



**REPUBBLICA ITALIANA**

**LA CORTE DEI CONTI**

**SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL LAZIO**

*Nell'Adunanza del 22 luglio 2011*

*composta dai magistrati*

Vittorio ZAMBRANO	Presidente;
Rosario SCALIA	Consigliere relatore;
Francesco ALFONSO	Consigliere;
Maria Luisa ROMANO	Consigliere;
Carmela MIRABELLA	Consigliere;

VISTO l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;

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 s.m.i., recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;

VISTO il regolamento 16 giugno 2000 per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, e s.m.i.;

VISTA la legge 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ed in particolare l'art. 7, comma 8;

VISTA la nota, acquisita al prot. n. 3428 il 6 giugno 2011, con la quale il Sindaco del Comune di Orte (VT) ha inoltrato richiesta di parere a

questa Sezione, in base all'art. 7, c. 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131;

VISTA l'ordinanza presidenziale n. 11/2011 con la quale è stata disposta la convocazione dell'odierna adunanza per l'esame e la conseguente deliberazione sulla richiesta di parere in questione;

UDITO, nella Camera di consiglio, il relatore Consigliere Rosario Scalia;

### **PREMESSO**

Il Sindaco del Comune di Orte, con nota n. 6921 del 1 giugno 2011, ha avanzato istanza di parere a questa Sezione ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003, e s.m.i., essendo a ciò indotto dal processo decisionale avviato da una società da esso partecipata con il 9,39% del capitale sociale, che potrebbe – se portato a conclusione – indurre l'Ente a ritenere non legittimo il mantenimento della propria partecipazione nella società medesima.

La questione trae origine dal fatto che il Consiglio di amministrazione della Società "Interporto Centro Italia S.p.a." - della quale il Comune detiene appunto il 9,39% delle azioni - nella seduta del 23 febbraio 2011, ha deliberato di procedere alla costituzione di una nuova società a responsabilità limitata da essa interamente partecipata, avente lo stesso oggetto sociale, cui affidare per 40 anni la gestione completa dell'Interporto di Orte, i relativi servizi e le attività correlate, alcuni dei quali si presentano come nuovi rispetto a quelli sinora espletati dalla società – madre.

L'Ente ritiene che il processo decisionale posto in essere dalla s.p.a. richiamata con la costituzione di un'altra società a responsabilità limitata,

avente lo stesso oggetto sociale, possa determinare "effetti negativi, anche se indiretti, sulla contabilità dell'Amministrazione comunale" detentrici della suddetta partecipazione azionaria (9,39%) nella società costituente.

Ritiene infatti l'Ente di poter ravvisare, nell'operato del Consiglio di amministrazione della propria partecipata, un "*vulnus*" al potere di controllo esercitabile dall'Ente stesso sulla società medesima, alla quale risulta affidata in "*toto*" la realizzazione e la gestione dell'interporto, mediante l'utilizzazione, da parte della società neo costituita, di risorse pubbliche provenienti da contributi dello Stato e della Regione.

Il Sindaco di Orte, richiede comunque, una valutazione dell'intera vicenda amministrativa – avente, a suo giudizio, effetti anche indiretti sugli equilibri economico-finanziari dell'Amministrazione – in termini di compatibilità dell'operato della s. p.a. alla luce dei divieti e delle limitazioni posti dalla vigente legislazione nazionale alle amministrazioni pubbliche in materia di partecipazioni societarie, nonché dai principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia Europea) in materia di affidamenti in "*house*".

### **CONSIDERATO**

L'esercizio della funzione consultiva intestata alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti dall'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, è subordinato alla verifica preliminare in ordine alla sussistenza dei presupposti di ammissibilità, sia in termini soggettivi (legittimazione dell'organo richiedente) che oggettivi (attinenza dei quesiti alla materia della contabilità pubblica).

