 401 del 2007; n. 345, n. 272 del 2004).

8.1. – Per quanto riguarda la disciplina a regime, alcune ricorrenti assumono che essa, anche se ascrivibile alla materia «tutela della concorrenza», lede comunque la competenza residuale innominata delle Regioni in materia di servizi pubblici locali. In particolare, le ricorrenti deducono che la normativa censurata, nella parte in cui limita i casi in cui è consentito l’affidamento diretto *in house*, non è ragionevole, proporzionale o adeguata, perché:

a) è normativa autoapplicativa e di dettaglio;

b) pone vincoli ulteriori - e perciò ingiustificati - rispetto a quelli previsti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento *in house*.

Nessuno di tali rilievi è condivisibile.

8.1.1. – Quanto al primo rilievo, va qui ribadita la giurisprudenza costituzionale, per la quale l'emanazione, nell'esercizio di una competenza esclusiva dello Stato, di una norma autoapplicativa e di dettaglio non integra alcuna violazione dei criteri di riparto costituzionale delle competenze legislative. Al riguardo, questa Corte ha ripetutamente affermato (sentenze n. 232 del 2010 e n. 430 del 2007, in materia di tutela della concorrenza; analogamente, sentenza n. 255 del 2010, in materia di sistema tributario dello Stato) che:

a) «l'attribuzione delle misure [a tutela della concorrenza] alla competenza legislativa esclusiva dello Stato comporta sia l'inderogabilità delle disposizioni nelle quali si esprime, sia che queste legittimamente incidono, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono proprie, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano»;

b) una volta ricondotta una norma nell'ambito della «tutela della concorrenza», «non si tratta [...] di valutare se essa sia o meno di estremo dettaglio, utilizzando principi e regole riferibili alla disciplina della competenza legislativa concorrente delle Regioni, ma occorre invece accettare se, alla stregua del succitato scrutinio, la disposizione sia strumentale ad eliminare limiti e barriere all'accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale».

Neppure può affermarsi – come sostenuto da alcune ricorrenti – che le norme sull'affidamento e le modalità di gestione dei servizi pubblici locali sono di per sé irragionevoli, perché intervengono in materia di tutela della concorrenza con discipline di dettaglio e autoapplicative. Infatti questa Corte ha più volte rilevato che è ragionevole che norme in materia di tutela della concorrenza, al fine di meglio tutelare le finalità pro concorrenziali loro proprie, possano essere dettagliate ed autoapplicative (sentenze n. 148 del 2009; n. 320 del 2008; n. 431 del 2007).

8.1.2. – Quanto al secondo profilo, non può accogliersi l'assunto delle ricorrenti, secondo cui l'unica disciplina della concorrenza che possa considerarsi proporzionale e adeguata è quella che non pone limiti (che non siano quelli evidenziati dalla giurisprudenza comunitaria) all'affidamento *in house* di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Al riguardo, va innanzitutto osservato che non appare irragionevole, anche se non costituzionalmente obbligata, una disciplina, quale quella di specie, intesa a restringere ulteriormente – rispetto al diritto comunitario – i casi di affidamento diretto *in house* (cioè i casi in cui l'affidatario costituisce la *longa manus* di un ente pubblico che lo controlla pienamente e totalmente). Come si è osservato al punto 6.1., tale normativa si innesta coerentemente in un sistema normativo interno in cui già vige il divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia (introdotto dai non censurati artt. 35 della legge n. 448 del 2001 e 14 del decreto-legge n. 269 del 2003) e nel quale, pertanto, i casi di affidamento *in house*, quale modello organizzativo succedaneo della (vietata) gestione diretta da parte dell'ente pubblico, debbono essere eccezionali e tassativamente previsti.

In secondo luogo, va rilevato che le norme censurate dalle ricorrenti non possono essere considerate sproporzionate od inadeguate solo perché, attraverso la riduzione delle ipotesi di eccezionale affidamento diretto dei servizi pubblici locali,

rafforzano la generale regola pro concorrenziale, prescelta dal legislatore, che impone l'obbligo di procedere all'affidamento solo mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. La possibilità, secondo l'ordinamento comunitario, di affidamenti *in house* anche in casi in cui detti affidamenti sono vietati dalle denunciate disposizioni nazionali non rende queste ultime irragionevoli in relazione agli indicati profili, perché – come messo in evidenza sempre al punto 6.1. – l'ordinamento comunitario, in tema di tutela della concorrenza e, in particolare, in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici, costituisce solo un minimo inderogabile per il legislatore degli Stati membri e, pertanto, non osta a che la legislazione interna disciplini più rigorosamente, nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento. Pertanto, il legislatore nazionale ha piena libertà di scelta tra una pluralità di discipline ugualmente legittime.

In terzo luogo, deve essere sottolineato che la normativa censurata non impedisce del tutto all'ente pubblico la gestione di un servizio locale di rilevanza economica, negandogli ogni possibilità di svolgere la sua «speciale missione» pubblica (come si esprime il diritto comunitario), ma trova, tra i molti possibili, un punto di equilibrio rispetto ai diversi interessi operanti nella materia in esame. In proposito, va ricordato che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono «dall'ordinamento una protezione assoluta» e possono, quindi, subire limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario «a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti» (sentenza n. 279 del 2006; analogamente, ordinanza n. 162 del 2009). La stessa giurisprudenza ha tuttavia evidenziato che «una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito» ha carattere «derogatorio e per ciò stesso eccezionale» e deve costituire «la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi» (sentenza n. 270 del 2010). Nella specie, intendendo contemperare la regola della massima tutela della concorrenza con le eccezioni derivanti dal perseguitamento della speciale missione pubblica da parte dell'ente locale, il legislatore ha in effetti ponderato due diversi interessi: da un lato, quello generale alla tutela della concorrenza; dall'altro, quello specifico degli enti locali a gestire il SPL (tramite l'affidamento *in house*) nell'ipotesi in cui sia «efficace ed utile» il ricorso al mercato e non solo quando esso non sia possibile. Il bilanciamento tra tali interessi è stato attuato, in concreto, in modo non irragionevole, per un verso, consentendo alle società a capitale (interamente o parzialmente) pubblico, quando non ricorrono le condizioni per l'affidamento diretto, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio, al pari di ogni altro imprenditore o società (comma 1 dell'art. 23-bis); per altro verso, limitando l'affidamento *in house* alle ipotesi in cui, pur in presenza di un SPL di rilevanza economica, il ricorso al mercato per la gestione del servizio non è «efficace e utile» (comma 2 dell'art. 23-bis). Ciò è confermato dal comma 2 dell'art. 3 del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 (Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133), il quale stabilisce espressamente che le «società a capitale interamente pubblico possono

partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui all'articolo 23-bis, comma 2, lettera a), sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge».

8.2. – Tali conclusioni relative alla disciplina a regime influiscono sulla soluzione della questione posta dalle ricorrenti circa l'adeguatezza e la proporzionalità – dunque, la ragionevolezza – del regime transitorio stabilito dalla normativa denunciata.

La relativa censura non può essere accolta, oltre che per le considerazioni generali svolte nel punto precedente, anche per i seguenti ulteriori argomenti, concernenti specificamente la disciplina transitoria.

Al riguardo, anche a non voler considerare che, in caso di successione di leggi, il legislatore ha ampia discrezionalità di modulare nel tempo la disciplina introdotta, con l'unico limite della ragionevolezza (*ex plurimis*, sentenza n. 376 del 2008; ordinanze n. 40 del 2009 e n. 9 del 2006), va comunque rilevato che, nel caso di specie, il margine temporale concesso dalla normativa censurata per la cessazione degli affidamenti diretti esistenti è congruo e proporzionato all'entità ed agli effetti delle modifiche normative introdotte e, dunque, ragionevole. A tale conclusione si perviene agevolmente considerando la seguente successione cronologica delle disposizioni di legge oggetto di censura. Con riferimento al servizio idrico integrato, il comma 8 del testo originario dell'art. 23-bis (entrato in vigore il 22 agosto 2008) prevedeva la cessazione alla data del 31 dicembre 2010 delle concessioni per le quali non sussistevano le peculiari caratteristiche di cui al comma 3. Con riferimento ai settori diversi dal servizio idrico integrato, lo stesso comma demandava la fissazione di una disciplina transitoria ai regolamenti di delegificazione da adottare ai sensi della lettera e) del comma 10, ma che non sono stati mai emanati. Il vigente comma 8 dell'art. 23-bis (entrato in vigore il 26 settembre 2009) disciplina ora il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto previsto dai commi 2 e 3 dello stesso articolo, con una cadenza differenziata, a seconda delle varie ipotesi, a partire dal 31 dicembre 2010 e sino al 31 dicembre 2012, termine, quest'ultimo, successivamente modificato, a decorrere dal 25 novembre 2009, in quello del 31 dicembre 2015. Tali ampi margini temporali assicurano una concreta possibilità di attenuare le conseguenze economiche negative della cessazione anticipata della gestione e, pertanto, escludono la possibilità di invocare quell'incolpevole affidamento del gestore nella durata naturale del contratto di servizio che, solo, potrebbe determinare una possibile irragionevolezza della norma.

9. – Il quarto tema generale posto dalle questioni promosse, da trattare in via preliminare, attiene all'individuazione della competenza legislativa regionale o statale nella determinazione della rilevanza economica dei SPL. Infatti, una volta accertato che la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica rientra nell'ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato, resta ancora da verificare se allo Stato competa, in via esclusiva, anche il potere di indicare le condizioni per le quali debba ritenersi sussistente detta «rilevanza economica» oppure se la decisione di attribuire al servizio locale una siffatta qualificazione sia riservata, dal diritto comunitario o comunque dalla Costituzione, alla Regione od all'ente locale.

A tal fine è necessario, innanzitutto, valutare la portata della nozione di «rilevanza economica» nel sistema della normativa statale sui SPL; successivamente, individuare il fondamento costituzionale di tale nozione e, infine, trarre le

conclusioni in ordine alla competenza a determinare la sussistenza dell'indicata «rilevanza».

9.1. – Quanto al primo profilo, va osservato che né il censurato art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, in entrambe le sue versioni, né l'art. 113 TUEL, nel disciplinare l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali «di rilevanza economica», forniscono una esplicita definizione di tale «rilevanza». Tuttavia, lo stesso art. 23-*bis* fornisce all'interprete alcuni elementi utili per giungere a tale definizione, precisando che:

- a) l'articolo ha come fine (tra l'altro) di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti «gli operatori economici interessati alla gestione di servizi pubblici di interesse generale in ambito locale» (comma 1);
- b) la presenza di situazioni tali da non permettere – in relazione alle caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento – «un efficace ed utile ricorso al mercato del servizio», non rende il servizio stesso privo di rilevanza economica, ma ne consente solo l'affidamento della gestione con modalità derogatorie rispetto a quelle ordinarie (comma 3);
- c) la «rilevanza economica» dei servizi non ha nulla a che vedere con le soglie oltre le quali gli affidamenti dei medesimi servizi «assumono rilevanza» ai fini dell'espressione del parere preventivo che l'AGCM deve rendere in ordine alla scelta dell'ente locale di affidare la gestione di un servizio pubblico «di rilevanza economica» secondo modalità derogatorie rispetto a quelle ordinarie (commi 4 e 4-*bis*, nella versione vigente).

Dall'evidente omologia posta da tale articolo tra «servizi pubblici locali di rilevanza economica» e «servizi pubblici di interesse generale in ambito locale» si desume, innanzitutto, che la nozione di «servizio pubblico locale di rilevanza economica» rimanda a quella, più ampia, di «servizio di interesse economico generale» (SIEG), impiegata nell'ordinamento comunitario e già esaminata al punto 6. Del resto, questa Corte, con la sentenza n. 272 del 2004, aveva già sottolineato l'omologia esistente anche tra la nozione di «rilevanza economica», utilizzata nell'art. 113-*bis* TUEL (relativo ai servizi pubblici locali «privi di rilevanza economica» e dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla stessa sentenza), e quella comunitaria di «interesse economico generale», interpretata anche dalla Commissione europea nel Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003. In particolare, secondo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea, per «interesse economico generale» si intende un interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato», anche potenziale (sentenza Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione c. Italia*, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, § 2.3, punto 44) e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi. Si tratta dunque di una nozione oggettiva di interesse economico, riferita alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente, reale o potenziale.

Se si ragiona sulla base di una siffatta ampia nozione comunitaria di interesse economico, è agevole rilevare che gli indici empirici di tale interesse - come lo scopo lucrativo, l'assunzione dei rischi dell'attività, l'incidenza del finanziamento pubblico - talvolta impiegati dalla Corte di giustizia UE (sentenza 22 maggio 2003, C-18/2001, *Korhonen e.a.*) e richiamati anche da questa Corte (sentenza n. 272 del 2004) possono essere utili solo con riferimento ad un servizio già esistente sul mercato, per accettare se l'attività svolta sia da considerare economica. Ciò però non significa che l'economicità dell'interesse si debba determinare *ex post*, esclusivamente in base a tali indici, e cioè a seguito di una scelta discrezionale dell'ente locale competente circa le modalità di gestione del servizio. Al contrario, nel diverso caso in cui si debba immettere nel mercato un servizio pubblico – e, quindi, si debba accettare se e come applicare le regole concorrenziali e concorsuali comunitarie per l'affidamento della sua gestione - occorre necessariamente prendere in considerazione la possibilità dell'apertura di un mercato, obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell'ente al riguardo. È vero che il diritto comunitario lascia qualche S.p.A.zio in materia alla scelta degli Stati membri, riservando loro, sia pure in via di eccezione, il potere di derogare alle regole del Trattato relative alla concorrenza e agli aiuti di Stato, ove tali regole – salvo errori manifesti da parte degli Stati stessi – siano ritenute ostative al perseguimento della speciale missione e delle finalità sociali del servizio. Tuttavia, il potere di deroga presuppone la sussistenza dell'interesse economico del servizio stesso, esercitandosi tale potere proprio nell'ambito dei SIEG, e cioè di servizi che sono, per definizione ed obiettivamente, di «interesse economico» perché idonei ad influenzare un assetto concorrenziale in atto o *in fieri*.

Analogamente a quanto visto a proposito del diritto comunitario, le disposizioni censurate non fanno esclusivo riferimento ad un servizio locale operante in un mercato già esistente, ma riguardano servizi dotati di mera «rilevanza» economica e, quindi, anche servizi ancora da organizzare e da immettere sul mercato. Infatti, esse, in armonia con l'indicata nozione comunitaria di interesse economico, evidenziano le due seguenti fondamentali caratteristiche della nozione di «rilevanza» economica: a) che l'immissione del servizio possa avvenire in un mercato anche solo potenziale, nel senso che, per l'applicazione dell'art. 23-bis, è condizione sufficiente che il gestore possa immettersi in un mercato ancora non esistente, ma che abbia effettive possibilità di aprirsi e di accogliere, perciò, operatori che agiscano secondo criteri di economicità;

b) che l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico, nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici).

Tale impostazione – consequenziale alla scelta legislativa di promuovere la concorrenza “per” il mercato della gestione dei servizi – emerge nettamente, in particolare, dai commi 3, 4 e 4-bis, dell'art. 23-bis, i quali possono essere interpretati soltanto nel senso che i servizi pubblici locali non cessano di avere «rilevanza economica» per il solo fatto che sia formulabile una prognosi di inefficacia o inutilità del semplice ricorso al mercato, con riferimento agli obiettivi pubblici perseguiti dall'ente locale. Evidentemente, anche per il legislatore nazionale, come per quello

comunitario, la rilevanza economica sussiste pure quando, per superare le particolari difficoltà del contesto territoriale di riferimento e garantire prestazioni di qualità anche ad una platea di utenti in qualche modo svantaggiati, non sia sufficiente l'automaticità del mercato, ma sia necessario un pubblico intervento o finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico posti a carico del gestore, sempre che sia concretamente possibile creare un «mercato a monte», e cioè un mercato «in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi» agli utenti (così – si è visto al punto 6.1. – si esprime la Commissione europea nel citato Libro verde al punto 44).

Dall'evidenziata portata oggettiva delle nozioni in esame e dalla indicata sufficienza di un mercato solo potenziale consegue l'erroneità delle interpretazioni volte a dare alle medesime nozioni un carattere meramente soggettivo e, in particolare, di quell'interpretazione – fatta propria da alcune ricorrenti – secondo cui si avrebbe rilevanza economica solo alla duplice condizione che un mercato del servizio sussista effettivamente e che l'ente locale decida a sua discrezione di finanziare il servizio con gli utili ricavati dall'esercizio di impresa in quel mercato.

9.2. – Quanto al secondo profilo da esaminare, relativo al fondamento costituzionale della legge statale che fissa il contenuto della suddetta nozione oggettiva di «rilevanza economica», va preso atto che detta nozione, al pari di quella omologa di «interesse economico» propria del diritto comunitario, va utilizzata, nell'ambito della disciplina del mercato dei servizi pubblici, quale criterio discrezivo per l'applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi (come, del resto, esplicitamente affermato dal comma 1 dell'art. 23-bis). Ne deriva che, proprio per tale suo ambito di utilizzazione, la determinazione delle condizioni di rilevanza economica è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di «tutela della concorrenza», ai sensi del secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost. Poiché l'ordinamento comunitario esclude che gli Stati membri, ivi compresi gli enti infrastatali, possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza dell'interesse economico del servizio, conseguentemente il legislatore statale si è adeguato a tale principio dell'ordinamento comunitario nel promuovere l'applicazione delle regole concorrenziali e ha escluso che gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza della rilevanza economica del servizio (rilevanza che, come più volte sottolineato, corrisponde per il diritto interno all'interesse economico considerato dal diritto comunitario).

10. – Alla luce dei nuclei tematici evidenziati al punto 2., occorre ora esaminare le singole questioni proposte dalle Regioni ricorrenti.

A tale proposito, va preliminarmente rilevato che, quanto ai ricorsi delle Regioni aventi ad oggetto il testo vigente dell'art. 23-bis, l'Avvocatura generale dello Stato ha formulato due eccezioni di inammissibilità.

10.1. – In primo luogo si eccepisce, in via generale, che «la Regione non può lamentare genericamente l'illegittimità costituzionale di leggi statali, ovvero la contrarietà delle stesse all'ordinamento comunitario senza indicare specificamente la lesione di una competenza ad essa attribuita».

L'eccezione deve essere rigettata per la sua genericità, in quanto lo Stato non specifica a quali delle questioni sollevate dalle Regioni si riferisca.

10.2. – La difesa dello Stato afferma, in secondo luogo, che, «in riferimento alle questioni *ex adverso* sollevate sulla mancata e/o inesatta applicazione dei principi comunitari in materia di servizi pubblici locali, si ritiene che la doglianza sia mal posta in termini di incostituzionalità», in quanto, «qualora codesta Corte dovesse ravvisare l'esigenza di assicurare una uniforme interpretazione del diritto comunitario, la questione, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, dovrebbe essere preventivamente oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE».