Sotto il profilo soggettivo la richiesta è da ritenere ammissibile, in quanto presentata dal Sindaco, cui spetta la rappresentanza politico-istituzionale dell'Ente locale in base a quanto previsto dall'art. 50, comma 2, del TUEL; né può ritenersi preclusivo all'emissione del parere il mancato inoltro della richiesta tramite il Consiglio delle Autonomie Locali, atteso che il coinvolgimento di quest'ultimo, come più volte puntualizzato da questa Sezione conformemente all'orientamento univoco assunto in proposito dalla giurisprudenza contabile, è previsto solo come di "*norma*", ai fini dell'inoltro della richiesta di parere.

Quanto all'ammissibilità sotto il profilo oggettivo, appare sussistente l'inerenza del quesito a materia di contabilità pubblica, nel contesto sistematico nel quale l'art. 7, comma 8, è inserito, ove quest'ultima sia intesa alla stregua dei principi enunciati in numerose delibere adottate da questa Sezione nell'esercizio della funzione consultiva (cfr. da ultimo, deliberazione n. 9/2009), convalidati anche dalle Sezioni riunite della Corte dei Conti con delibera n. 54 del 17 novembre 2010.

In dette pronunce è stata infatti delineata una nozione unitaria della materia della contabilità pubblica, oggetto della funzione di consulenza attribuita alle Sezioni regionali di controllo, in quanto ricondotta al sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici.

Alla stregua di tale nozione, se è vero che non si può condividere qualsivoglia interpretazione che, vanificando il limite posto dal legislatore, consenta di estendere l'attività consultiva in discorso a tutti i settori dell'azione amministrativa, così realizzando ... l'inaccettabile risultato di

immettere la Corte dei conti nei processi decisionali degli Enti territoriali, è altresì vero, che la funzione consultiva deve potersi svolgere “in una visione dinamica” anche nei confronti di quei quesiti che siano connessi a modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa, sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica contenuti nelle leggi finanziarie annuali, e, come tali, in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell’Ente e sui pertinenti equilibri di bilancio.

Nella fattispecie sottoposta all’esame, sono da richiamare, in quanto poste a tutela del rispetto del principio dell’equilibrio economico – finanziario dei bilanci pubblici, le diverse norme che sono state poste a base dei processi decisionali di competenza anche degli Enti Locali, al fine di evitare che una gestione non corretta e scarsamente efficiente delle società partecipate e/o da essi controllate finisca per influenzare, in senso negativo, gli equilibri di bilancio dello stesso ente possessore delle relative quote azionarie.

1. Passando al merito dei quesiti posti, ritiene la Sezione che si rende necessario fornire risposta alla questione pregiudiziale posta dall’esigenza di definire – come anche richiesto dal Comune di Orte nell’istanza di parere formulata – quale sia la disciplina che regge la costituzione delle società partecipate da parte delle pubbliche amministrazioni, in particolare, di quelle, tra esse, che risultano essere società a capitale misto pubblico-privato, affidatarie di servizi pubblici a rilevanza economica.

In sostanza, il Comune di Orte ha espresso una serie di perplessità in ordine alla sussistenza delle condizioni di legge che legittimino l'esercizio della facoltà – prevista nello Statuto della Interporto Centro Italia S. p. a. (art. 3) – di assumere “interesse e partecipazioni in società, ente, istituti e organismi aventi oggetto analogo o comunque connesso al proprio...”.

Si tratta, quindi, di verificare se sussistono in capo a coloro che risultano essere i rappresentanti “pro-tempore”, delle amministrazioni pubbliche socie, nel consiglio di amministrazione della società partecipata, specifiche responsabilità, derivanti da divieti o limitazioni posti dalla legislazione vigente, nel mantenimento di organismi la cui “*governance*” non corrisponda ai principi della legislazione comunitaria nella materia dell'affidamento di appalti o di concessioni pubblici.