L'eccezione deve essere rigettata, perché nei giudizi principali le Regioni possono sempre porre alla Corte questioni di costituzionalità nelle quali siano evocate, quali parametri interposti, norme di diritto comunitario. Spetterà semmai alla Corte costituzionale – come precisato nella sentenza n. 102 del 2008 e nell'ordinanza n. 103 del 2008 – effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nel caso in cui ritenga che l'interpretazione del diritto comunitario non sia chiara. Peraltra, nel caso di specie – come visto al punto 6. – l'interpretazione delle disposizioni comunitarie evocate dalle ricorrenti quali parametri interposti di legittimità costituzionale è sufficientemente chiarita, nel senso che esse non ostano alla normativa censurata, dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia UE già citata.

11. – Le questioni riconducibili al primo dei sopra indicati nuclei tematici (trattato al punto 6.) – che attiene al rapporto tra le disposizioni censurate e la disciplina dei SPL desumibile dall'ordinamento dell'Unione europea e dalla Carta europea dell'autonomia locale – sono poste dalle Regioni Liguria, Emilia-Romagna, Umbria, Piemonte, Toscana. La Regione Marche propone una questione che coinvolge, allo stesso tempo, sia tale nucleo tematico sia il quarto dei nuclei tematici (analizzato al punto 9.), relativo alla determinazione della rilevanza economica dei SPL.

11.1. – La Regione Piemonte impugna i commi 1, 2 e 3 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo originario (ricorso n. 77 del 2008), e i commi 2, 3 e 4 dello stesso art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009 (ricorso n. 16 del 2010), nonché il comma 1-ter dello stesso art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., sostenendo che il diritto comunitario non consente che il legislatore nazionale spinga la tutela della concorrenza fino a comprimere il «principio di libertà degli individui o di autonomia – del pari costituzionale – degli enti territoriali (artt. 5, 117, 118, Cost.) di mantenere la capacità di operare ogni qualvolta fanno la scelta che ritengono più opportuna: cioè se fruire dei vantaggi economici offerti dal mercato dei produttori oppure se procedere a modellare una propria struttura capace di diversamente configurare l'offerta delle prestazioni di servizio pubblico».

La questione è inammissibile perché generica.

Infatti, la ricorrente, limitandosi a richiamare il diritto comunitario nel suo complesso, non specifica le norme comunitarie da utilizzare come parametri interposti. E ciò, a prescindere dal fatto che il diritto comunitario consente in ogni caso al legislatore interno di prevedere limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie (che consistono solamente nella totale partecipazione pubblica, nel cosiddetto “controllo analogo”, nella preponderanza dell'attività svolta in favore dell'ente controllante). Come si è visto al punto 6.1., esso infatti, nel prevedere solo regole “minime” pro concorrenziali, lascia al legislatore nazionale un ampio margine di apprezzamento, con la conseguenza che nelle ipotesi – come

quella di specie – in cui quest’ultimo prevede condizioni ulteriori aventi lo stesso “verso” del diritto comunitario, deve escludersi il prospettato contrasto.

11.2. – Le Regioni Toscana ed Emilia-Romagna impugnano diversi commi dell’art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 per violazione del diritto comunitario.

11.2.1. – In particolare, la Regione Toscana censura i commi 2, 3 e 4 dell’art. 23-bis, nel testo modificato dall’art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, in riferimento all’art. 117, primo, secondo e quarto comma, Cost., affermando che l’ordinamento comunitario ammette espressamente la possibilità di fornire i servizi pubblici con un’organizzazione propria, in alternativa all’affidamento ad imprese terze, con la conseguenza che le disposizioni censurate non trovano fondamento né nella riserva costituzionale alla legislazione statale esclusiva della materia «tutela della concorrenza» (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.), né nella disciplina comunitaria.

La stessa Regione censura anche il comma 8 dell’art. 23-bis, nel testo modificato dall’art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, il quale prevede che gli affidamenti diretti già in essere al momento dell’entrata in vigore della nuova normativa cessano in date successive, a partire dal 31 dicembre 2011, a seconda delle diverse tipologie degli affidamenti stessi. Per la ricorrente, tale comma viola l’art. 117, primo, comma Cost., perché, nella parte in cui impone al 31 dicembre 2011 la cessazione di tutte le gestioni *in house* si pone in contrasto con il diritto comunitario, che invece consente la prosecuzione di tali gestioni.

La Regione Emilia- Romagna (ricorso n. 13 del 2010) impugna, in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost., lo stesso comma 8, lamentando che «nel diritto comunitario il modello organizzativo dell’autoproduzione dei servizi attraverso affidamenti *in house* è stato ritenuto in linea con i principi del Trattato, tra cui, come noto, vi è quello della tutela e promozione della concorrenza».

Le questioni sono inammissibili per genericità, in quanto le ricorrenti non specificano le norme comunitarie che sarebbero state violate, e per perplessità, in quanto le stesse ricorrenti affermano che l’ordinamento comunitario consente e non impone agli enti locali di continuare a fornire i servizi pubblici attraverso le gestioni *in house* già in essere. E ciò, a prescindere dal fatto che, per le ragioni esposte ai punti 6.1. e 11.1., il diritto comunitario consente in ogni caso al legislatore interno di prevedere limitazioni dell’affidamento diretto più estese di quelle comunitarie.

11.2.2. – La Regione Emilia-Romagna (ricorso n. 13 del 2010) impugna, in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost., il comma 8 dell’art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall’art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, anche sotto un diverso profilo.

Afferma la ricorrente che il diritto comunitario prevede che la società *in house* sia tenuta a svolgere a favore degli enti di riferimento solo l’attività prevalente, ben potendo destinare l’attività residua anche al mercato, mentre «la norma in questione trasforma il concetto di “prevalenza” dell’attività in “attività esclusiva”, costringendo il soggetto titolare dell’affidamento diretto (non solo *in house provider*) a svolgere la propria attività esclusivamente nei confronti degli enti affidanti».

La questione è inammissibile per genericità, in quanto la ricorrente non specifica le norme comunitarie che sarebbero state violate. E ciò, a prescindere dal fatto che, per le ragioni esposte ai punti 6.1. e 11.1., il diritto comunitario consente in ogni caso al

legislatore interno di prevedere limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie.

11.3. – Lo stesso comma 8 dell'art. 23-*bis*, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, è impugnato anche dalle Regioni Liguria (ricorso n. 12 del 2010) e Umbria, in riferimento all'art. 117, primo comma Cost., «per contrasto con la Carta europea dell'autonomia locale».

La questione è inammissibile per genericità, in quanto le ricorrenti non specificano quali disposizioni della Carta europea dell'autonomia locale sarebbero state violate.

11.4. – Come sopra accennato, la Regione Marche solleva una questione ascrivibile, nello stesso tempo, a due nuclei tematici: al quarto, perché assume che rientra nella competenza propria e degli enti locali decidere se il servizio idrico integrato abbia o no rilevanza economica; al primo, perché afferma che tale riserva di competenza è garantita dal diritto comunitario e che, pertanto, la normativa denunciata, nel porre limiti all'affidamento del servizio non previsti dalla normativa comunitaria, si pone con questa in contrasto.

In particolare, la Regione impugna – per il caso, appunto, in cui il comma 1-*ter* dell'art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009 non possa interpretarsi nel senso che il servizio idrico integrato è sottoposto alla disciplina dell'art. 23-*bis* solo nei casi in cui «gli enti competenti abbiano scelto di organizzarlo in modo da conferirvi rilevanza economica» – i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, e l'art. 15, comma 1-*ter*, dello stesso decreto-legge n. 135 del 2009, nella parte in cui si riferiscono al servizio idrico integrato.

Le disposizioni censurate – già sinteticamente riportate al punto 1.1. – prevedono che: 1) «Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento» (comma 2 dell'art. 23-*bis*);

2) «In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano» (comma 3 dell'art. 23-*bis*);

3) «Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole» (comma 4 dell'art. 23-*bis*);

4) «Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-*bis* del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio» (art. 15, comma 1-*ter*, del decreto-legge n. 135 del 2009).

La ricorrente lamenta la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., per il tramite degli artt. 14 e 106 TFUE, i quali così dispongono: «fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti.» (art. 14); «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione.» (art. 106).

Per la Regione, le disposizioni censurate si pongono in contrasto con gli evocati parametri, perché, conformando il servizio idrico come servizio necessariamente a rilevanza economica e ponendo limitazioni alle condizioni di affidamento della gestione di tale servizio non contemplate dal diritto comunitario, impongono l'applicazione delle regole del mercato interno in via generale per tutto il territorio nazionale e negano, così, alle Regioni e agli enti locali quel potere di effettuare caso per caso una valutazione concreta della rilevanza economica del servizio stesso, che, invece, la normativa comunitaria riserva loro.

La questione non è fondata.

I parametri evocati non fissano le condizioni di uso dell'espressione, in essi utilizzata, di «interesse economico generale» – espressione che la stessa ricorrente ammette essere un sinonimo di «rilevanza economica» – e non specificano se la sussistenza di tale interesse possa essere discrezionalmente stabilita dagli Stati membri o dagli enti infrastatuali. Tuttavia, come più diffusamente esposto ai punti 6.1. e 9., lo S.p.A.zio interpretativo lasciato aperto dai suddetti articoli del Trattato è stato colmato dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea,

secondo le quali «l'interesse economico generale», in quanto funzionale ad una disciplina comunitaria diretta a favorire l'assetto concorrenziale dei mercati, è riferito alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente (reale o potenziale) ed ha, pertanto, natura essenzialmente oggettiva. Ne deriva che (secondo quanto meglio osservato al punto 9.2.) l'ordinamento comunitario, in considerazione della rilevata portata oggettiva della nozione di «interesse economico», vieta che gli Stati membri e gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere circa la sussistenza di tale interesse. In particolare, la previsione, da parte delle disposizioni censurate, di condizioni per l'affidamento diretto del servizio pubblico locale più restrittive di quelle previste dall'ordinamento comunitario non integra alcuna violazione dei principi comunitari della concorrenza, perché tali principi costituiscono solo un minimo inderogabile per gli Stati membri, i quali hanno la facoltà di dettare una disciplina più rigorosamente concorrenziale, come quella di specie, che, restringendo le eccezioni all'applicazione della regola della gara ad evidenza pubblica – posta a tutela della concorrenza – rende più estesa l'applicazione di tale regola.

Con riferimento alla fattispecie in esame, il legislatore statale, in coerenza con la menzionata normativa comunitaria e sull'incontestabile presupposto che il servizio idrico integrato si inserisce in uno specifico e peculiare mercato (come riconosciuto da questa Corte con la sentenza n. 246 del 2009), ha correttamente qualificato tale servizio come di rilevanza economica, conseguentemente escludendo ogni potere degli enti infrastatali di pervenire ad una diversa qualificazione.

11.5. – I commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, sono censurati, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., dalle Regioni Liguria (ricorso n. 12 del 2010) e Umbria, nonché, limitatamente al comma 3, dalla Regione Emilia-Romagna (ricorso n. 13 del 2010).

Le ricorrenti lamentano la violazione dell'evocato parametro, per il tramite della Carta europea dell'autonomia locale e, in particolare, delle seguenti disposizioni:

- a) l'art. 3, comma 1, secondo cui «per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici»;
- b) l'art. 4, comma 2, secondo cui «le collettività locali hanno, nell'ambito della legge, ogni più ampia facoltà di prendere iniziative proprie per qualsiasi questione che non esuli dalla loro competenza o sia assegnata ad un'altra autorità»;
- c) l'art. 4, comma 4, secondo cui «le competenze affidate alle collettività locali devono di regola essere complete ed integrali».

Sostengono le ricorrenti che, una volta che si riconosca che il servizio idrico è parte delle funzioni fondamentali dei Comuni, «sembra evidente che solo ad essi spetta la decisione sul migliore modo di organizzarlo» e il legislatore non può «configurare come eccezionale e soggetta a specifici aggravi procedurali la scelta di assumere essi stessi la responsabilità della gestione diretta del servizio».

Le questioni non sono fondate.

Infatti, come più diffusamente osservato al punto 6.2.:

- a) con riferimento alla gestione diretta, il denunciato contrasto con la Carta non è ipotizzabile rispetto alle norme censurate, ma solo, eventualmente, rispetto ai non censurati artt. 35 della legge n. 448 del 2001 e 14 del decreto-legge n. 269 del 2003;
- b) il presupposto da cui muovono le ricorrenti che il servizio idrico costituisca una delle funzioni fondamentali dell'ente pubblico è privo di fondamento (sentenze n. 307 del 2009 e n. 272 del 2004);
- c) gli evocati articoli della Carta europea dell'autonomia locale non hanno natura precettiva e sono prevalentemente definitori (art. 3, comma 1), programmatici (art. 4, comma 2) e, comunque, generici (art. 4, comma 4). Inoltre, la stessa Carta, al comma 1 dell'evocato art. 4, afferma, con previsione di carattere generale, che «le competenze di base delle collettività locali sono stabilite dalla Costituzione o dalla legge», con ciò rinviando alla normativa nazionale la definizione del quadro generale delle competenze.

12. – Le questioni che attengono al secondo dei sopra indicati nuclei tematici, relativo all'individuazione della sfera di competenza in cui collocare la normativa denunciata e già esaminato al punto 7, sono poste dalle Regioni Piemonte, Liguria, Toscana, Umbria, Marche, Emilia-Romagna e Puglia. Le ricorrenti contestano la riconducibilità di diverse disposizioni dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 – sia nella formulazione originaria sia in quella vigente – nonché del decreto-legge n. 135 del 2009 alla competenza legislativa esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza». La normativa denunciata si collocherebbe, per la Regione Marche, nell'ambito della potestà regolamentare degli enti locali di cui all'art. 117, sesto comma, Cost.; per la Regione Puglia, nell'ambito della competenza regionale concorrente in materia di tutela della salute e alimentazione; nonché, per le altre ricorrenti, nell'ambito della materia dei servizi pubblici locali, di competenza regionale residuale.

12.1. – Occorre innanzitutto esaminare le questioni che, in ragione della loro formulazione, non consentono un esame nel merito.

12.1.1. – Le Regioni Liguria (ricorso n. 12 del 2010) e Umbria impugnano il comma 8 dell'art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, in riferimento all'art. 117, secondo comma, Cost., «per erronea interpretazione dei confini dei poteri statali ivi previsti».

La questione è inammissibile per genericità, perché le ricorrenti non specificano a quali tra le molteplici competenze dello Stato disciplinate dall'art. 117, secondo comma, Cost. si debba far riferimento ai fini dello scrutinio di costituzionalità.

12.1.2. – Le stesse Regioni Liguria e Umbria impugnano il medesimo comma 8 dell'art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009 anche in riferimento all'art. 118, primo e secondo comma, Cost., «per violazione del principio di sussidiarietà e della titolarità comunale di funzioni proprie».

Anche tale questione è inammissibile per genericità, perché le ricorrenti non specificano in cosa consista la dedotta violazione del principio di sussidiarietà, né quali siano le funzioni proprie dei Comuni cui fanno riferimento.

12.1.3. – Il comma 8 dell'art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, è censurato anche dalla Regione Emilia-Romagna, in quanto lesivo del «principio di pluralismo paritario istituzionale, in violazione degli artt. 114 e 118 Cost.» e dell'art. 117, quarto comma, Cost., perché contiene una

disciplina così rigida da annullare qualsiasi autonomia esercitabile in materia e lede, perciò, il principio di sussidiarietà.

La questione è inammissibile per genericità, perché la ricorrente si limita ad affermare che la norma denunciata annulla «qualsiasi autonomia esercitabile in materia», senza indicare quali siano le competenze costituzionali che ritiene lese e senza spiegare le ragioni della prospettata lesione.

12.2. – Le questioni attinenti allo stesso nucleo tematico che, invece, debbono essere scrutinate nel merito vanno distinte tra quelle che riguardano:

- a) la disciplina in generale del SPL, a regime e transitoria (commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis*, nel testo originario e in quello vigente, nonché comma 8 dello stesso articolo, nel testo vigente);
- b) la determinazione delle soglie minime per l'assoggettamento al parere dell'AGCM (comma 4-*bis* dell'art. 23-*bis*, nel testo vigente);
- c) la determinazione dei bacini di gara (comma 7 dell'art. 23-*bis*, nel testo originario);
- d) l'assoggettamento al patto di stabilità e la gestione associata dei servizi (comma 10, lettere *a* e *b*, nel testo originario e vigente dell'art. 23-*bis*). Tali gruppi di questioni vanno esaminati separatamente.

12.3. – Il primo gruppo di questioni – attinente, come si è visto, alla competenza a disciplinare in generale i servizi pubblici locali ed avente ad oggetto i commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis*, nel testo originario e in quello vigente, nonché il comma 8 dello stesso articolo, nel testo vigente – è posto dalle Regioni Piemonte, Liguria, Toscana, Umbria, Marche ed Emilia-Romagna.

12.3.1. – La Regione Piemonte (ricorso n. 77 del 2008) censura i commi 1, 2 e 3 dell'art. 23-*bis*, nel testo originario.

Le disposizioni censurate, già sinteticamente riportate al punto 1.1., prevedono che:

- a) «Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere *e* e *m*), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili» (comma 1);
- b) «Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità» (comma 2);
- c) «In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace

e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria» (comma 3).

La ricorrente sostiene che tali disposizioni violano l'art. 117, quarto comma, Cost., il quale attribuisce alle Regioni la competenza legislativa residuale in materia di pubblici servizi, perché, non permettendo alle Regioni di optare per affidamenti dei servizi *in house* anche nelle ipotesi diverse da quelle del comma 3, determinano, di fatto, una compressione delle loro attribuzioni costituzionali in materia; compressione non giustificabile sulla base dell'esercizio di competenze legislative esclusive dello Stato, in particolare in materia di tutela della concorrenza.

12.3.2. – La Regione Liguria (ricorso n. 72 del 2008) censura, oltre ai commi 2 e 3 riportati al punto precedente, anche il comma 4 dell'art. 23-*bis*, nel testo originario, il quale prevede che: «Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione».

Ad avviso della ricorrente, le disposizioni impugnate violano l'art. 117, quarto comma, Cost., il quale attribuisce alle Regioni la competenza legislativa residuale in materia di pubblici servizi, per motivi analoghi a quelli formulati dalla Regione Piemonte al punto precedente.

12.3.3. – La Regione Piemonte (ricorso n. 77 del 2008) censura i commi 3 e 4 dell'art. 23-*bis*, nel testo originario, sostenendo che essi violano l'art. 117, quarto e sesto comma, «per avere il legislatore statale invaso la sfera di competenza normativa della Regione Piemonte e degli enti territoriali piemontesi nella definizione dello svolgimento delle funzioni loro attribuite [...] poiché una parte della norma prevede una disciplina particolare del procedimento di affidamento della gestione a soggetti diversi dagli operatori di mercato, tra cui l'*in house providing*», disciplina che spetta alla competenza legislativa regionale.

12.3.4. – La Regione Toscana censura i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis*, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, in riferimento all'art. 117, secondo e quarto comma, Cost., perché esprimono una prevalenza della gestione esternalizzata dei servizi pubblici locali, in quanto intervengono nella materia dell'organizzazione della gestione di detti servizi, con una normativa di dettaglio, che non lascia margini all'autonomia del legislatore regionale, pur perseguitando finalità che esulano da profili strettamente connessi alla tutela della concorrenza.

12.3.5. – Le Regioni Liguria (ricorso n. 12 del 2010) e Umbria impugnano – in riferimento all'art. 117, quarto comma, Cost. – i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, nel testo vigente, sul rilievo che essi limitano la potestà legislativa regionale di disciplinare il normale svolgimento del servizio pubblico da parte dell'ente, sottponendo la scelta dell'affidamento *in house* a vincoli sia sostanziali (le «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento») che procedurali (l'onere di trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore).

Le stesse ricorrenti censurano i medesimi commi in riferimento l'art. 118, primo e secondo comma, Cost., sostenendo che essi, vietando lo svolgimento diretto del servizio idrico, vanificano «la norma che assegna, preferibilmente, le funzioni amministrative ai comuni (il servizio idrico virtualmente rimane di spettanza dei comuni ma in concreto viene assegnato ad altri soggetti; inoltre, la norma impugnata toglie ai comuni una parte essenziale della funzione, cioè la possibilità di scegliere la forma di gestione più adeguata)» e svuotano il principio di sussidiarietà, perché si pongono in contrasto con il principio secondo cui «i comuni “sono titolari di funzioni amministrative proprie”».

12.3.6. – La Regione Marche impugna – per il caso in cui la Corte costituzionale non volesse accogliere la ricostruzione del servizio idrico integrato come riconducibile alla potestà regolamentare degli enti locali ex art. 117, sesto comma, Cost. – i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, e l'art. 15, comma 1-*ter*, dello stesso decreto-legge n. 135 del 2009, nella parte in cui si riferiscono al servizio idrico integrato, affermando che essi violano l'art. 117, secondo comma, lettera e), e quarto comma, Cost., perché disciplinano illegittimamente la materia dei servizi pubblici locali, nella quale le Regioni hanno potestà legislativa residuale.

12.3.7. – La Regione Piemonte (ricorso n. 16 del 2010) impugna i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, in riferimento all'art. 117, quarto comma, Cost., rilevando che essi recano una disciplina che non è riconducibile alla materia della tutela della concorrenza, né ad altre materie di competenza statale, ma alla potestà legislativa residuale delle Regioni.

12.3.8. – La Regione Emilia-Romagna (ricorso n. 13 del 2010) censura il comma 3 dell'art. 23-*bis* citato, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, perché esso, ammettendo la modalità di affidamento del servizio direttamente a società *in house* solo in via eccezionale, limita la potestà legislativa regionale di disciplinare il normale svolgimento del servizio pubblico da parte dell'ente, sottponendo tale scelta a vincoli sia sostanziali che procedurali e, di conseguenza, viola l'art. 117, quarto comma, Cost.

La stessa Regione impugna il medesimo comma in riferimento all'art. 118, primo e secondo comma, Cost., perché, vietando lo svolgimento diretto del servizio idrico, vanifica il principio per cui le funzioni amministrative sono assegnate preferibilmente ai comuni e svuota il principio di sussidiarietà, ponendosi in contrasto con il principio secondo cui «i comuni “sono titolari di funzioni amministrative proprie”».

12.3.9. – La Regione Piemonte (ricorso n. 16 del 2010) censura i commi 3 e 4 dell'art. 23-*bis* citato, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, sostenendo che essi violano l'art. 117, quarto e sesto comma, Cost., per motivi analoghi a quelli riportati al punto 12.3.3.

12.3.10. – La Regione Toscana impugna il comma 8 dell'art. 23-*bis* citato, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, in riferimento all'art. 117, primo comma, secondo comma, lettera e), e quarto comma Cost., lamentando che il legislatore statale, con la disciplina in esame, non ha limitato il proprio intervento agli aspetti più strettamente connessi alla tutela della concorrenza ed alla regolazione del mercato, ma è intervenuto, con una norma di dettaglio,

sottraendo alle Regioni la libera determinazione se ricorrere o meno al mercato ai fini della gestione del servizio pubblico; determinazione che rientra nell'ambito del buon andamento dell'organizzazione dei servizi pubblici, che spetta alle Regioni ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost.

12.3.11. – Le Regioni Liguria (ricorso n. 12 del 2010) e Umbria censurano il comma 8 dell'art. 23-bis citato, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, in riferimento all'art. 117, quarto comma, Cost., affermando che esso limita la potestà legislativa regionale di disciplinare, anche sotto il profilo temporale, il normale svolgimento del servizio pubblico da parte dell'ente, sottoponendo tale scelta a vincoli sia sostanziali che procedurali e che viola la potestà legislativa regionale piena in materia di servizi locali e organizzazione degli enti locali».

Le stesse Regioni censurano, in subordine, il medesimo comma, per il caso in cui «fosse ritenuta legittima l'imposizione di un regime "ordinario" di affidamento del servizio all'esterno e la limitazione a casi eccezionali di forme di gestione non concorrenziali», in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), e quarto comma, Cost., lamentando che esso regola nel dettaglio le quantità, le modalità e i tempi delle cessioni delle gestioni dei servizi.

12.3.12. – La Regione Emilia-Romagna (ricorso n. 13 del 2010) censura il comma 8 dell'art. 23-bis citato, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, in riferimento all'art. 117, quarto comma, Cost., sostenendo che esso incide sull'assetto del sistema regionale degli affidamenti, ledendo il ruolo della Regione, anche di tipo legislativo, nel definire la durata degli affidamenti medesimi.

12.3.13. – La Regione Piemonte (ricorso n. 16 del 2010) censura lo stesso comma 8 dell'art. 23-bis citato, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, in relazione agli artt. 5, 114, 117, secondo e sesto comma, 118, Cost., «anche con riferimento all'art. 3, Cost.», perché, «cancella d'un tratto la legittimità [...] di tutte le gestioni di servizio pubblico in capo a società mista ove la gara per la scelta del socio privato – pure avvenuta con procedura conforme all'ordinamento europeo ed italiano – abbia avuto ad oggetto unicamente la partecipazione finanziaria», con conseguente lesione della competenza degli enti territoriali «sull'organizzazione degli stessi anche con riferimento ad enti strumentali controllati da tali enti territoriali o a partecipazioni di minoranza».

12.3.14. – Le questioni indicate ai punti da 12.3.1. a 12.3.13. non sono fondate, per le ragioni ampiamente esposte al punto 7.

Si è visto, infatti, che la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali prevista dalle disposizioni censurate afferisce alla materia «tutela della concorrenza», di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

12.3.15. – La Regione Puglia censura, in riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost., i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, perché:

a) «limitano la potestà legislativa regionale di disciplinare il normale svolgimento del servizio pubblico da parte dell'ente e di gestire in proprio i servizi pubblici», attraverso vincoli sostanziali e procedurali, impedendo una previa valutazione comparativa da parte dell'amministrazione fra tutte le possibili opzioni di scelta della forma di gestione, «cioè se fruire dei vantaggi economici offerti dal mercato dei produttori oppure se procedere a modellare una propria struttura capace di diversamente configurare l'offerta delle prestazioni di servizio pubblico»;

b) non si limitano a stabilire principi fondamentali della materia, ma dettano «una disciplina articolata e specifica, invasiva delle competenze regionali anche in materia di regolazione del servizio idrico integrato», che sono ascrivibili all'evocato parametro «nella misura in cui quel servizio sia funzionalizzato e utilizzato a fini di alimentazione e di tutela della salute».

La stessa ricorrente censura altresì, in riferimento allo stesso parametro, il comma 8 dell'art. 23-*bis*, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, perché, stabilendo che cessano al 31 dicembre 2010 gli affidamenti rilasciati con procedure diverse dall'evidenza pubblica salvo quelli conformi ai vincoli ulteriori di istruttoria e motivazione previsti dalla nuova disciplina, «parrebbe determinare per l'effetto la cessazione di tutti gli affidamenti attribuiti secondo la disciplina previgente (d.lgs. n. 267 del 2000, art. 113, comma 5, lettera c), ponendo nell'incertezza l'attuazione dei piani gestionali e di investimento, nonché i relativi piani tariffari, travolgendo rapporti giuridici perfezionati ed in via di esecuzione che le parti vogliono vedere procedere secondo la loro scadenza naturale».

Le questioni non sono fondate, per erronea interpretazione del parametro.

Infatti, la Regione muove dall'assunto che la materia dei servizi pubblici locali sia riconducibile alla competenza legislativa concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, Cost. Tale parametro è del tutto inconferente con la fattispecie in esame, perché esso non costituisce il fondamento dell'invocata competenza legislativa regionale in materia di servizi pubblici.

12.3.16. – La Regione Piemonte censura i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis*, sia nel testo originario (ricorso n. 77 del 2008) che nel testo vigente (ricorso n. 16 del 2010), in relazione ai parametri «dell'art. 117, commi primo, secondo, terzo, quarto, Cost. con riferimento agli articoli 114, 117, sesto comma, e 118, commi primo e secondo, Cost.», perché ledono «l'autonomia costituzionale propria dell'intero sistema degli enti locali», limitando la «capacità d'organizzazione e di autonoma definizione normativa dello svolgimento delle funzioni di affidamento dei servizi pubblici locali», in quanto la legislazione statale può legittimamente imporre una determinata forma di gestione di un servizio pubblico solo previa avocazione allo Stato della competenza sull'organizzazione della gestione dei servizi «sinora considerati locali (es. idrico integrato, raccolta dei rifiuti solidi urbani) sul presupposto che l'esercizio unitario di tali servizi sia divenuto ottimale solo a livello d'ambito statale (art. 118, primo comma, Cost.)».

La questione non è fondata.

Essa si basa sull'assunto della ricorrente secondo cui il legislatore statale può legittimamente disciplinare le forme di gestione di un servizio pubblico locale solo previa avocazione allo Stato della competenza amministrativa sull'organizzazione della gestione del servizio stesso. Tale assunto non può essere condiviso, perché la competenza legislativa esclusiva statale nella materia «tutela della concorrenza» comprende anche la disciplina amministrativa relativa all'organizzazione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, a prescindere dall'avocazione allo Stato di competenze amministrative degli altri livelli territoriali di governo.

12.4. – Il secondo gruppo di questioni da esaminare nel merito – attinenti sempre al nucleo tematico relativo all' individuazione della competenza legislativa a disciplinare i servizi pubblici locali – concerne la determinazione delle soglie minime per l'assoggettamento al parere dell'AGCM (comma 4-*bis* dell'art. 23-*bis*, nel testo

vigente). Detto gruppo si identifica nella questione promossa dalla Regione Emilia Romagna con il ricorso n. 13 del 2010.

La ricorrente impugna il comma 4-*bis* dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, il quale stabilisce che «i regolamenti di cui al comma 10 definiscono le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4».

La Regione deduce che tale disposizione – affidando ad un regolamento governativo il compito di individuare le soglie oltre le quali è richiesto il parere dell'AGCM per le gestioni *in house* – viola l'art. 117, sesto comma, Cost., perché le determinazioni relative a tali soglie non possono che essere assunte in sede regionale, entro limiti fissati direttamente dalla legge statale. Infatti, sempre per la ricorrente, con la fissazione delle suddette soglie, si determina un livello di efficienza del servizio che può essere concretamente e correttamente apprezzato solo a livello regionale e che è illegittimo demandare alla fonte regolamentare, in mancanza di una competenza legislativa esclusiva statale.

La questione non è fondata, perché le soglie cui fa riferimento la norma censurata attengono alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, le quali afferiscono – come visto al punto 7 – alla materia «tutela della concorrenza», di competenza legislativa esclusiva dello Stato e non alla materia dei pubblici servizi. Ne deriva che lo Stato è titolare anche della competenza regolamentare, in base al disposto dell'evocato art. 117, sesto comma, Cost.

12.5. –Il terzo gruppo di questioni da esaminare nel merito e riguardanti il nucleo tematico attinente all'individuazione della competenza legislativa a disciplinare i servizi pubblici locali concerne la determinazione dei bacini di gara (comma 7 dell'art. 23-*bis*, nel testo originario).

Le Regioni Emilia-Romagna (ricorso n. 69 del 2008) e Liguria (ricorso n. 72 del 2008) impugnano il comma 7 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, nella formulazione originaria, per violazione degli artt. 117, quarto comma, e 118, primo e secondo comma, Cost.

La disposizione censurata prevede che «Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale». Le ricorrenti sostengono che la disciplina della dimensione di esercizio dei servizi pubblici rientra nella potestà legislativa «della regione e il condizionare l'esercizio di tale potestà e delle scelte amministrative che essa esprime ad opera dello Stato viola sia la potestà legislativa in sé considerata [...], sia il principio di sussidiarietà, non potendosi vedere alcuna ragione di centralizzazione di tali scelte».

Le questioni non sono fondate.

La norma censurata disciplina la dimensione di esercizio dei servizi pubblici, attribuendo alle Regioni e agli enti locali la competenza ad individuare i bacini di

gara per i diversi servizi nel rispetto della legge statale. Come già affermato da questa Corte con la sentenza n. 246 del 2009, con specifico riferimento al servizio idrico integrato, la disciplina dei bacini di gestione del servizio pubblico (e, pertanto, anche dei bacini di gara) rientra nella potestà legislativa statale, perché diretta a tutelare la concorrenza, attraverso il superamento della frammentazione delle gestioni. Non trovano perciò applicazione, nella specie, né l'art. 117, quarto comma, Cost., né l'art. 118 Cost.

12.6. – Il quarto gruppo di questioni da esaminare nel merito – attinenti sempre al tema dell'individuazione della competenza legislativa in ordine ai servizi pubblici locali – riguarda l'assoggettamento al patto di stabilità e la gestione associata dei servizi (comma 10, lettere *a* e *b*, nel testo originario e in quello vigente dell'art. 23-*bis*).

Le Regioni Emilia-Romagna (ricorsi n. 69 del 2008 e n. 13 del 2010), Liguria (ricorso n. 72 del 2008) e Piemonte (ricorso n. 77 del 2008) impugnano il comma 10 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008 – il cui alinea prevede che «il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, adotta uno o più regolamenti di delegificazione, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400» – e formulano censure specifiche in relazione alle lettere *a* e *b* di detto comma. Per quanto qui rileva, tali lettere stabiliscono – sia nella versione originaria, sia in quella, sostanzialmente coincidente, modificata dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009 –, che i suddetti regolamenti statali prevedano: l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza, da parte delle società *in house* e delle società a partecipazione mista pubblica e privata, di «procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale» (lettera *a*); la possibilità per i Comuni con un limitato numero di residenti, di «svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata» (lettera *b*).

Quanto alla formulazione originaria della norma, le ricorrenti evocano quale parametro di costituzionalità l'art. 117, sesto comma, Cost., secondo cui la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle sole materie di potestà legislativa esclusiva statale, salvo delega alle Regioni. La sola Regione Piemonte evoca anche l'art. 117, secondo e quarto comma, Cost., nonché «il principio di ragionevolezza e leale collaborazione» (artt. 3 e 120 Cost.).

Quanto alla formulazione vigente della norma, la Regione Emilia-Romagna (ricorso n. 13 del 2010) evoca quale parametro l'art. 117, secondo e quarto comma, Cost.

Tutte le disposizioni oggetto di censura violerebbero gli evocati parametri: in via principale, perché lo Stato, non avendo potestà legislativa in materia, non ha neanche potestà regolamentare né in relazione alla lettera *a*), né in relazione alla lettera *b*) dell'art. 10; in via subordinata, perché il solo modo di contemporare le competenze rispettive dello Stato e delle Regioni consisterebbe nel sottoporre il regolamento all'intesa della Conferenza Stato-Regioni o della Conferenza unificata, in luogo del semplice parere previsto dalle disposizioni impugnate, tenuto conto dell'inestricabile intreccio esistente al riguardo tra le materie oggetto di potestà concorrente (come il coordinamento della finanza pubblica, fondamento della lettera

a) o esclusiva delle Regioni (come nel caso della gestione associata dei servizi locali, oggetto della lettera *b*), e la competenza dello Stato.

In riferimento alla prima parte della lettera *a*) – in cui si prevede che la potestà regolamentare dello Stato prescriva l’assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno – la questione è fondata.

Infatti, l’ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (sentenze n. 284 e n. 237 del 2009; n. 267 del 2006), di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, per le quali soltanto l’art. 117, sesto comma, Cost. attribuisce allo Stato la potestà regolamentare.

In riferimento alla seconda parte della lettera *a*) – che stabilisce che la potestà regolamentare dello Stato prescriva alle società *in house* e alle società a partecipazione mista pubblica e privata di osservare «procedure ad evidenza pubblica per l’acquisto di beni e servizi e l’assunzione di personale» – la questione non è fondata.

Tale disposizione, infatti, attiene, in primo luogo, alla materia della tutela della concorrenza, perché è finalizzata ad evitare che, nel caso di affidamenti diretti, si possano determinare distorsioni dell’assetto concorrenziale del mercato nella fase, successiva all’affidamento del servizio, dell’acquisizione degli strumenti necessari alla concreta gestione del servizio stesso. In secondo luogo, essa attiene anche alla materia dell’ordinamento civile, anch’essa di competenza esclusiva dello Stato, in quanto impone alla particolare categoria di società cui è affidata in via diretta la gestione di servizi pubblici locali una specifica modalità di conclusione dei contratti per l’acquisto di beni e servizi e per l’assunzione di personale (sulla riconduzione delle modalità di conclusione dei contratti alla materia dell’ordinamento civile, *ex plurimis*, sentenza n. 295 del 2009). Ne consegue che la previsione del semplice parere della «Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni», anziché dell’intesa, non lede alcuna competenza regionale.

In riferimento alla lettera *b*) – che attribuisce allo Stato la potestà di prevedere con regolamento che «i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata» –, la questione è, del pari, non fondata.

Infatti, l’ambito nel quale il regolamento statale interviene attiene alla materia «tutela della concorrenza», avendo per oggetto la determinazione della dimensione ottimale della gestione del servizio (sentenza n. 246 del 2009, punti 12.2. e 12.5. del *Considerato in diritto*). Ne consegue, anche in tal caso, che la previsione del semplice parere della «Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni», anziché dell’intesa, non lede alcuna competenza regionale.

13. – Al terzo dei sopra indicati nuclei tematici (analizzato al punto 8.), relativo al principio di ragionevolezza, sotto il profilo della proporzionalità ed adeguatezza, attengono alcune delle questioni proposte dalle Regioni Piemonte, Liguria, Umbria, Toscana ed Emilia-Romagna.

13.1. – Occorre innanzitutto esaminare le questioni proposte dalle Regioni Piemonte ed Emilia-Romagna che, in ragione della loro formulazione, non consentono un esame nel merito.

13.1.1. – La Regione Piemonte (con il ricorso n. 77 del 2008) censura il testo originario del comma 8 dell’art. 23-*bis* in riferimento agli artt. 5, 114, 117, sesto comma, e 118 Cost., sul rilievo che detto comma determina la cessazione «di tutti gli affidamenti attribuiti secondo la disciplina previgente (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 5, lettera c), ponendo in forse l’attuazione dei piani gestionali e di investimento, nonché i relativi piani tariffari, travolgendo rapporti giuridici perfezionati ed in via di esecuzione che le parti vogliono vedere procedere secondo la loro scadenza naturale, al pari delle concessioni rilasciate ad imprese terze secondo le procedure ad evidenza pubblica».