Da qui la necessità di richiamare all'attenzione del Comune richiedente – ove ve ne fosse bisogno – sulla legislazione sotto il cui vigore risulta essere stata costituita la “Interporto Centro Italia Orte S. p.a.” e, di conseguenza, la specifica composizione societaria che, fin dalla nascita, ha privilegiato la presenza di soci privati, la cui scelta non risulta essere stata effettuata con ricorso a gara ad evidenza pubblica.

1.1 La Società Interporto Centro Italia Orte S.p.a. (a capitale misto pubblico – privato) è stata costituita il 15 marzo 1983 al fine di realizzare e, successivamente, gestire l'Interporto di Orte.

La compagine societaria risulta essere, attualmente, nelle mani di soci pubblici per il 57,92% e nella mani di soci privati per il 42,7%: detta

composizione rispetto a quella originaria, non risulta avere subito modificazioni nel tempo.

Ciò che assume rilievo, ai fini delle valutazioni da svolgere in ordine ai profili prospettati, è che, tra i soci pubblici, il Comune di Orte detiene il 9,39% del capitale, ammontante complessivamente a 950.682,16 euro, diviso in 63.920 azioni nominative, aventi ciascuna il valore di €14,873.

Nella stessa situazione si ritrovano i Comuni di Terni e Viterbo, nonché la Provincia stessa, come si rileva dall'allegata tabella A.

**La struttura della società "Interporto Centro Italia S.p.a."  
La composizione societaria.**

Società a capitale misto pubblico/privato

**Tabella A**

B. Pubblici	%
1. Provincia di Viterbo	9,39
2. Comune di Orte	9,39
3. Comune di Terni	9,39
4. Comune di Viterbo	9,39
5. Sviluppo Umbria S.p.a.	7,82
6. Provincia di Terni	4,13
7. Comune di Narni	3,25
8. Trenitalia S.p.a. (gruppo FS)	3,13
9. Società finanziaria di sviluppo Lazio (FILAS)	1,56
10. Autorità portuale di Civitavecchia	0,47
	57,92

Fonte: art. 3, legge 4.8.1990, n. 240 " Interventi dello Stato per la realizzazione di interposti finalizzati al trasporto merci e in favore dell'intermodalità, abrogato dall'art. 6 del 1 aprile 1995, n. 58

Tra i soci privati, si ritrovano imprese che hanno ad oggetto sociale lo svolgimento di diverse attività: da quella di costruzione di opere/manufatti (Euro Costruzioni, posta peraltro in liquidazione) a quella di facchinaggio e trasporto, a quella di commercio di materiali inerti.

Nello "Statuto" sottoposto all'attenzione della Corte (la cui versione è da ritenere successiva a quella originaria, peraltro, non prodotta) è possibile riscontrare, all'art. 2, come la durata della società sia fissata "fino al 31 dicembre 2050", con possibilità di essere prorogata od estinta anticipatamente con deliberazione dell'assemblea.

Inoltre, all'art. 3, si fa riferimento a un oggetto sociale, di cui va sottolineata l'ampiezza d'intervento; infatti, in esso si afferma che la "società ha per oggetto la realizzazione e la gestione di interporti (centri intermodali) consistenti in sistemi unitari di opere e di servizi principali, accessori e complementari, finalizzati al criterio dell'integrazione dei vari modi di trasporto".

A parte il mancato riferimento alla realizzazione e alla gestione delle opere destinate specificatamente all'Interporto di Orte, la Sezione richiama l'attenzione sulla previsione sempre contenuta nell'art. 3: "nell'ambito delle attività (indicate), si intendono comprese le opere ed i servizi connessi o complementari anche indirettamente a quelle principali"; dizione che, costituendo un primo ampliamento del primitivo e fondante oggetto sociale (realizzazione e gestione di interporti), si arricchisce dell'ulteriore generica missione assegnata alla società di poter



“compiere tutte le operazioni industriali, commerciali, finanziarie ed agricole, mobiliari e immobiliari ritenute idonee...” , in cui va ricompresa la possibilità, in via esemplificativa, di “assumere direttamente ed indirettamente interessenze e partecipazioni in società, enti, istituti ed organismi avente oggetto analogo, o comunque connesso al proprio ...”.