La questione è inammissibile, per difetto di motivazione, in quanto la ricorrente non spiega perché gli evocati parametri siano violati. E ciò, a prescindere dalla considerazione svolta al punto 8.2., secondo cui il legislatore statale può legittimamente stabilire, come nel caso in esame, una disciplina transitoria allo scopo di modulare nel tempo gli effetti del divieto di utilizzazione in via ordinaria dello strumento della gestione *in house*.

13.1.2. – La Regione Piemonte (con il ricorso n. 16 del 2010) impugna il testo del comma 8 dell’art. 23-*bis*, come modificato dall’art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, in riferimento agli artt. 3, 5, 42, 114, 117, sesto comma, e 118, Cost., perché stabilisce «una generalizzata cessazione anticipata al 31 dicembre 2011 disposta *ex lege* per tutti gli affidamenti *in house providing*, anche di quelli effettuati dagli enti territoriali in conformità all’ordinamento comunitario e italiano, con grave svalutazione dei valori di mercato dei corrispettivi di cessione delle partecipazioni a causa della simultanea attuazione su tutto il territorio nazionale dell’alienazione del 40% di un numero rilevante di società in mano agli enti locali».

La questione è inammissibile, perché si risolve in una valutazione critica in termini di convenienza economica in ordine ai tempi di attuazione della riforma degli affidamenti; valutazione che rimane riservata alla discrezionalità del legislatore.

13.1.3. – La Regione Emilia-Romagna (ricorso n. 13 del 2010) impugna il comma 9 dell’art. 23-*bis*, nel testo modificato dall’art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009 – il quale pone, attraverso un’articolata previsione, limiti alla possibilità per i gestori di SPL di gestire servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi o di svolgere servizi od attività per altri enti pubblici o privati – in riferimento all’art. 117, quarto comma, Cost., perché reca interventi irragionevoli e non proporzionali agli scopi di tutela della concorrenza prefissati.

La questione è inammissibile per genericità, perché la ricorrente non chiarisce le ragioni per cui la disciplina contenuta nella disposizione censurata sarebbe irragionevole e non proporzionale alla tutela della concorrenza.

13.2. – Le questioni attinenti allo stesso terzo nucleo tematico (concernente la ragionevolezza della disciplina censurata) che devono essere scrutinate nel merito sono state proposte dalle Regioni Piemonte, Liguria, Umbria e Toscana.

13.2.1. – La Regione Piemonte censura i commi 2, 3 e 4 dell’art. 23-*bis* sia nel testo originario (ricorso n. 77 del 2008) che nel testo modificato dall’art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009 (ricorso n. 10 del 2010), nonché il comma 1-ter dell’art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009, in relazione all’art. 117, secondo comma, «con riferimento all’art. 3 Cost.», perché la disciplina contenuta nelle disposizioni censurate, anche ove fosse ritenuta di tutela della concorrenza, difetterebbe di proporzionalità e adeguatezza.

Le Regioni Liguria e Umbria censurano – per il caso in cui «fosse ritenuta legittima l'imposizione di un regime "ordinario" di affidamento del servizio all'esterno e la limitazione a casi eccezionali di forme di gestione non concorrenziali» – i commi 2, lettera *b*), e 3 dell'art. 23-*bis*, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, nella parte in cui regolano in dettaglio l'affidamento del servizio a società miste e le forme di affidamento non competitive, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera *e*), e quarto comma, Cost., lamentando che dette disposizioni contrastano con il criterio di proporzionalità che deve guidare la tutela della concorrenza, invadendo il campo riservato alla potestà legislativa regionale in materia di servizi pubblici, in quanto pongono ulteriori vincoli alla potestà legislativa regionale, senza che essi risultino funzionali ad una maggiore promozione della concorrenza, della quale potrebbero persino risultare limitativi.

Le ricorrenti lamentano che le norme denunciate violano il principio di ragionevolezza sotto il profilo della proporzionalità e adeguatezza nella materia della tutela della concorrenza attraverso l'apposizione di limiti all'utilizzabilità della gestione *in house*, rappresentati dalle peculiari circostanze richieste dal comma 3 per consentire il ricorso all'*in house providing*; con ciò intendendo chiedere che sia garantita agli enti territoriali la possibilità di scegliere discrezionalmente se fare ricorso a tale forma di gestione, indipendentemente dalla sussistenza di eccezionali situazioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato.

Le questioni non sono fondate.

Come già ampiamente evidenziato al punto 8., le norme censurate devono, invece, essere considerate proporzionate e adeguate, perché:

a) esse si innestano coerentemente in un sistema normativo interno in cui già vige il divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia, nel quale, pertanto, i casi di affidamento *in house* debbono essere eccezionali e tassativamente previsti;

b) l'ordinamento comunitario, in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici, costituisce solo un minimo inderogabile per i legislatori degli Stati membri e, pertanto, non osta a che la legislazione interna disciplini più rigorosamente, nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento;

c) quando non ricorrono le condizioni per l'affidamento diretto, l'ente pubblico ha comunque la facoltà di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio.

13.2.2. – La Regione Piemonte censura i commi 3 e 4 dell'art. 23-*bis*, sia nel testo originario (ricorso n. 77 del 2008) che nel testo vigente (ricorso n. 16 del 2010), in riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di ragionevolezza, perché essi contengono «norme di dettaglio così puntuali che non sarebbero neppure compatibili con una competenza esclusiva dello Stato [...] e in violazione del principio di ragionevolezza (ex art. 3, secondo comma, Cost.) poiché della legge impugnata non si comprendono le ragioni di una disciplina differenziata per l'ambito locale dei pubblici servizi rispetto a quella generalmente prevista per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed in genere per le autorità di regolazione».

La questione non è fondata.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la previsione di norme di dettaglio – come visto al punto 8.1.1. – non viola di per sé il principio di

ragionevolezza; e ciò a prescindere dal fatto che nelle materie di competenza esclusiva statale, come la tutela della concorrenza, non rileva la distinzione tra norme di dettaglio e norme di principio. Deve aggiungersi, inoltre, che il *tertium comparationis* della disciplina «generalmente prevista per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed in genere per le autorità di regolazione» è inconferente con la fattispecie in esame, perché non si riferisce all'ambito della disciplina dei pubblici servizi, ma a quello, del tutto diverso, del funzionamento dell'AGCM e delle autorità di regolazione. Tutto ciò a prescindere dalla soluzione del problema se l'AGCM abbia o no natura di autorità di regolazione.

13.2.3. – La Regione Toscana impugna il comma 8 dell'art. 23-*bis*, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, in riferimento all'art. 117, primo comma, secondo comma, lettera e), e quarto comma Cost., perché, nel dettare la disciplina transitoria e, in particolare, nel fissare i termini entro cui cessano gli affidamenti in essere, non rispetta i principi di adeguatezza e di proporzionalità cui deve attenersi il legislatore statale nella legislazione avente finalità pro concorrenziali.

La ricorrente lamenta, in sostanza, che le norme denunciate violano il principio di ragionevolezza sotto il profilo della proporzionalità e adeguatezza nella materia «tutela della concorrenza», attraverso l'apposizione di limiti temporali agli affidamenti diretti già in essere.

La questione non è fondata.

Come più analiticamente evidenziato al punto 8.2., tali limiti temporali per la cessazione delle gestioni dirette in essere devono ritenersi congrui e ragionevoli, perché sono sufficientemente ampi da consentire di attenuare le conseguenze economiche negative della cessazione anticipata della gestione e, pertanto, escludono che il gestore possa invocare quell'incolpevole affidamento nella durata naturale del contratto di servizio che, solo, potrebbe determinare l'irragionevolezza della norma; e ciò a prescindere dall'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore in materia di disciplina transitoria.

13.2.4. – La Regione Piemonte (ricorso n. 77 del 2008) censura il comma 8 dell'art. 23-*bis* nella formulazione originaria – la quale prevede che, in generale «le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010» – in relazione agli artt. 41, 114 e 117, secondo comma, Cost. e «con riferimento all'art. 3, Cost.», perché si pone in contrasto con «il principio di ragionevolezza e di concorrenza comunitaria» che la stessa disposizione proclama di voler affermare ed addirittura di voler superare, in quanto essa «si configura come ennesima [...] norma di sanatoria degli affidamenti al mercato dei produttori seppur disposti ancora una volta in difetto di evidenza pubblica, con proroga di cui le imprese terze si possono giovare *ex lege* sino alla data indicata dal 31 dicembre 2010». La ricorrente censura altresì lo stesso comma nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, il quale prevede che gli affidamenti diretti già in essere cessano in date successive, a partire dal 31 dicembre 2011, a seconda delle diverse tipologie degli affidamenti stessi, per violazione degli artt. 3, 5, 42, 114, 117, sesto comma, e 118, Cost., rilevando che esso irragionevolmente realizza una sanatoria *ex lege* di affidamenti «illegittimi» «lesivi della concorrenza che la stessa legge qui impugnata proclama di voler riaffermare».

La ricorrente lamenta, in sostanza, che la norma impugnata – in entrambe le sue formulazioni – opera una «sanatoria», in deroga al sistema creato dallo stesso legislatore, che vieta in via ordinaria il ricorso all'*in house providing*, ammettendolo solo in casi particolari.

Le questioni non sono fondate.

Deve qui rilevarsi che la proroga della durata delle «concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica», di cui al censurato comma 8, va intesa come riferita non agli affidamenti *in house* non rispettosi della normativa comunitaria – come erroneamente ritiene la ricorrente – ma solo a quelli che, benché in origine rispettosi della normativa comunitaria e nazionale, risultano privi dei requisiti oggi richiesti dal censurato art. 23-bis. Ne consegue che tale previsione è ragionevole – e dunque legittima –, perché non opera alcuna sanatoria, ma si limita a stabilire una disciplina transitoria per modulare nel tempo gli effetti del divieto di utilizzazione in via ordinaria dello strumento della gestione *in house*.

13.2.5. – La Regione Piemonte (con il ricorso n. 16 del 2010) censura il comma 8 dell'art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, in riferimento agli artt. 3, 5, 42, 114, 117, sesto comma, e 118, Cost., perché tratta in modo uguale fattispecie significativamente diverse e non scagliona nel tempo il ricorso al mercato.

La questione non è fondata, perché – contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente – la disposizione censurata diversifica adeguatamente, come rilevato in modo specifico al punto 8.2., la cessazione degli affidamenti diretti in atto, sia in relazione alle diverse categorie di affidatari sia in relazione al tempo.

14. – Al quarto dei nuclei tematici sopra evidenziati (analizzato al punto 9.), relativo all'individuazione della competenza legislativa regionale o statale nella determinazione della rilevanza economica dei SPL, attiene, oltre alla questione proposta dalla Regione Marche già trattata al punto 11.4. e dichiarata non fondata, una diversa questione, proposta dalla stessa Regione – per il caso in cui il comma 1-ter dell'art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009 non possa interpretarsi nel senso che il servizio idrico integrato è sottoposto alla disciplina dell'art. 23-bis solo nei casi in cui «gli enti competenti abbiano scelto di organizzarlo in modo da conferirvi rilevanza economica» – ed avente ad oggetto i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 e l'art. 15, comma 1-ter, dello stesso decreto-legge n. 135 del 2009, nella parte in cui si riferiscono al servizio idrico integrato.

Ad avviso della ricorrente, dette disposizioni violano l'art. 117, sesto comma, Cost., il quale attribuisce agli enti locali territoriali la potestà regolamentare «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite», perché la legge statale non può imporre, in via generale e astratta, ed in modo del tutto inderogabile, la configurazione del servizio idrico integrato quale «servizio pubblico locale avente rilevanza economica», spettando tale qualificazione alla potestà regolamentare degli enti locali.

La questione non è fondata.

Infatti, l'art. 117, sesto comma, Cost. non pone una riserva di regolamento degli enti locali per la qualificazione come economica dell'attività dei servizi pubblici, perché tale qualificazione attiene – come visto al punto 9. – alla materia «tutela della concorrenza», di competenza legislativa esclusiva dello Stato, al quale pertanto

spetta la potestà regolamentare nella stessa materia, ai sensi del primo periodo del sesto comma dell'art. 117 Cost.

15. – Il quinto dei nuclei tematici menzionati si riferisce – come visto al punto 2. – alla dedotta violazione degli artt. 3 e 97 Cost., sotto il profilo dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi.

In particolare, la Regione Piemonte impugna i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis*, sia nel testo originario (ricorso n. 77 del 2008) che nel testo vigente (ricorso n. 16 del 2010), sul rilievo che essi violano gli evocati parametri, perché: a) la disciplina dell'affidamento del servizio pubblico locale nella forma organizzativa dell'*in house providing* contenuta nelle disposizioni censurate risulta lesiva della «competenza delle regioni e degli enti locali ove la s'intenda come disciplina ulteriore rispetto a quella generale sul procedimento amministrativo che da tempo prevede il dovere di motivazione degli atti amministrativi (art. 3, legge 7 agosto 1990, n. 241), secondo molti posto in attuazione del principio costituzionale di motivazione delle scelte della amministrazioni pubbliche quanto meno nella cura di pubblici interessi»; b) «non è ravvisabile nel caso in esame alcun interesse pubblico prevalente capace di fondare sia l'esenzione dal generale dovere di motivazione per l'affidamento ad imprese terze (art. 23-*bis*, secondo comma), sia viceversa la limitazione dei casi sui quali può essere portata la motivazione a fondamento di altre soluzioni organizzative».

La ricorrente lamenta, in sostanza, che le norme impugnate stabiliscono per l'ente affidante l'obbligo di motivare, in base ad un'analisi di mercato, solo la scelta di procedere all'affidamento *in house* del servizio pubblico (art. 23-*bis*, comma 3) e non quella di procedere all'affidamento mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (art. 23-*bis*, comma 2); obbligo che sarebbe in contrasto con gli evocati parametri, perché ulteriore rispetto al generale obbligo di motivazione degli atti amministrativi.

La questione è inammissibile.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, le Regioni sono legittimate a censurare le leggi dello Stato, mediante impugnazione in via principale, esclusivamente per questioni attinenti alla lesione del sistema di riparto delle competenze legislative, ammettendosi la deducibilità di altri parametri costituzionali soltanto ove la loro violazione comporti una compromissione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite (*ex plurimis*, sentenze n. 156 e n. 52 del 2010; n. 289 e n. 216 del 2008). Ne deriva – in relazione al caso di specie – l'inammissibilità della questione proposta, perché la prospettata violazione dell'obbligo di motivazione di cui agli artt. 3 e 97 Cost. non comporta una compromissione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite, né ridonda sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. E ciò, a prescindere dalla considerazione che i parametri evocati non vietano che il legislatore stabilisca specifici obblighi di motivazione per le sole deroghe fondate sulle peculiari situazioni di fatto di cui al comma 3 e non per le situazioni ordinarie di cui al comma 2.

16. – Il sesto dei nuclei tematici evidenziati al punto 2. riguarda l'asserita irragionevole diversità di disciplina fra il servizio idrico integrato e gli altri servizi pubblici locali.

La Regione Piemonte (ricorso n. 77 del 2008) censura – sempre in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost. – il comma 10 dell'art. 23-*bis*, nel testo originario, sul rilievo che esso rinvia a regolamenti governativi la disciplina transitoria dei servizi pubblici

locali diversi da quello idrico, «con una irragionevole differenza di trattamento che non appare giustificata [...] per il servizio idrico integrato per il quale la legge statale indica senz'altro in via generale ed astratta la data di scadenza fissa del 31 dicembre 2010, mentre per gli altri servizi pubblici consente al regolamento la previsione di adeguati "tempi differenziati" in ragione di eterogeneità dei servizi presi in considerazione».

Anche tale questione è inammissibile, in base a quanto già osservato al punto 15., perché la ricorrente non ha dedotto alcuna lesione della propria sfera di competenza, ma si è limitata a lamentare l'irragionevolezza della disposizione censurata.

17. – Al settimo dei nuclei tematici elencati al punto 2., attinente alla lamentata violazione dell'autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali, sono riconducibili alcune questioni poste dalle Regioni Marche, Liguria, Umbria ed Emilia-Romagna.

17.1. – Vanno preliminarmente esaminate le questioni proposte dalle Regioni Marche, Liguria ed Umbria, che non consentono un esame nel merito.

17.1.1. – La Regione Marche censura l'art. 15, comma 1-ter, del decreto-legge n. 135 del 2009, nella parte in cui si riferisce al servizio idrico integrato, per violazione dell'art. 119, sesto comma, Cost.

La ricorrente lamenta che la disposizione censurata si limita a prevedere il «rispetto» del «principio» «di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche», senza assicurare in alcun modo la salvaguardia, né sotto il profilo formale, né sotto il profilo sostanziale, della proprietà pubblica delle «infrastrutture idriche», in particolare:

- a) determinando «il sostanziale "svuotamento" della proprietà pubblica dei beni appartenenti al demanio idrico regionale e locale, beni che risulteranno, per espresso disposto del richiamato art. 153, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, necessariamente e *ope legis* "affidati in concessione d'uso gratuita" al gestore privato del servizio idrico integrato»;
- b) omettendo di prevedere una specifica clausola di salvaguardia a favore della proprietà pubblica delle infrastrutture idriche di cui le Regioni e gli enti locali siano in concreto titolari.

La questione è inammissibile.

Essa, infatti, ha per oggetto non la disciplina posta dalla disposizione denunciata, ma l'art. 153, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, disposizione che effettivamente prevede l'affidamento in concessione d'uso gratuita delle infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali e che non è stata impugnata. La ricorrente è quindi incorsa in una evidente *aberratio ictus*. Quanto, poi, al censurato art. 15, comma 1-ter, la ricorrente si limita a denunciare che il legislatore ha omesso di prevedere una clausola di salvaguardia a favore della proprietà pubblica delle infrastrutture idriche. La Regione Marche, formulando una censura generica e rivolta contro una mera omissione del legislatore, demanda a questa Corte l'indebito onere di introdurre una disciplina non indicata dalla stessa ricorrente e, comunque, non costituzionalmente obbligata.

17.1.2. – Le Regioni Liguria (ricorso n. 12 del 2010) e Umbria impugnano il comma 8 dell'art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009 in riferimento all'art. 119 Cost., sotto il profilo della violazione

dell'autonomia finanziaria degli enti locali, perché «impone ad essi di cedere rilevanti quote delle società da essi controllate».

La questione è inammissibile per genericità, perché le ricorrenti non indicano le ragioni per cui alla cessione delle quote delle società controllate dagli enti locali conseguirebbe l'effetto della denunciata lesione della loro autonomia finanziaria.

17.2. – L'unica questione attinente al settimo nucleo tematico che può essere esaminata nel merito è quella proposta dalla Regione Emilia-Romagna con il ricorso n. 13 del 2010.

La ricorrente impugna il comma 8 dell'art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, sostenendo che esso viola l'art. 119, sesto comma, Cost., perché impone «alle Amministrazioni pubbliche di liberarsi di una quota del proprio patrimonio societario a prescindere dalla convenienza economica dell'operazione, e quindi dalla considerazione in concreto del tempo, delle modalità, della quantità, valutazioni indispensabili ad evitare che si produca una svendita coatta di capitali pubblici».

La questione non è fondata.

Il parametro costituzionale evocato, infatti, garantisce alle Regioni e agli enti locali un patrimonio, precisando però che esso è «attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato». L'autonomia patrimoniale delle Regioni e degli enti locali non è, dunque incondizionata, ma si conforma ai principi che il legislatore statale fissa nelle materie di sua competenza legislativa, fra cui va certamente ricompreso quella della tutela della concorrenza, disciplinata, nel caso in esame, proprio dalle norme censurate.

18. – Devono essere ora trattate le questioni poste dal Presidente del Consiglio dei ministri aventi ad oggetto i commi 1, 4, 5, 6 e 14 dell'art. 4 della legge della Regione Liguria n. 39 del 2008.

18.1. – Il ricorrente impugna, in primo luogo, i commi 1 e 14 di detto articolo in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., anche per il tramite dell'art. 161, comma 4, lettera c), del d.lgs. n. 152 del 2006. Tale ultima disposizione prevede, tra l'altro, che sia il Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche e non la Giunta regionale a redigere il contenuto di una o più convenzioni-tipo da adottare con decreto del Ministro per l'ambiente e per la tutela del territorio e del mare.

18.1.1. – Ad avviso della difesa dello Stato, il censurato comma 1 – il quale affida alla Giunta regionale la competenza ad approvare lo schema-tipo di contratto di servizio e di convenzione di cui all'art. 151 del d.lgs. n. 152 del 2006 – si pone in contrasto con il comma 4, lettera c), del nuovo testo dell'art. 161 dello stesso decreto legislativo, il quale ha «tacitamente abrogato» detto art. 151 ed ha attribuito al «Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche» – e non alla Giunta regionale – la competenza a redigere il contenuto di una o più delle suddette convenzioni-tipo; convenzioni da adottare con decreto del Ministro per l'ambiente e per la tutela del territorio e del mare, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano.

La resistente Regione Liguria eccepisce l'improcedibilità della questione, sul rilievo che l'art. 9-bis, comma 6, del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39 (Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 giugno 2009, n. 77, ha soppresso il Comitato per la

vigilanza sull'uso delle risorse idriche (COVIRI), sostituendolo con la Commissione nazionale per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche (CONVIRI), la quale non ha le stesse competenze del soppresso Comitato.

L'eccezione deve essere rigettata.

La questione non è improcedibile, perché lo stesso art. 9-*bis*, comma 6, del decreto-legge n. 39 del 2009, citato dalla resistente, stabilisce che il CONVIRI subentra nelle competenze già attribuite al COVIRI. Esso, infatti, testualmente prevede che «la Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, [...] a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è istituita presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, subentrando nelle competenze già attribuite all'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti [...] e successivamente attribuite al Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, il quale, a decorrere dalla medesima data, è soppresso». Ne consegue che, data l'identità delle competenze del COVIRI e del CONVIRI, viene meno il presupposto della prospettata eccezione e, pertanto, non si verifica la dedotta improcedibilità, con conseguente trasferimento della questione alla disposizione censurata, quale risultante dalle modificazioni legislative sopra indicate. Nel merito, la questione è fondata.

Come si è ampiamente rilevato al punto 7, la disciplina del servizio idrico integrato va ascritta alla competenza esclusiva dello Stato nelle materie «tutela della concorrenza» e «tutela dell'ambiente» (sentenza n. 246 del 2009) e, pertanto, è inibito alle Regioni derogare a detta disciplina. Nella specie, la Regione è intervenuta, appunto, in tali materie, dettando una disciplina che si pone in contrasto con quella statale, in quanto attribuisce alla Giunta regionale una serie di competenze amministrative spettanti – come invece dispongono le norme interposte evocate dal ricorrente – al COVIRI (ora CONVIRI). Risulta così violato l'evocato parametro costituzionale, che riserva allo Stato la competenza legislativa nella materia «tutela dell'ambiente» (art. 117, secondo comma, lettera s, Cost.).

18.1.2. – La difesa dello Stato lamenta che il censurato comma 14 dell'art. 4 della legge della Regione Liguria n. 39 del 2008 – il quale affida all'Autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO) la competenza a definire «i contratti di servizio, gli obiettivi qualitativi dei servizi erogati, il monitoraggio delle prestazioni, gli aspetti tariffari, la partecipazione dei cittadini e delle associazioni dei consumatori di cui alla legge regionale 2 luglio 2002, n. 26» – si pone «in contrasto con la normativa statale», cioè con il sopra citato comma 4, lettera c), del nuovo testo dell'art. 161 del d.lgs. n. 152 del 2006, il quale ha attribuito al COVIRI la relativa competenza.

La resistente Regione Liguria eccepisce l'inammissibilità della questione, in quanto generica, perché non sarebbero specificati i profili che determinano il contrasto con la norma statale.

L'eccezione deve essere rigettata.

La questione non è generica, perché i profili di contrasto sono sufficientemente precisati. Dalla lettura complessiva della censura, infatti, è agevole rilevare che la norma statale evocata quale parametro interposto è il comma 4, lettera c), del nuovo testo dell'art. 161 del d.lgs. n. 152 del 2006, evocato anche nella precedente questione al punto 18.1.1. e che si denuncia l'attribuzione all'Autorità d'ambito di una serie di competenze amministrative spettanti, invece, al COVIRI.

Nel merito, la questione è fondata per le stesse ragioni indicate al punto precedente. Anche in tal caso, infatti, la Regione è intervenuta, nella materia «tutela dell’ambiente», attribuendo all’Autorità d’ambito una serie di competenze amministrative spettanti, invece, al COVIRI (ora CONVIRI), ai sensi dell’art. 161, comma 4, lettera c), del d.lgs. n. 152 del 2006, ed ha pertanto violato l’art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.

18.2. – Il ricorrente censura, altresì, il comma 4 del medesimo art. 4 della legge della Regione Liguria n. 39 del 2008, il quale prevede la competenza dell’Autorità d’ambito a provvedere all’affidamento del servizio idrico integrato, «nel rispetto dei criteri di cui all’articolo 113, comma 7, del d.lgs. 267/2000 e delle modalità di cui agli articoli 150 e 172 del d.lgs. 152/2006». La censura è proposta in relazione alla violazione dell’art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, per il tramite dell’art. 23-bis, commi 2, 3 e 11, del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo originario.

La difesa dello Stato evidenzia che il comma denunciato, prevedendo che l’AATO provvede all’affidamento del servizio idrico integrato, «nel rispetto dei criteri di cui all’articolo 113, comma 7, del d.lgs. 267/2000 e delle modalità di cui agli articoli 150 e 172 del d.lgs. 152/2006», richiama l’art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, il quale consente all’Autorità d’ambito di scegliere la forma di gestione del servizio tra quelle elencate nell’art. 113, comma 5, TUEL. Tale ultima disposizione prevede, a sua volta, che «L’erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell’Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

- a) a società di capitali individuate attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;
- c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l’ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano».

Ad avviso della difesa dello Stato, la norma censurata, richiamando le forme di gestione dei SPL di cui al citato art. 113, comma 5, TUEL, si pone in contrasto con l’art. 23-bis, del decreto-legge n. 112 del 2008, il quale dispone, invece, che le parti del citato art. 113 incompatibili con le prescrizioni dello stesso art. 23-bis sono abrogate (comma 11), e prevede come regola per l’affidamento dei servizi pubblici locali non più quella fissata dagli artt. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006 e 113 TUEL, bensì quella della procedura competitiva ad evidenza pubblica (comma 2), ferma restando la possibilità di ricorrere all’affidamento diretto solo in presenza delle condizioni di cui al comma 3 del medesimo articolo.

La Regione Liguria eccepisce la cessazione della materia del contendere, rilevando che il censurato comma 4 dell’art. 4 della legge della Regione Liguria n. 39 del 2008, il quale regola le competenze delle Autorità d’ambito, non ha avuto in concreto alcuna applicazione e non potrà averne, in quanto tali Autorità sono state abolite dal decreto-legge n. 135 del 2009 prima che nella Regione si procedesse alla loro istituzione.

L’eccezione deve essere rigettata.

La materia del contendere non è cessata, perché il decreto-legge n. 135 del 2009 non ha soppresso le Autorità d’ambito con effetto immediato. V’è, dunque, la possibilità che tali Autorità vengano ancora istituite ed operino fino al termine fissato dalla legge per la loro soppressione e, cioè, fino al termine di un anno indicato dall’art. 2, comma 186-bis, della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato legge – finanziaria 2010). Tale norma dispone, infatti, che «Decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono soppresse le Autorità d’ambito territoriale di cui agli articoli 148 e 201 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni. Decorso lo stesso termine, ogni atto compiuto dalle Autorità d’ambito territoriale è da considerarsi nullo. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Le disposizioni di cui agli articoli 148 e 201 del citato decreto legislativo n. 152 del 2006, sono efficaci in ciascuna regione fino alla data di entrata in vigore della legge regionale di cui al periodo precedente. I medesimi articoli sono comunque abrogati decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge».

Nel merito, la questione è fondata.

La norma censurata impone, infatti, l’applicazione del comma 5 dell’art. 113 TUEL, cioè di un comma abrogato per incompatibilità dal citato art. 23-bis, con il quale, pertanto, si pone in contrasto. L’art. 23-bis prevede infatti, come sopra osservato, che «l’art. 113 del testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo» (comma 11). In particolare, il citato comma 5 dell’art. 113 è palesemente incompatibile con i commi 2, 3 e 4 dell’art. 23-bis, perché disciplina le modalità di affidamento del SPL in modo difforme da quanto previsto da detti commi, evocati come norme interposte.

18.3. – Il ricorrente censura, in terzo luogo – per contrasto con l’art. 23-bis, commi 8 e 9, del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo originario, e, di conseguenza, con l’art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. – i commi 5 e 6 del medesimo art. 4 della legge della Regione Liguria n. 39 del 2008, i quali prevedono, rispettivamente, che: a) «Resta ferma la previsione di cui all’articolo 113, comma 15-bis, del d.lgs. 267/2000; a tal fine l’AATO determina la data di cessazione delle concessioni esistenti, avuto riguardo alla durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure ad evidenza pubblica, salva la possibilità di determinare caso per caso la cessazione in una data successiva, qualora la medesima risulti proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati dal gestore, fermi restando l’aggiornamento e la rinegoziazione delle convenzioni in essere» (comma 5); b) «L’AATO individua forme e modalità dirette all’integrazione del servizio di gestione dei rifiuti e del servizio idrico, avuto riguardo agli affidamenti esistenti che non risultano cessati nei termini di cui all’articolo 113, comma 15-bis, del d.lgs. 267/2000, al fine di pervenire al superamento della frammentazione del servizio nel territorio dell’ambito» (comma 6).

A sua volta, il comma 15-bis dell’art. 113 TUEL – richiamato dalle suddette disposizioni censurate – prevede, con un’articolata serie di eccezioni soggettive, che «nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un

congruo periodo di transizione [...] le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, relativamente al solo servizio idrico integrato al 31 dicembre 2007, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante».

Lo Stato lamenta che i commi censurati, disciplinando la cessazione delle concessioni esistenti ed il relativo regime transitorio degli affidamenti del servizio idrico integrato effettuati senza gara, attraverso il rinvio alle disposizioni di cui all'art. 113, comma 15-bis, TUEL, contrastano con l'art. 23-bis, commi 8 e 9, del decreto-legge n. 112 del 2008, che – come visto – ha abrogato l'art. 113 citato nelle parti incompatibili con le sue disposizioni e che fissa al 31 dicembre 2010 la data per la cessazione delle concessioni esistenti rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica.

Anche in relazione a tale questione, la Regione Liguria eccepisce la cessazione della materia del contendere per i motivi esposti al punto 18.2.

Tale eccezione deve essere parimenti rigettata per le stesse ragioni indicate al medesimo punto 18.2.

Nel merito, la questione è fondata.

Come già osservato al punto 18.2., la norma censurata impone l'applicazione del comma 15-bis dell'art. 113 TUEL, abrogato per incompatibilità dall'art. 23-bis, con il quale, pertanto, si pone in contrasto. Il citato comma 15-bis dell'art. 113 TUEL, infatti, è incompatibile con il suddetto art. 23-bis, perché disciplina il regime transitorio degli affidamenti diretti del servizio pubblico locale in modo difforme da quanto previsto dal parametro interposto. Ne deriva la violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

19. – Devono essere infine trattate le questioni proposte dal Presidente del Consiglio dei ministri in merito al comma 1 dell'art. 1 della legge della Regione Campania n. 2 del 2010, il quale prevede la competenza della medesima Regione a disciplinare il servizio idrico integrato regionale come servizio privo di rilevanza economica ed a stabilire autonomamente sia le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio sia il termine di decadenza degli affidamenti in essere.

La difesa dello Stato lamenta che la disposizione viola l'art. 117, commi primo e secondo, lettera e), Cost., nonché, quali norme interposte, gli artt. 141 e 154 del d.lgs. n. 152 del 2006, l'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, il decreto-legge n. 135 del 2009 e l'art. 113 TUEL – i quali stabiliscono che il servizio idrico integrato ha rilevanza economica – perché:

- a) prevede che la Regione disciplini il servizio predetto «come servizio privo di rilevanza economica»;
- b) regola in modo del tutto difforme dall'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio ed il termine di decadenza degli affidamenti in essere, prevedendo che «tutte le forme attualmente in essere di gestione del servizio idrico con società miste o interamente private decadono a far data dalle scadenze dei contratti di servizio in essere».

Entrambe le questioni sono fondate, perché le disposizioni censurate sono in contrasto con la normativa statale evocata quale parametro interposto ed emanata nell'esercizio della competenza esclusiva dello Stato nella materia «tutela della concorrenza» (come più diffusamente argomentato al punto 7.).

In particolare, la questione di cui al punto a) è fondata, perché la disposizione censurata si pone in evidente contrasto con le sopra indicate norme statali interposte, le quali ricoprendono il servizio idrico integrato tra i servizi dotati di rilevanza economica. Come visto al punto 9., infatti, la disciplina statale pone una nozione generale e oggettiva di rilevanza economica, alla quale le Regioni non possono sostituire una nozione meramente soggettiva, incentrata cioè su una valutazione discrezionale da parte dei singoli enti territoriali.

La questione di cui al punto b) è del pari fondata, perché la disposizione censurata, che individua le figure soggettive cui conferire la gestione del servizio idrico e determina un regime transitorio per la cessazione degli affidamenti diretti già in essere, si pone in evidente contrasto con il regime transitorio disciplinato dall'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, il quale – come visto al punto 7. – non può essere oggetto di deroga da parte delle Regioni.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi;

riservata a separate pronunce la decisione delle altre questioni di legittimità costituzionale promosse dalle Regioni Emilia-Romagna (ricorso n. 69 del 2008) e Liguria (ricorso n. 72 del 2008), nonché dal Presidente del Consiglio dei ministri (ricorso n. 51 del 2010);

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 23-bis, comma 10, lettera a), prima parte, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria) – articolo aggiunto dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133 – sia nel testo originario, sia in quello modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee), convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, limitatamente alle parole: «l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e»;

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1, 4, 5, 6 e 14, della legge della Regione Liguria 28 ottobre 2008, n. 39 (Istituzione della Autorità d'Ambito per l'esercizio delle funzioni degli enti locali in materia di risorse idriche e gestione dei rifiuti ai sensi del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 – Norme in materia ambientale);

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge della Regione Campania 21 gennaio 2010, n. 2 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione Campania – Legge finanziaria anno 2010);

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 23-bis, nel testo originario, nonché dei commi 2, 3 e 4 dello stesso art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, promosse, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., dalla Regione Piemonte, con i ricorsi indicati in epigrafe;

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis, sia nel testo originario (ricorso n. 77 del 2008) sia nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, nonché del comma 10 dello

stesso articolo, nel testo originario, promosse, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., dalla Regione Piemonte, con i ricorsi indicati in epigrafe;

dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, promossa, in riferimento all'art. 117, primo, secondo e quarto comma, Cost., dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale del comma 8 dell'art. 23-bis, nel testo originario, promossa, in riferimento agli artt. 5, 114, 117, sesto comma, e 118 Cost., dalla Regione Piemonte, con il ricorso n. 77 del 2008 indicato in epigrafe;

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale del comma 8 dell'art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, promosse, con i ricorsi indicati in epigrafe: in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., dalle Regioni Toscana ed Emilia-Romagna (ricorso n. 13 del 2010); in riferimento agli artt. 117, primo e secondo comma, 118, primo e secondo comma, e 119 Cost., dalle Regioni Liguria (ricorso n. 12 del 2010) e Umbria; in riferimento agli artt. 114, 117, quarto comma, e 118 Cost., dalla Regione Emilia-Romagna (ricorso n. 13 del 2010); in riferimento agli artt. 3, 5, 42, 114, 117, sesto comma, e 118, Cost., dalla Regione Piemonte (ricorso n. 16 del 2010; questione riportata al punto 13.6. del *Considerato in diritto*);

dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale del comma 9 dell'art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, promossa, in riferimento all'art. 117, primo e quarto comma, dalla Regione Emilia-Romagna, con il ricorso n. 13 del 2010 indicato in epigrafe;

dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1-ter, del decreto-legge n. 135 del 2009, nella parte in cui si riferisce al servizio idrico integrato, promossa, in riferimento all'art. 119, sesto comma, Cost., dalla Regione Marche, con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo originario, promossa, in riferimento all'art. 117, quarto comma, Cost., dalla Regione Piemonte, con il ricorso n. 77 del 2008 indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dei commi 2, lettera *b*), e 3 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, promosse, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *e*), e quarto comma, Cost., dalle Regioni Liguria (ricorso n. 12 del 2010) e Umbria, con i ricorsi indicati in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo originario, promosse, con i ricorsi indicati in epigrafe: in riferimento all'art. 117, quarto comma, Cost., dalla Regione Liguria (ricorso n. 72 del 2008); in riferimento agli artt. 3 e 117, secondo comma, Cost., dalla Regione Piemonte (ricorso n. 77 del 2008);

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo originario (ricorso n. 77 del 2008) e in quello modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009 (ricorso n. 16 del 2010), promosse, in riferimento agli artt. 114, 117, primo,

secondo, terzo, quarto e sesto comma, e 118, primo e secondo comma, Cost., dalla Regione Piemonte, con i ricorsi indicati in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, promosse, con i ricorsi indicati in epigrafe: in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. e agli artt. 3, comma 1, 4, commi 2 e 4, della Carta europea dell'autonomia locale di cui alla legge 30 dicembre 1989, n. 439 (Ratifica ed esecuzione della convenzione europea relativa alla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985), dalle Regioni Liguria (ricorso n. 12 del 2010) e Umbria; in riferimento all'art. 117, secondo e quarto comma, Cost., dalla Regione Toscana; in riferimento agli artt. 117, quarto comma, e 118, primo e secondo comma, Cost., dalle Regioni Liguria (ricorso n. 12 del 2010) e Umbria; in riferimento all'art. 117, quarto comma, Cost., dalla Regione Piemonte, (ricorso n. 16 del 2010);