1.2 La costituzione della Società “Interporto Centro Italia Orte S.p.a.” avviene nel 1983 su iniziativa di operatori pubblici e privati operanti sia nel territorio della Regione Lazio che in quello della Regione Umbria.

Ma è nel 1990, precisamente in data 28 ottobre di tale anno, che la società stipula con la Regione Lazio una convenzione avente ad oggetto la realizzazione e la gestione dell’Interporto di Orte, opera ritenuta di pubblica utilità per lo sviluppo economico dell’area del Centro Italia. Tale atto convenzionale, qualificato come “concessione di pubblico servizio”, trova fondamento nell’art. 4, ultimo comma, della legge regionale 19 dicembre 1985, n. 102 recante: “Interventi regionali per la realizzazione di centri merci nel Lazio”.

Nel 1996, l’allora Ministero dei lavori pubblici, con nota n. 19707 del 30 dicembre, ha inserito il costituendo Interporto di Orte nell’elenco degli Interporti riconosciuti ai sensi della legge 4 agosto 1990, n. 240.

Nel 2002, tale società stipula una convenzione, in data 7 giugno, con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per la realizzazione, appunto, dell’opera in questione, consentendosi l’ammissione di tale società alle provvidenze previste dalla legge 4 agosto 1990, n. 40 (art. 9).

Tale legge qualifica l'interporto come " un complesso organico di strutture e servizi integrati e finalizzati allo scambio di merci tra le diverse modalità di trasporto, comunque comprendenti uno scalo ferroviario idoneo a formare o ricevere treni completi e in collegamento con porti, aeroporti e viabilità di grande comunicazione" (art. 1. c.1).

L'attuale classificazione di tali specifiche strutture, adottata in attuazione dell'art. 1 della richiamata legge n. 240/90, come modificata dal decreto legge 1.4.1995, n. 98, distingue gli interporti secondo che essi siano a rilevanza nazionale o locali; quelli a rilevanza nazionale, per essere considerati tali, devono corrispondere ai requisiti indicati dall'art. 6, c. 1, della legislazione qui richiamata.

La Sezione ha avuto modo di accertare come l'Interporto di Orte sia l'unico interporto regionale (delib. n. 17 del 31 marzo 2010) del Centro Italia.

1.3 Sulla base delle conclusioni cui è pervenuta una consulenza resa da un qualificato istituto professionale, la società Interporto Centro Italia Orte S.p.a., attraverso il suo organo di "*governance*" (consiglio di amministrazione), ha ritenuto di deliberare, nel febbraio 2011, la costituzione di una nuova società a responsabilità limitata, avente ad oggetto la stessa attività della società promotrice sulla base dei seguenti presupposti e nel rispetto di alcuni vincoli: a) che la S.p.a. promotrice ha la natura giuridica di "organismo di diritto pubblico"; b) che le attività svolte dalla neo-costituita società debbano essere identiche a quelle contemplate nello statuto della società madre; c) che il capitale della nuova S.r.l. sia interamente detenuto dalla S.p.a. promotrice e non possa

essere ceduto a terzi; d) che la S.p.a. promotrice si impegni a svolgere un "controllo analogo", cioè simile a quello che la prima svolge sulla propria organizzazione; e) che, con atto pubblico, le risorse finanziarie pubbliche (contributi statali/regionali), finalizzate alla costruzione delle opere, siano attribuite a mezzo di atto pubblico dalla S.p.a. alla neo-società a responsabilità limitata (società partecipata), procedendosi così alla cessione delle "convenzioni" (concessioni) stipulate a suo tempo con la Regione Lazio e con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Alla costituzione, della neo-società non osterebbero – secondo quanto si rileva dal parere reso - né la legislazione nazionale vigente posta a tutela del rispetto di libera concorrenza nei diversi mercati di interesse, né tanto meno gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria in tema di affidamento di servizi pubblici a società miste pubblico-privato, così come recepiti dalla giurisprudenza amministrativa nazionale.