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dei commi 2, 3, 4 e 8 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, promossa, in riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost., dalla Regione Puglia, con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008 – nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009 – e dell'art. 15, comma 1-*ter*, del decreto-legge n. 135 del 2009, promossa, in riferimento agli artt. 3 e 117, secondo comma, Cost., dalla Regione Piemonte, con il ricorso n. 16 del 2010 indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008 – nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009 – e dell'art. 15, comma 1-*ter*, del medesimo decreto-legge n. 135 del 2009, nella parte in cui si riferiscono al servizio idrico integrato, promosse, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. e agli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché all'art. 117, secondo comma, lettera e), quarto e sesto comma, Cost., dalla Regione Marche, con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma 3 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, promossa, in riferimento agli artt. 117, primo comma, Cost. e agli artt. 3, comma 1, 4, commi 2 e 4, della Carta europea dell'autonomia locale, nonché agli artt. 117, quarto comma, e 118, primo e secondo comma, Cost., dalla Regione Emilia-Romagna, con il ricorso n. 13 del 2010 indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dei commi 3 e 4 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, sia nel testo originario (ricorso n. 77 del 2008) sia nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009 (ricorso n. 16 del 2010), promosse, in riferimento agli artt. 3 e 117, quarto e sesto comma, Cost., dalla Regione Piemonte, con i ricorsi indicati in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma 4-*bis* dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, promossa, in riferimento all'art. 117,

sesto comma, Cost., dalla Regione Emilia-Romagna, con il ricorso n. 13 del 2010 indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma 7 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo originario, promossa, in riferimento agli artt. 117, quarto comma, e 118, primo e secondo comma, Cost., dalle Regioni Emilia-Romagna (ricorso n. 69 del 2008) e Liguria (ricorso n. 72 del 2008), con i ricorsi indicati in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma 8 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo originario, promossa, in riferimento agli artt. 3, 41, 114, 117, secondo comma, Cost., dalla Regione Piemonte, con il ricorso n. 77 del 2008 indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale del comma 8 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, promosse, con i ricorsi indicati in epigrafe: in riferimento all'art. 117, primo comma, secondo comma, lettera e), e quarto comma, Cost., dalla Regione Toscana; in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), e quarto comma, Cost., dalle Regioni Liguria (ricorso n. 12 del 2010) e Umbria; in riferimento agli artt. 117, quarto comma, e 119, sesto comma, Cost., dalla Regione Emilia-Romagna, (ricorso n. 13 del 2010); in riferimento agli artt. 3, 5, 42, 114, 117, secondo e sesto comma, e 118 Cost., dalla Regione Piemonte, con il ricorso n. 16 del 2010;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma 8 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 – nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009 – questione riportata al punto 13.7. del *Considerato in diritto*, promossa, in riferimento agli artt. 3, 5, 42, 114, 117, sesto comma, e 118 Cost., dalla Regione Piemonte, con il ricorso n. 16 del 2010 indicato in epigrafe.

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale del comma 10, lettere a), seconda parte, e b), dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo originario, promosse, con i ricorsi indicati in epigrafe: in riferimento all'art. 117, sesto comma, Cost., dalle Regioni Emilia-Romagna (ricorso n. 69 del 2008), Liguria (ricorso n. 72 del 2008) e Piemonte (ricorso n. 77 del 2008); in riferimento agli artt. 3, 117, secondo e quarto comma, e 120 Cost., dalla Regione Piemonte (ricorso n. 77 del 2008);

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma 10, lettere a), seconda parte, e b), dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, promossa, in riferimento all'art. 117, secondo e quarto comma, Cost., dalla Regione Emilia-Romagna, con il ricorso n. 13 del 2010 indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 3 novembre 2010.

F.to:

Francesco AMIRANTE, Presidente

Franco GALLO, Redattore

Depositata in Cancelleria il 17 novembre 2010.

9. Sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 17 luglio 2012 in tema di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, nella parte in cui detta la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in quanto ripropone la disciplina prevista dall'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e dal relativo regolamento di attuazione, abrogato dalla consultazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011.

La Corte Costituzionale ha dichiarato fondata la questione di costituzionalità dell'art. 4 del d.l. 138/2011, sollevata da alcune regioni.

Tale disposizione era stata adottata dopo che con il d.l. n. 138 del 2011 era stata dichiarata l'abrogazione a seguito di referendum popolare dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, recante la precedente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Quest'ultima si caratterizzava per il fatto che *"dettava una normativa generale di settore, inerente a quasi tutti i predetti servizi, fatta eccezione per quelli espressamente esclusi, volta a restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, consentite solo in casi eccezionali ed al ricorrere di specifiche condizioni"*. A giudizio della Corte la nuova disciplina dettata dall'art. 4 del d.l. 138/2011 *"non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel d.P.R. n. 168 del 2010"*.

La nuova disciplina infatti riproduce, in alcuni casi nei principi, in altri testualmente, diverse disposizioni della normativa abrogata. Peraltro, *"Le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere"*.

SENTENZA N. 199
ANNO 2012

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE
composta dai signori:

		Presidente
		Giudice
-	Alfonso	QUARANTA
-	Franco	GALLO
-	Luigi	MAZZELLA
-	Gaetano	SILVESTRI
-	Sabino	CASSESE
-	Giuseppe	TESAURO
-	Paolo Maria	NAPOLITANO
-	Giuseppe	FRIGO
-	Alessandro	CRISCUOLO
-	Paolo	GROSSI
-	Giorgio	LATTANZI
-	Aldo	CAROSI
-	Marta	CARTABIA
-	Sergio	MATTARELLA
-	Mario Rosario	MORELLI

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, promossi con ricorsi delle Regioni Puglia, Lazio, Marche, Emilia-Romagna, Umbria e della Regione autonoma della Sardegna, notificati il 12 ottobre, il 14-16, il 14-18 ed il 15 novembre 2011, depositati il 21 ottobre, il 18, il 22, il 23 ed il 24 novembre 2011, rispettivamente iscritti ai nn. 124, 134, 138, 144, 147 e 160 del registro ricorsi 2011.

Visti gli atti di costituzione del Presidente del Consiglio dei ministri; *udito* nell'udienza pubblica del 19 giugno 2012 il Giudice relatore Giuseppe Tesauro; *uditi* gli avvocati Giandomenico Falcon e Franco Mastragostino per le Regioni Emilia-Romagna ed Umbria, Massimo Luciani per la Regione autonoma della Sardegna, Renato Marini per la Regione Lazio, Ugo Mattei e Alberto Lucarelli per la Regione Puglia, Stefano Grassi per la Regione Marche e l'avvocato dello Stato Paolo Gentili per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1.— Con ricorso (reg. ric. n. 124 del 2011), notificato il 12 ottobre 2011 e depositato il successivo 21 ottobre, la Regione Puglia ha impugnato, fra l'altro, l'articolo 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, nella parte in cui la predetta norma, intitolata «Adeguamento della

disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall’Unione europea», detta la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per violazione degli articoli 117, primo e quarto comma, 118, nonché degli articoli 5, 75, 77 e 114 della Costituzione.

1.1.— In particolare, la ricorrente sostiene che il citato art. 4, limitando le ipotesi di affidamento *in house* dei servizi pubblici locali senza gara al di sotto di 900.000 euro alle società a capitale interamente pubblico, ed in generale comprimendo in capo agli enti territoriali e locali il potere di qualificare la natura dei predetti servizi e di scegliere i relativi modelli di gestione, al di là di ogni obiettivo di tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alla gara, contrasterebbe con i principi di autodeterminazione degli enti locali (artt. 5, 114, 117 e 118 Cost.). La norma impugnata contrasterebbe poi anche con l’articolo 345 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), espressione del principio di neutralità rispetto agli assetti proprietari delle imprese e alle relative forme giuridiche, e con il principio della cosiddetta *preemption*, in virtù del quale l’esistenza di una regolamentazione europea precluderebbe l’adozione di discipline divergenti, ponendo peraltro nel nulla intere disposizioni dei Trattati (gli artt. 14 e 106, comma 2, TFUE, ma anche l’art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea).

Il predetto art. 4, inoltre, reintrodurrebbe la disciplina contenuta nell’art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, che era stato abrogato dal referendum del 12-13 giugno 2011, riproducendone i medesimi principi ispiratori e le medesime modalità di applicazione, in violazione della volontà popolare espressa ex art 75 Cost., e ricorrendo ad un’interpretazione “estrema” delle regole della concorrenza e del mercato, lesiva delle competenze regionali in tema di servizi pubblici locali e di organizzazione degli enti locali.

La Regione Puglia evoca, infine, la violazione dell’art. 77 Cost., considerato che, essendo direttamente applicabili nel nostro ordinamento le norme dell’Unione europea a seguito dell’abrogazione dell’art. 23-*bis*, non sussisterebbero, nella specie, le prescritte ragioni di «straordinaria necessità ed urgenza» per l’adeguamento della legislazione alla normativa sovranazionale, ben potendosi effettuare un simile intervento in coerenza con gli assetti decentrati introdotti dalla Costituzione e con il pieno rispetto della volontà del suo popolo, espressa attraverso il referendum.

2.— Anche la Regione Lazio, con ricorso (reg. ric. n. 134 del 2011) spedito per la notifica il 14 novembre 2011 e depositato il successivo 18 novembre, ha promosso questione di legittimità costituzionale, in via principale, dell’intero art. 4 del citato d.l. n. 138 del 2011 innanzitutto, per violazione dell’art. 117, quarto comma, Cost. in quanto la norma impugnata, rimettendo all’ente locale la possibilità di sottrarre i servizi pubblici locali alla liberalizzazione, dopo aver verificato l’esistenza di benefici per la comunità derivanti dal mantenere il regime di esclusiva dei servizi stessi, senza alcun fine di tutela della concorrenza, conseguirebbe l’effetto illegittimo di “espropriare” l’ente regionale della regolazione della materia dei servizi pubblici su cui ha una competenza legislativa residuale.

L’impugnata disciplina sarebbe, inoltre, costituzionalmente illegittima proprio in quanto riproduttiva di quella oggetto dell’abrogazione referendaria. Infatti, pur

ritenendo che lo Stato goda, attraverso la tutela della concorrenza, di una competenza trasversale ed abbia la capacità di incidere sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, a seguito dell'abrogazione referendaria di analoga disciplina legislativa statale, un simile intervento del legislatore statale «dovrebbe essere in concreto ritenuto radicalmente escluso», in conseguenza dell'effetto vincolante che su di esso deriva dalla suddetta abrogazione, incidendo in modo illegittimo, attraverso la concorrenza, su una materia di legislazione esclusiva della Regione.

3.— Con ricorso spedito per la notifica il 14 novembre 2011, depositato il successivo 22 novembre, (reg. ric. n. 138 del 2011), la Regione Marche ha promosso questione di legittimità costituzionale, in via principale, dell'art. 4, commi 1, 8, 9 10, 11, 12, 13, 18 e 21, del medesimo d.l. n. 138 del 2011, in riferimento agli artt. 75 e 117, quarto comma, Cost.

In particolare, essa ha impugnato, in primo luogo, i commi 1, 8, 9, 10, 11, 12 e 13 dell'art. 4, sia in relazione all'art. 75 che all'art. 117, quarto comma, Cost. in quanto, riproducendo pressocché integralmente l'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, eluderebbero l'esito conseguito dal referendum popolare del giugno 2011 sul medesimo art. 23-bis, determinando una lesione indiretta delle proprie attribuzioni costituzionali ed in specie della propria potestà legislativa in materia di servizi pubblici locali. Dette disposizioni sarebbero costituzionalmente illegittime, in quanto affidando, al comma 1, direttamente agli enti locali il compito di decidere circa il regime giuridico dei servizi pubblici locali, sottrarrebbero alla Regione la scelta in questione, in violazione della competenza legislativa residuale in materia di servizi pubblici locali.

La Regione Marche ha, inoltre, impugnato: il comma 18 del medesimo art. 4, nella parte in cui prevede che, in caso di affidamento *in house*, la verifica del rispetto del contratto di servizio avvenga secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, in quanto, in tal modo, sottrarrebbe la disciplina di tale aspetto alla competenza legislativa regionale residuale in materia di servizi pubblici locali; il comma 21, in quanto, nella parte in cui dispone che «non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'art. 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società», invaderebbe la competenza legislativa regionale residuale in materia di ordinamento degli enti locali.

4.— La Regione Emilia-Romagna e la Regione Umbria, con ricorsi, notificati il 15 novembre 2011, depositati il successivo 23 novembre (rispettivamente, reg. ric. n. 144 e n. 147 del 2011), hanno promosso questione di legittimità costituzionale, in via principale, dei commi 8, 12, 13, 14, 32 e 33, del citato art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, in riferimento agli artt. 75 e 117, quarto comma, Cost.

Esse impugnano, in primo luogo, i commi 8, 12, 13, 32 e 33, nella parte in cui, ripristinando norme già contenute nell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, abrogato mediante referendum, e nel relativo regolamento di attuazione, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 168 (Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133), rispettivamente:

- a) escludono l'affidamento diretto *in house* dalle forme ordinarie di conferimento della gestione dei servizi pubblici, ove il valore economico del servizio sia superiore alla somma complessiva di 900 mila euro annui (commi 8 e 13);
- b) prevedono l'affidamento del servizio a società a partecipazione mista pubblica, a condizione che essa sia costituita con procedura aente ad oggetto, allo stesso tempo, la selezione del socio privato, cui devono essere attribuiti specifici compiti operativi e una partecipazione non inferiore al 40 %, e l'affidamento del servizio, con conseguente esclusione di altre fattispecie di partenariato pubblico-privato presenti a livello comunitario (comma 12);
- c) disciplinano il regime transitorio degli affidamenti, riproponendo in termini analoghi limitazioni e scadenze al regime degli affidamenti in atto già fissate dall'abrogato art. 23-bis e volte a penalizzare le forme di autoproduzione dei servizi (comma 32); d) infine, confermano il divieto, per le società titolari di affidamenti diretti, di acquisire servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, nonché di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite società ad esse riferite, né partecipando a gare (comma 33).

Così disponendo, i richiamati commi violerebbero gli artt. 75 e 117, quarto comma, Cost. in quanto, rendendo estremamente limitate le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* di quasi tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica ed indicando come alternative ed equivalenti le sole modalità di esternalizzazione, determinerebbero una limitazione della capacità di scelta degli enti territoriali, suscettibile di incidere sull'autonomia loro riconosciuta in materia, arbitraria perché realizzata senza alcuna concertazione con i predetti, ed ancora maggiore di quella delineata dall'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 che il referendum ha eliminato "in toto", in violazione quindi anche del divieto di riproposizione della disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria, di cui all'art. 75 Cost.

Una censura particolare è, poi, proposta nei confronti del comma 14 del predetto art. 4, nella parte in cui prevede l'assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità interno «secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'art. 18, comma 2-bis, del d.l. n. 112 del 2008». Tale norma sarebbe costituzionalmente illegittima per le stesse ragioni per le quali questa Corte, con la sentenza n. 325 del 2010, ha ritenuto costituzionalmente illegittimo il riferimento al patto di stabilità previsto dal comma 10, lettera a) dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, sul presupposto che «l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (sentenze n. 284 e n. 237 del 2009; n. 267 del 2006), di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, per le quali soltanto l'art. 117, sesto comma, Cost. attribuisce allo Stato la potestà regolamentare».

5.— Con ricorso, notificato il 15 novembre 2011, depositato il successivo 24 novembre (reg. ric. n. 160 del 2011), anche la Regione autonoma della Sardegna ha promosso questione di legittimità costituzionale, in via principale, dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011, per violazione degli artt. 3, (specialmente comma 1, lettere a, b e g) e 4 (specialmente comma 1, lettere f e g) della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna).

La norma impugnata violerebbe gli artt. 3 e 4 dello statuto speciale, in quanto, attribuendo direttamente agli enti locali la competenza a determinare le modalità di erogazione dei servizi pubblici (in specie al comma 1), lederebbe le competenze primarie della Regione Sardegna nelle materie «ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi della Regione e stato giuridico ed economico del personale», «ordinamento degli enti locali», «trasporti su linee automobilistiche e tranviarie», nonché la competenza concorrente nelle materie «assunzione di pubblici servizi» e «linee marittime ed aeree di cabotaggio fra i porti e gli scali della Regione», dettando norme in materie connesse, ma distinte da quella della tutela della concorrenza, quali lo svolgimento del servizio pubblico, il rispetto del patto di stabilità da parte delle aziende appaltanti, l'assunzione del personale e l'acquisizione di beni e servizi da parte delle imprese aggiudicatarie del servizio, l'organizzazione del controllo da parte dell'ente appaltante sul servizio pubblico erogato.

6.— In tutti i giudizi si è costituito il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che i ricorsi vengano dichiarati infondati.

In particolare, il resistente osserva che le argomentazioni relative alla dedotta violazione del riparto costituzionale di competenze coincidono sostanzialmente con quelle già proposte nei ricorsi relativi all'art. 23-bis, del d.l. n. 112 del 2008 e ritenute prive di fondamento dalla sentenza n. 325 del 2010.

Neppure avrebbe maggior fondamento la censura proposta in riferimento all'art. 75 Cost. poiché, diversamente da quanto opinato dalla ricorrente, la giurisprudenza costituzionale, pur avendo rilevato in alcune decisioni la non riproponibilità della medesima disciplina abrogata, non avrebbe mai avuto occasione di specificare la portata di tale preclusione.

Inoltre, non corrisponderebbe al vero che la nuova disciplina condividerebbe la *ratio* dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008: infatti, mentre quest'ultima disposizione mirava alla realizzazione di una sistema di concorrenza per il mercato, il nuovo articolo 4 del d.l. n. 138 del 2011 sarebbe diretto alla realizzazione di un sistema di concorrenza nel mercato. Infine, sarebbero numerosi gli elementi di diversità fra le discipline in gioco, fra cui, di particolare significato, l'esclusione del settore idrico e l'innalzamento a 900.000 euro della soglia al di sotto della quale l'affidamento *in house* è rimesso alla scelta discrezionale dell'ente.

In generale, il resistente osserva che la normativa in esame, a fronte della necessità, condivisa a livello comunitario, di garantire uno sviluppo economico maggiore mediante la promozione della concorrenza e la liberalizzazione delle attività e dei servizi aventi rilevanza economica, ha dovuto rimediare al vuoto normativo venutosi a creare con il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 (art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008), avendo comunque cura di tutelare settori particolarmente sensibili nel rispetto della volontà popolare.

7.— All'udienza pubblica le parti hanno insistito per l'accoglimento delle conclusioni svolte nelle difese scritte.

Considerato in diritto

1.— Con sei distinti ricorsi, le Regioni Puglia (reg. ric. n. 124 del 2011), Lazio (reg. ric. n. 134 del 2011), Marche (reg. ric. n. 138 del 2011), Emilia-Romagna (reg. ric. n. 144 del 2011), Umbria (reg. ric. n. 147 del 2011) e la Regione autonoma della Sardegna

(reg. ric. n. 160 del 2011) hanno promosso questioni di legittimità costituzionale di svariate disposizioni del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, ed in particolare dell'articolo 4. Riservata a separate pronunce la decisione sull'impugnazione delle altre disposizioni contenute nel suddetto decreto-legge n. 138 del 2011, sono qui esaminate le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto l'articolo 4 del predetto decreto, in riferimento agli articoli 5, 75, 77, 114, 117 e 118 della Costituzione, nonché in relazione agli articoli 3 e 4 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna).

I ricorsi censurano, con argomentazioni in buona parte coincidenti, la stessa norma. I relativi giudizi, dunque, devono essere riuniti per essere definiti con unica sentenza.

2.— In linea preliminare, occorre prendere atto che, successivamente alla proposizione dei ricorsi, l'impugnato art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 ha subito numerose modifiche, in particolare per effetto dell'art. 9, comma 2, lettera *n*), della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2012) e dell'art. 25 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 marzo 2012, n. 27, nonché dell'art. 53, comma 1, lettera *b*), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese).

Tali modifiche sopravvenute, che limitano ulteriormente le ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali (come risulta, in specie, dall'introduzione della previsione della possibilità di affidamenti diretti solo per i servizi di valore inferiore a 200.000 euro: comma 13; previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che può pronunciarsi «in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva»: comma 3; con espressa previsione della prevalenza della normativa in questione sulle normative di settore: comma 34; con la previsione dell'esercizio del potere sostitutivo del Governo nel caso di inottemperanza a quanto previsto dalla normativa in questione: comma 32-bis) confermano il contenuto prescrittivo delle disposizioni oggetto delle censure, sollevate con i ricorsi indicati in epigrafe, comprimendo, anzi, ancor di più, le sfere di competenza regionale. Pertanto, le predette questioni – in forza del principio di effettività della tutela costituzionale – devono essere estese alla nuova formulazione dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 (sentenza n. 142 del 2012).

3.— Le Regioni hanno impugnato il citato art. 4 nella parte in cui tale disposizione, rubricata come «Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea», detta la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in luogo dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), abrogato a seguito del referendum del 12 e 13 giugno 2011. Le Regioni Puglia, Lazio e Sardegna hanno censurato l'intero art. 4, mentre le altre Regioni (Marche, Umbria ed Emilia-Romagna) hanno censurato taluni commi del medesimo articolo.

In particolare, secondo la Regione Puglia, il citato art. 4 violerebbe, innanzitutto, l'art. 117, primo comma, Cost., ponendosi in contrasto con gli artt. 14 e 106 del Trattato

sul funzionamento dell’Unione europea e con l’art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, dai quali si desumerebbe il riconoscimento di un principio di pluralismo di fonti, nonché con il principio comunitario di neutralità rispetto agli assetti proprietari delle imprese e alle relative forme giuridiche ex art. 345 del TFUE e con il principio di *preemption* in base al quale la regolamentazione dell’Unione europea avrebbe l’effetto di precludere a livello nazionale l’adozione di discipline divergenti.

Da tutte le Regioni, ad eccezione della Regione autonoma della Sardegna, viene dedotta la violazione dell’art. 75 Cost., in quanto la norma impugnata (ed in particolare i commi 1, 8, 9 10, 11, 12 e 13 secondo la Regione Marche ed anche i commi 32 e 33 secondo le Regioni Emilia-Romagna ed Umbria) avrebbe riprodotto la norma oggetto dell’abrogazione referendaria (art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008) e parti significative delle norme di attuazione della medesima, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 168 (Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell’articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133), recando una disciplina che rende ancor più limitate le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* di quasi tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, in violazione del divieto di riproposizione della disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria, di cui all’art. 75 Cost., e con conseguente lesione indiretta delle proprie competenze costituzionali in materia di servizi pubblici locali.

La Regione Puglia ha censurato, inoltre, la predetta norma anche sotto il profilo della violazione dell’art. 77 Cost., in quanto, a seguito dell’abrogazione dell’art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 sarebbe comunque applicabile direttamente nel nostro ordinamento la normativa comunitaria conferente e non sussisterebbero le ragioni di «straordinaria necessità ed urgenza» per provvedere con decreto-legge, ben potendosi effettuare un simile intervento in coerenza con gli assetti decentrati introdotti dalla Costituzione e con il pieno rispetto della volontà del suo popolo, espressa attraverso il referendum.

Tutte le Regioni, poi, hanno impugnato la norma per il mancato rispetto del riparto di competenze tra Stato e Regioni quanto all’affidamento e alla disciplina dei servizi pubblici locali. La norma denunciata – ed in particolare i commi 1, 8, 9, 10, 11, 12 e 13 – nella parte in cui attribuisce direttamente agli enti locali la competenza a decidere circa le modalità di erogazione dei servizi pubblici (in specie al comma 1) e delimita la stessa decisione degli enti locali, stabilendo vincoli stringenti alla possibilità degli affidamenti diretti, determinerebbe una lesione della competenza regionale residuale in materia di servizi pubblici locali, eccedendo dall’ambito della competenza statale in materia di tutela della concorrenza, che comprende il solo profilo dell’affidamento del servizio pubblico locale, e dettando altresì norme in materie connesse, ma distinte, in violazione degli artt. 5, 114, 117 e 118 della Costituzione, nonché degli artt. 3 e 4 dello statuto speciale per la Sardegna.

La Regione Marche ha, altresì, impugnato: il comma 18 del medesimo art. 4, in quanto, prevedendo che, in caso di affidamento *in house*, la verifica del rispetto del contratto di servizio avvenga secondo modalità definite dallo statuto dell’ente locale, violerebbe la potestà legislativa regionale residuale in materia di servizi pubblici locali; il comma 21, nella parte in cui, limitando i requisiti per la nomina degli

amministratori di società partecipate da enti locali, invaderebbe la competenza regionale residuale in materia di ordinamento degli enti locali.

Un’ulteriore censura è, poi, proposta, dalle Regioni Umbria ed Emilia-Romagna, nei confronti del comma 14 del predetto art. 4, nella parte in cui prevede l’assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità interno, per le stesse ragioni per le quali questa Corte, con la sentenza n. 325 del 2010, ha ritenuto costituzionalmente illegittimo il riferimento al patto di stabilità previsto dal comma 10, lettera *a*), dell’art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008.

4.— Preliminarmente, va dichiarata l’inammissibilità della questione promossa dalla Regione Puglia in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con gli artt. 14, 106 e 345 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea e con l’art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, nonché con il principio della c.d. *preemption*.

4.1.— Posto che l’esigenza di una adeguata motivazione a sostegno della impugnativa si pone «in termini perfino più pregnanti nei giudizi diretti che non in quelli incidentali» (sentenza n. 450 del 2005), nella specie l’assoluta genericità ed indeterminatezza delle censure proposte con riguardo alla pretesa violazione di principi comunitari, anch’essi genericamente invocati, non consente di individuare in modo corretto i termini della questione di costituzionalità, con conseguente inammissibilità della stessa (sentenza n. 119 del 2010).

5.— È, invece, ammissibile la questione proposta da tutte le ricorrenti, ad eccezione della Regione autonoma della Sardegna, in riferimento all’art. 75 Cost.

5.1.— Questa Corte ha più volte affermato che le Regioni possono evocare parametri di legittimità diversi da quelli che sovrintendono al riparto di attribuzioni solo allorquando la violazione denunciata sia «potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni» (sentenza n. 303 del 2003; di recente, nello stesso senso, sentenze n. 80 e n. 22 del 2012) e queste abbiano sufficientemente motivato in ordine ai profili di una “possibile ridondanza” della predetta violazione sul riparto di competenze, assolvendo all’onere di operare la necessaria indicazione della specifica competenza regionale che ne risulterebbe offesa e delle ragioni di tale lesione (sentenza n. 33 del 2011).

Nella specie, le richiamate condizioni di ammissibilità delle censure sono soddisfatte.

Le ricorrenti assumono che, con l’abrogazione dell’art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, che riduceva le possibilità di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali, con conseguente delimitazione degli ambiti di competenza legislativa residuale delle Regioni e regolamentare degli enti locali, le competenze regionali e degli enti locali nel settore dei servizi pubblici locali si sono rieS.p.A.nse. Infatti, a seguito della predetta abrogazione, la disciplina applicabile era quella comunitaria, più “favorevole” per le Regioni e per gli enti locali. Pertanto, la reintroduzione da parte del legislatore statale della medesima disciplina oggetto dell’abrogazione referendaria (anzi, di una regolamentazione ancor più restrittiva, frutto di un’interpretazione ancor più estesa dell’ambito di operatività della materia della tutela della concorrenza di competenza statale esclusiva), ledendo la volontà popolare espressa attraverso la consultazione referendaria, avrebbe determinato anche una potenziale lesione delle richiamate sfere di competenza sia delle Regioni che degli enti locali.

Così argomentando, le Regioni hanno fornito una sufficiente motivazione in ordine ai profili della “possibile ridondanza” sul riparto di competenze della denunciata violazione, evidenziando la potenziale lesione della potestà legislativa regionale residuale in materia di servizi pubblici locali (e della relativa competenza regolamentare degli enti locali) che deriverebbe dalla violazione dell’art. 75 Cost.

5.2.— Nel merito, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 è fondata.

5.2.1.— Il citato art. 4 è stato adottato con d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, dopo che, con decreto del Presidente della Repubblica 18 luglio 2011, n. 113 (Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell’articolo 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), era stata dichiarata l’abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell’art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, recante la precedente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Quest’ultima si caratterizzava per il fatto che dettava una normativa generale di settore, inerente a quasi tutti i predetti servizi, fatta eccezione per quelli espressamente esclusi, volta a restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, consentite solo in casi eccezionali ed al ricorrere di specifiche condizioni, la cui puntuale regolamentazione veniva, peraltro, demandata ad un regolamento governativo, adottato con il decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010 n. 168 (Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell’articolo 23-*bis*, comma 10, del d.l. n. 112 del 2008).

Con la richiamata consultazione referendaria detta normativa veniva abrogata e si realizzava, pertanto, l’intento referendario di «escludere l’applicazione delle norme contenute nell’art. 23-*bis* che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)» (sentenza n. 24 del 2011) e di consentire, conseguentemente, l’applicazione diretta della normativa comunitaria conferente.

A distanza di meno di un mese dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell’avvenuta abrogazione dell’art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, il Governo è intervenuto nuovamente sulla materia con l’impugnato art. 4, il quale, nonostante sia intitolato «Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall’Unione europea», detta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima *ratio* di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti *in house*, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell’abrogato art. 23-*bis* e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-*bis* contenuto nel d.P.R. n. 168 del 2010.

Essa, infatti, da un lato, rende ancor più remota l’ipotesi dell’affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita, in via generale, «l’attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica

privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-*bis* (comma 3) del d.l. n. 112 del 2008, ma la è ancora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti. Tale effetto si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, ed anche – in linea con l'abrogato art. 23-*bis* – in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone (sentenza n. 325 del 2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo “analogo” (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di “contenuto analogo” a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.

Dall'altro lato, la disciplina recata dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 riproduce, ora nei principi, ora testualmente, sia talune disposizioni contenute nell'abrogato art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 (è il caso, ad esempio, del comma 3 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 “recepito” in via di principio dai primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, in tema di scelta della forma di gestione del servizio; del comma 8 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 che dettava una disciplina transitoria analoga a quella dettata dal comma 32 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011; così come del comma 10, lettera a), dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 325 del 2010, sostanzialmente riprodotto dal comma 14 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011), sia la maggior parte delle disposizioni recate dal regolamento di attuazione dell'art. 23-*bis* (il testo dei primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, ad esempio, coincide letteralmente con quello dell'art. 2 del regolamento attuativo dell'art. 23-*bis* di cui al d.P.R. n. 168 del 2010, i commi 8 e 9 dell'art. 4 coincidono con l'art. 3, comma 2, del medesimo regolamento, mentre i commi 11 e 12 del citato art. 4 coincidono testualmente con gli articoli 3 e 4 dello stesso regolamento).

Alla luce delle richiamate indicazioni – nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato – risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 e l'identità della *ratio* ispiratrice.

Le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere. Tenuto, poi, conto del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica» (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23-*bis*, non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza che la norma oggi all'esame costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011.

5.2.2.— La disposizione impugnata viola, quindi, il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost., secondo quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale.

Questa Corte, pronunciandosi su un conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato sollevato dai promotori di un referendum abrogativo, avverso Camera e Senato, in relazione all'approvazione di una legge riproduttiva della disciplina abrogata mediante consultazione popolare svoltasi pochi mesi prima, pur dichiarando l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione dei ricorrenti, ormai privati della titolarità della funzione costituzionalmente rilevante e garantita, corrispondente all'attivazione della procedura referendaria, e quindi della qualità di potere dello Stato, ha, tuttavia, affermato che «la normativa successivamente emanata dal legislatore è pur sempre soggetta all'ordinario sindacato di legittimità costituzionale, e quindi permane comunque la possibilità di un controllo di questa Corte in ordine all'osservanza – da parte del legislatore stesso – dei limiti relativi al dedotto divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare» (sentenza n. 9 del 1997).

Inoltre, ancor prima, questa Corte, escludendo, con riferimento alla disciplina della responsabilità civile dei giudici abrogata mediante referendum, la possibilità, in via interpretativa, dell'applicazione di una delle norme abrogate quale «norma transitoria», ha anche precisato che l'intervenuta abrogazione della stessa «non potrebbe consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta a titolo transitorio», in ragione della «peculiare natura del referendum, quale atto-fonte dell'ordinamento» (sentenza n. 468 del 1990).

Un simile vincolo derivante dall'abrogazione referendaria si giustifica, alla luce di una interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'art. 75 Cost., venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto.

Tale vincolo è, tuttavia, necessariamente delimitato, in ragione del suo carattere puramente negativo, posto che il legislatore ordinario, «pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere di intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata» (sentenza n. 33 del 1993; vedi anche sentenza n. 32 del 1993).

In applicazione dei predetti principi, si è già rilevato che la normativa all'esame costituisce ripristino della normativa abrogata, considerato che essa introduce una nuova disciplina della materia, «senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti» (sentenza n. 68 del 1978), in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo. Né può ritenersi che sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), ora

oggetto di giudizio, nel quale peraltro non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata.

5.2.3.— Deve, pertanto, essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011, per violazione dell'art. 75 Cost.

6.— Dall'accoglimento di tale censura consegue l'assorbimento degli altri profili di violazione della Costituzione dedotti dalle Regioni ricorrenti nei confronti della medesima norma o di sue singole disposizioni (sentenza n. 123 del 2010).

**PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE**

riservata a separate pronunce la decisione sull'impugnazione delle altre disposizioni contenute nel decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148; riuniti i giudizi,

1) *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, sia nel testo originario che in quello risultante dalle successive modificazioni;*

2) *dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4 del d.l. n. 138 del 2011, promossa dalla Regione Puglia, in riferimento all'articolo 117, primo comma, della Costituzione ed agli articoli 14, 106 e 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, all'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché al principio di *preemption*, con il ricorso indicato in epigrafe.*

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 17 luglio 2012.

F.to:

Alfonso QUARANTA, Presidente

Giuseppe TESAURO, Redattore

Gabriella MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 20 luglio 2012.

**SENTENZE DELLA CORTE
DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA**

5

10. Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08 in tema di affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società a capitale misto in cui il socio privato sia scelto mediante procedura ad evidenza pubblica.

È conforme al diritto comunitario l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di tale servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica che garantisca il rispetto dei principi di libera concorrenza, trasparenza e parità di trattamento.

In merito ad una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato di una società mista pubblico-privata, affidataria diretta della gestione di un servizio pubblico, il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale:

"Se [sia] conforme al diritto comunitario [...] un modello di società mista pubblico-privata costituita appositamente per l'espletamento di un determinato servizio pubblico di rilevanza industriale e con oggetto sociale esclusivo, che sia direttamente affidataria del servizio in questione, nella quale il socio privato con natura "industriale" ed "operativa" sia selezionato mediante una procedura di evidenza pubblica [...]".

La Corte, in via preliminare, ha precisato che trattandosi di un contratto di concessione, il caso in questione non è soggetto al rispetto delle direttive europee in materia di servizi. Nondimeno, *"le pubbliche autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare [e] anche il principio della parità di trattamento tra offerenti, e ciò anche in assenza di discriminazione sulla base della nazionalità"*.

Tali principi pongono un obbligo di trasparenza in capo all'autorità pubblica concedente, consistente nel *"dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione"*.

Pertanto *"l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento"*, tuttavia poiché *"introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, [...] poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo"*, la Corte ritiene che *"la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi [di parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione] consente di ovviare a detta situazione, dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta"*.

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

15 ottobre 2009

«Artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE – Aggiudicazione di appalti pubblici – Attribuzione del servizio idrico a una società a capitale misto – Procedura a evidenza pubblica – Designazione del socio privato incaricato della gestione del servizio – Attribuzione al di fuori delle norme relative all’aggiudicazione degli appalti pubblici»

Nel procedimento C-196/08,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale della Sicilia con decisione 13 marzo 2008, pervenuta in cancelleria il 14 maggio 2008, nella causa

Acoset S.p.A.

contro

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG),

Comune di Vittoria (RG),

e nei confronti di:

Saceccav Depurazioni Sacede S.p.A.,

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. J.N. Cunha Rodrigues (relatore), presidente della Seconda Sezione, facente funzione di presidente della Terza Sezione, dalla sig.ra P. Lindh, dai sigg. A. Rosas, U. Löhmus, A. Ó Caoimh, giudici,

avvocato generale: sig. D. Ruiz-Jarabo Colomer

cancelliere: sig.ra M. Ferreira, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 2 aprile 2009, considerate le osservazioni presentate:

- per l’Acoset S.p.A., dagli avv.ti A. Scuderi e G. Bonaventura;
- per la Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e a., dall’avv. N. Gentile;
- per il Comune di Vittoria (RG), dagli avv.ti A. Bruno e C. Giurdanella;
- per il governo italiano, dal sig. R. Adam, in qualità di agente, assistito dal sig. G. Fiengo, avvocato dello Stato;
- per il governo austriaco, dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per il governo polacco, dal sig. M. Dowgielewicz, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. C. Zadra e D. Kukovec, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 2 giugno 2009,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE.
2. Detta domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che vede contrapposte l'Acoset S.p.A. (in prosieguo: l'«Acoset») e la Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (in prosieguo: la «Conferenza») e a., in merito all'annullamento da parte di quest'ultima della procedura di gara per la selezione del socio privato di minoranza nella società mista pubblico - privata direttamente affidataria del servizio idrico integrato nella provincia di Ragusa.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

La direttiva 2004/18

3. L'art. 1 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), dispone come segue:

«(...) 2. a) Gli “appalti pubblici” sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

(...)

d) Gli “appalti pubblici di servizi” sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.

(...)

4. La “concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

(...)».

4. L'art. 3 della direttiva 2004/18 ha il seguente tenore:

«Se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità».

5. Ai sensi dell'art 7 della direttiva in parola:

«La presente direttiva si applica agli appalti pubblici (...) il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore alle soglie seguenti:

(...)

b) 249 000 EUR:

– per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle indicate nell'allegato IV [“Autorità governative centrali”],

(...)».

6. Il regolamento (CE) della Commissione 19 dicembre 2005, n. 2083, che modifica le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 333, pag. 28), ha modificato l'art. 7, lett. b), della direttiva 2004/18, nella versione risultante dal regolamento (CE) della Commissione 28 ottobre 2004, n. 1874 (GU L 326, pag. 17), sostituendo all'importo di EUR 236 000 quello pari a EUR 211 000 per il periodo dal 1° gennaio 2006 al 1° gennaio 2007.

7. Conformemente all'art. 2 del regolamento (CE) della Commissione 4 dicembre 2007, n. 1422, che modifica le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE e 2004/18/CE riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 317, pag. 34), detto importo è stato modificato in EUR 206 000 a far data dal 1° gennaio 2008.

8. Secondo il disposto dell'art. 17 della direttiva 2004/18:

«Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 3, la presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi definite all'articolo 1, paragrafo 4».

9. Ai sensi dell'art. 21 della direttiva 2004/18:

«L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 23 e dall'articolo 35, paragrafo 4».

10. Rientrano nell'allegato II B, categoria 27, di detta direttiva gli «altri servizi», esclusi i contratti di lavoro, i contratti per l'acquisizione, lo sviluppo, la produzione o la coproduzione di programmi da parte di emittenti radiotelevisive e i contratti concernenti il tempo di trasmissione.

La direttiva 2004/17

11. Ai sensi dell'art. 1, nn. 2 e 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, pag. 1):

«2. (...).

b) Gli "appalti di lavori" sono appalti aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato XII o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'ente aggiudicatore. Per "opera" si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica.

c) Gli "appalti di forniture" sono appalti diversi da quelli di cui alla lettera b) aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.

Un appalto avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un "appalto di forniture".

d) Gli "appalti di servizi" sono appalti diversi dagli appalti di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato XVII.

Un appalto avente per oggetto tanto dei prodotti quanto dei servizi ai sensi dell'allegato XVII è considerato un "appalto di servizi" quando il valore dei servizi in questione supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto.

Un appalto avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato XVII e che preveda attività ai sensi dell'allegato XII solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale dell'appalto è considerato un appalto di servizi.

3. a) La "concessione di lavori" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.
b) La "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

12. Conformemente all'art. 4 della direttiva 2004/17:

«1. La presente direttiva si applica alle seguenti attività:

a) la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, o
b) l'alimentazione di tali reti con acqua potabile. (...)».

13. Ai sensi dell'art. 9, n. 1, della stessa direttiva:

«Ad un appalto destinato all'esercizio di più attività si applicano le norme relative alla principale attività cui è destinato.

Tuttavia la scelta tra l'aggiudicazione di un unico appalto e l'aggiudicazione di più appalti distinti non può essere effettuata al fine di escludere detto appalto dall'ambito di applicazione della presente direttiva o, dove applicabile, della direttiva 2004/18/CE».

14. L'art. 18 della direttiva 2004/17 così dispone:

«La presente direttiva non si applica alle concessioni di lavori e di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli articoli da 3 a 7, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività».

La normativa nazionale

15. Il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che approva il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (Supplemento ordinario alla GURI n. 227 del 28 settembre 2000), come modificato dal decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici (Supplemento ordinario alla GURI n. 229 del 2 ottobre 2003), convertito in legge, in seguito a modifica, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 (Supplemento ordinario alla GURI n. 274 del 25 novembre 2003; in prosieguo: il «decreto legislativo 267/2000»), così dispone al suo art. 113, quinto comma:

«L'erogazione [di un servizio pubblico locale da parte di un ente territoriale] avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Causa principale e questione pregiudiziale

16. Il 10 luglio 2002 veniva conclusa la Convenzione di Cooperazione tra i Comuni ibleei e la Provincia Regionale di Ragusa, che ha costituito l'Ambito Territoriale Ottimale (in prosieguo: l'«ATO») idrico di Ragusa, autorità locale incaricata del servizio idrico integrato di Ragusa.

17. In data 26 marzo 2004, la Conferenza, organo di gestione dell'ATO, sceglieva come forma di gestione del servizio di cui trattasi la «società mista a prevalente capitale pubblico» di cui all'art. 113, quinto comma, lett. b), del decreto legislativo n. 267/2000.

18. Il 7 giugno 2005 la Conferenza approvava gli schemi di atto costitutivo della società per azioni e dello statuto della stessa, nonché il progetto relativo alla convenzione di gestione di detto servizio il cui art. 1 prevede l'affidamento diretto del servizio, in via esclusiva, alla costituenda società mista (gestore del servizio idrico integrato).

19. Successivamente, veniva pubblicato, in particolare nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* dell'8 ottobre 2005 (GU S 195), un bando di gara per la selezione dell'imprenditore, socio privato di minoranza, al quale affidare l'attività operativa del servizio idrico integrato e l'esecuzione dei lavori connessi alla gestione esclusiva di tale servizio, intendendosi per essi i lavori previsti in particolare nel Piano Operativo Triennale approvato dalla Conferenza dei Sindaci il 15 dicembre 2003.

20. Ai sensi dell'art. 1, punto 8, del disciplinare di gara, «[l]e opere da realizzare sono quelle rientranti nel [Piano Operativo Triennale], così come modificato e/o integrato dall'offerta, nonché nel successivo progetto conoscenza previsto nel [Piano d'Ambito] (...), e «per l'affidamento dei lavori non eseguiti direttamente dal socio privato si dovrà fare ricorso alle procedure di evidenza pubblica previste per legge».

21. Alla gara partecipavano tre raggruppamenti temporanei di imprese aventi come capogruppi mandatari, rispettivamente, la Saceccav Depurazioni Sacerde S.p.A., l'Acoset S.p.A. e l'Aqualia S.p.A.. La commissione di gara escludeva l'Aqualia S.p.A. ed ammetteva gli altri. Successivamente, il responsabile della procedura invitava le ditte rimaste in gara a dichiarare se persistesse il loro interesse. Dava riscontro positivo a detto invito solo l'Acoset S.p.A..

22. Risulta ancora dalla decisione di rinvio che la Conferenza, anziché prendere atto dell'aggiudicazione e procedere alla costituzione della società mista di gestione per l'immediato avvio del servizio in argomento e la fruizione dei fondi comunitari, nella seduta del 26 febbraio 2007, paventando l'illegittimità della procedura espletata per violazione del diritto comunitario, decideva di annullare la procedura di scelta dell'Acoset. La segreteria tecnico operativa dell'ATO quindi, con nota del 28 febbraio 2007, comunicava all'Acoset l'avvio del procedimento di annullamento e l'Acoset trasmetteva le proprie osservazioni con nota del 26 marzo 2007.

23. Il 2 ottobre 2007 la Conferenza si pronunciava a favore dell'annullamento della procedura di gara in questione e adottava, quale forma di gestione del servizio idrico

integrato di Ragusa, quella del «consorzio». Con nota del 9 ottobre successivo, veniva comunicato all'Acoset l'annullamento della procedura di gara.

24. Nell'ambito del proprio ricorso principale avverso la decisione del 2 ottobre 2007 e gli atti ad essa connessi, l'Acoset chiedeva che le fosse riconosciuto il diritto a un risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione dell'appalto e un risarcimento per equivalente dei danni subiti in conseguenza dei provvedimenti impugnati. L'Acoset inoltre chiedeva, con domanda cautelare, la sospensione interinale degli atti impugnati.

25. Secondo l'Acoset, l'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici locali a società miste pubblico-private conformemente all'art. 113, quinto comma, lett. b), del decreto legislativo n. 267/2000, nelle quali il socio privato è stato scelto attraverso l'espletamento di gare nel rispetto delle norme comunitarie in materia di concorrenza, è compatibile con il diritto comunitario.

26. I convenuti nella causa principale ritengono invece che il diritto comunitario autorizzi un siffatto affidamento di opere e servizi, in via diretta e senza gara, solo in favore di società a partecipazione pubblica totalitaria, le quali realizzino la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che le controllano e sulle quali questi ultimi esercitino un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (v., in particolare, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1).

27. Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia osserva che la questione, sollevata dall'Acoset, in ordine alla compatibilità dell'attribuzione diretta dell'appalto di cui è causa in relazione al diritto comunitario, è pertinente e che la risposta a detta questione non può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza della Corte.

28. Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia ha quindi deciso di sospendere il giudizio in merito alla domanda di sospensione dell'esecuzione formulata in via principale e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se [sia] conforme al diritto comunitario, in particolare agli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 43 [CE], 49 [CE] e 86 [CE], un modello di società mista pubblico-privata costituita appositamente per l'espletamento di un determinato servizio pubblico di rilevanza industriale e con oggetto sociale esclusivo, che sia direttamente affidataria del servizio in questione, nella quale il socio privato con natura "industriale" ed "operativa" sia selezionato mediante una procedura di evidenza pubblica, previa verifica sia dei requisiti finanziari e tecnici che di quelli propriamente operativi e gestionali riferiti al servizio da svolgere e alle prestazioni specifiche da fornire».

Sulla ricevibilità

29. Il governo austriaco osserva che la domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere dichiarata irricevibile in quanto la decisione di rinvio non fornisce sufficienti informazioni riguardo al contesto fattuale e normativo in cui rientra il procedimento principale per consentire alla Corte di risolvere utilmente la questione pregiudiziale. In particolare, non sarebbero state fornite informazioni sulla specificità della prestazione o delle prestazioni di cui è causa, sul contenuto del bando di gara e della

procedura di aggiudicazione dell'appalto nonché su alcune nozioni utilizzate nella questione sottoposta.

30. Per quanto riguarda le informazioni che devono essere fornite alla Corte nell'ambito di una decisione di rinvio, occorre ricordare che queste informazioni non servono solo a consentire alla Corte di dare soluzioni utili, ma devono anche conferire ai governi degli Stati membri nonché alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia. A tal fine, risulta da una giurisprudenza costante che, da un lato, è necessario che il giudice nazionale definisca il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate. Dall'altro, la decisione di rinvio deve indicare i motivi precisi che hanno indotto il giudice nazionale a interrogarsi sull'interpretazione del diritto comunitario e a ritenere necessaria la formulazione di questioni pregiudiziali alla Corte. In tale contesto, è indispensabile che il giudice nazionale fornisca un minimo di spiegazioni sui motivi della scelta delle disposizioni comunitarie di cui chiede l'interpretazione e sul nesso che individua tra quelle disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia di cui alla causa principale (v., in particolare, sentenza 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Placanica e a., Racc. pag. I-1891, punto 34).

31. La decisione di rinvio del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia risponde a tali condizioni.

32. Infatti, il giudice nazionale menziona le disposizioni nazionali applicabili e la decisione di rinvio comporta una descrizione dei fatti che, sebbene sintetica, è sufficiente per consentire alla Corte di statuire. Inoltre, il giudice a quo menziona i motivi che l'hanno indotto a ritenere necessario sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte, in quanto essa contiene una descrizione dettagliata degli opposti punti di vista sostenuti dalle parti nella causa principale per quanto riguarda l'interpretazione delle disposizioni comunitarie oggetto della questione pregiudiziale e, secondo il giudice del rinvio, la soluzione della detta questione non può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza della Corte.

33. Peraltro, la Conferenza osserva che, poiché la procedura di selezione del socio privato di cui alla causa principale è stata annullata, l'Acoset non ha alcun interesse ad agire al fine di ottenere una soluzione per la questione sottoposta.

34. Al riguardo, è sufficiente rilevare che l'art. 234 CE ha previsto una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali attraverso un procedimento indipendente da ogni iniziativa delle parti e nel corso del quale queste ultime sono solamente invitate a presentare le loro osservazioni in merito a questioni che possono essere proposte esclusivamente dal giudice nazionale (v., in tal senso, in particolare, sentenza 9 dicembre 1965, causa 44/65, Singer, Racc. pag. 952).

35. Pertanto, occorre esaminare la questione sottoposta dal giudice del rinvio.

Sulla questione pregiudiziale

36. Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE ostino all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui alla causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita

specificamente ai fini della fornitura di detto servizio e con un oggetto sociale esclusivo, in cui il socio privato è scelto mediante procedura ad evidenza pubblica previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione relativamente al servizio che deve essere erogato nonché delle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni da fornire.

37. In via preliminare, occorre osservare che l'attribuzione di un servizio pubblico locale consistente nella gestione del servizio idrico integrato, come quello oggetto della causa principale, potrebbe rientrare, stando alla natura del corrispettivo di tale servizio, nella definizione di «appalti pubblici di servizi» o in quella di «concessione di servizi» ai sensi, rispettivamente, dell'art. 1, nn. 2, lett. d), e 4, della direttiva 2004/18, oppure, eventualmente, dell'art. 1, nn. 2, lett. d), e 3, lett. b), della direttiva 2004/17, il cui art. 4, n. 1, lett. a), prevede che quest'ultima si applica alla messa a disposizione o alla gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile o all'alimentazione di tali reti con acqua potabile.

38. La questione se un'operazione debba o meno essere qualificata come «concessione di servizi» o di «appalti pubblici di servizi» dev'essere valutata esclusivamente alla luce del diritto comunitario (v., in particolare, sentenza 18 luglio 2007, causa C-382/05, Commissione/Italia, Racc. pag. I-6657, punto 31).

39. La differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi (v., in particolare, sentenza 10 settembre 2009, causa C-206/08, WAZV Gotha, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 51). «Un appalto pubblico di servizi» ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in particolare, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 39). Si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v., in particolare, sentenze 13 novembre 2008, causa C-437/07, Commissione/Italia, punti 29 e 31, nonché WAZV Gotha, cit., punti 59 e 68).

40. Il giudice del rinvio fa riferimento alla costituenda società mista pubblico-privata da istituire in qualità di «concessionario» della gestione del servizio integrato idrico. Dal fascicolo emerge che la durata dell'operazione è fissata a trent'anni.

41. Parimenti, il governo italiano osserva che si tratta in modo del tutto evidente dell'affidamento di un pubblico servizio attraverso concessione trentennale, il cui principale corrispettivo consiste nella possibilità di richiedere agli utenti la tariffa idrica che la procedura di gara individua come compensativa del servizio reso.

42. La Corte presuppone quindi che si tratti di una concessione.

43. La Corte ha ravvisato l'esistenza di una concessione di servizi, in particolare, nei casi in cui la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico, di un servizio di trasporto pubblico e di una rete di teledistribuzione (v. sentenze Parking Brixen, cit., punto 40; 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV, Racc. pag. I-3303, punto 16, e 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant, Racc. pag. I-8457, punto 24).

44. L'art. 17 della direttiva 2004/18 dispone che, fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 3 della stessa direttiva, quest'ultima non si applica alle concessioni di servizi. Parimenti, l'art. 18 della direttiva 2004/17 ne esclude l'applicazione alle concessioni di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli artt. 3-7, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività.

45. È peraltro pacifico che l'esecuzione dei lavori collegati alla gestione esclusiva del servizio idrico integrato su cui verte la causa principale presentano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale della concessione di cui trattasi consistente nella fornitura di detto servizio, di modo che quest'ultima non può essere qualificata come «concessione di lavori pubblici» (v., in tal senso, in particolare, sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, Racc. pag. I- 1329, punti 26-28, e art. 9, n. 1, della direttiva 2004/17).

46. Anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall'ambito applicativo delle direttive 2004/18 e 2004/17, le pubbliche autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 18).

47. Le disposizioni del Trattato specificamente applicabili alle concessioni di servizi pubblici comprendono in particolare gli artt. 43 CE e 49 CE (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 19).

48. Oltre al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, si applica alle concessioni di servizi pubblici anche il principio della parità di trattamento tra offerenti, e ciò anche in assenza di discriminazione sulla base della nazionalità (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 20).

49. I principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza posto a carico di detta autorità consiste nel dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 21).

50. Risulta inoltre dall'art. 86, n. 1, CE che gli Stati membri non possono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'affidamento di concessioni di servizi pubblici senza procedura concorrenziale, poiché un simile affidamento viola gli artt. 43 CE o 49 CE o ancora i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 23).

51. L'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene (v., in particolare, sentenza ANAV, cit., punto 24). In un caso siffatto, l'indizione della gara non è obbligatoria, anche se la controparte contrattuale è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in particolare,

sentenza 10 settembre 2009, causa C-573/07, Sea, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 36).

52. Detta giurisprudenza rileva sia per l'interpretazione delle direttive 2004/18 e 2004/17 sia per quella degli artt. 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui essi costituiscono la specifica espressione (v., in particolare, sentenza Sea, cit., punto 37).

53. La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (v., in particolare, sentenza Sea, cit., punto 46).

54. Tale è il caso della concessione di cui trattasi nella causa principale, nel contesto della quale il socio privato deve sottoscrivere il 49% del capitale sociale della società a capitale misto alla quale è stata attribuita la concessione in questione.

55. Pertanto, occorre stabilire con maggiore precisione se l'affidamento del servizio pubblico in questione alla società mista pubblico-privata senza indizione di gara specifica sia compatibile con il diritto comunitario, dal momento che la gara d'appalto finalizzata all'individuazione del socio privato cui affidare la gestione integrale del servizio idrico è stata effettuata nel rispetto degli artt. 43 CE e 49 CE nonché dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, così come dell'obbligo di trasparenza che ne discende.

56. Dalla giurisprudenza emerge che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 51, nonché 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 48).

57. Peraltro, come osservato al punto 2.1 della Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) (GU 2008, C 91, pag. 4), il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di concessioni.

58. Tuttavia, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 85 delle sue conclusioni, introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quello su cui verte la causa principale, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo.

59. Sebbene la mancanza di gara nel contesto dell'aggiudicazione di servizi risulti inconciliabile con gli artt. 43 CE e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi ricordati ai punti 46-49 della presente sentenza e l'individuazione dei criteri di scelta del socio privato consentono di ovviare a detta situazione, dal momento che i candidati

devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta.

60. Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie di cui alla causa principale, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificherebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario.

61. Il ricorso, in tale situazione, a una duplice procedura, in primo luogo, per la selezione del socio privato della società a capitale misto e, in secondo luogo, per l'aggiudicazione della concessione a detta società sarebbe tale da disincentivare gli enti privati e le autorità pubbliche dalla costituzione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quelli di cui trattasi nella causa principale, a motivo della durata inerente alla realizzazione di siffatte gare e dell'incertezza giuridica per quanto attiene all'aggiudicazione della concessione al socio privato previamente selezionato.

62. Occorre precisare che una società a capitale misto, pubblico e privato, come quella di cui trattasi nella causa principale deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara (v., in tal senso, sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, Racc. pag. I-4401, punto 34).

63. Tenuto conto di quanto precedentemente considerato, si deve risolvere la questione sottoposta nel senso che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni.

Sulle spese

64. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni.

iFEL Fondazione ANCI
Istituto per la Finanza
e l'Economia Locale

Piazza San Lorenzo in Lucina 26
00186 Roma
Tel. 06.688161
Fax 06.68816268
e-mail: info@fondazioneifel.it
www.fondazioneifel.it