1.4 L'intera vicenda amministrativa non può trovare una lettura interpretativa adeguata se non si valuta la corrispondenza dell'operato degli amministratori della "Interporto Centro Italia Orte S.p.a." alle prescrizioni della legislazione comunitaria e nazionale con la quale si intende garantire, nei fatti, il rispetto del principio di libera concorrenza nei mercati interessati.

Nella fattispecie esaminata, il richiamo alle disposizioni dettate dall'art. 13 della legge n. 248/2006, di conversione del decreto legge n. 223/2006 (c.d. decreto "Bersani"), così come modificato dagli artt. 20, c.1-bis, della legge n. 14/2009, e 48, della legge n. 99/2009, non si dimostra congruo in quanto tale norma ha come destinatari "le società, a

capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione delle loro attività".

I vincoli posti dalla normativa richiamata all'attività di tali soggetti si dimostrano necessari per evitare "l'inquinamento" del mercato in cui operano (la produzione di beni e servizi strumentali all'attività dell'Ente pubblico che ne ha promosso la costituzione e che è obbligata a detenerne la proprietà in maniera totalitaria).

Invero, nella fattispecie un interporto non svolge attività per sé ma per soggetti esterni, cioè per gli autotrasportatori (imprese artigianali e non di autotrasporto)); in sostanza, siccome deve essere posta in evidenza la sostanza sull'apparenza, la costituenda neo-società, oltre a utilizzare le risorse finanziarie pubbliche per costruire le opere strutturali, dovrà rendere, una volta che esse siano ultimate, servizi aventi rilevanza economica, i cui introiti devono essere destinati a coprire i costi di funzionamento del complesso operativo posto in essere.

È in tale contesto funzionale che va, quindi, letta la resa, da parte di una società mista, del servizio pubblico all'esame - quello che si riconnette alla realizzazione degli spazi logistici attrezzati (opera pubblica) e alla conseguente gestione di essi con l'applicazione di una tariffa a carico degli utilizzatori - servizio pubblico che ha, come si è già chiarito, una evidente rilevanza economica.

Se si considera che non solo tale servizio (pubblico) ha una rilevanza economica ma tutti quelli che risultano leggibili nello statuto della s.p.a. originaria e, ancor più, esplicitati nello statuto della

costituenda s.r.l., non si possono non esprimere fondati dubbi sulla prospettata decisione di continuare a persistere, da parte dei livelli di governo locali, nella conduzione di attività che nulla hanno a che fare con lo svolgimento di attività pubbliche.

In altre parole, occorre esplicitare al massimo la "*ratio legis*", di alcune disposizioni normative più recenti, che tende a indurre le Amministrazioni pubbliche, detentrici di molteplici società miste pubblico-private in aree di mercato che nulla hanno a che fare con l'attività istituzionale propria degli Enti Locali, a recedere da tali situazioni.

"*Ratio legis*" che, ad avviso della Sezione, è rinvenibile nella disposizione dettata dall'art. 3, comma 27, della legge n. 244/2007 (finanziaria 2008), a tenore del quale "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi *non strutturalmente necessarie* per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società".

Una lettura obiettiva di tale disposizione avrebbe dovuto, fin dalla sua entrata in vigore (2008), indurre a meditare sulla opportunità di continuare a mantenere, da parte dei Comuni soci, della loro quota di partecipazione nella Interporto Centro Italia Orte s.p.a., in quanto le attività di cui all'oggetto sociale non risultano essere, soprattutto nella fase della gestione, per nulla coincidenti con l'attività istituzionale di propria competenza.

Tale normativa, oggi, risulta completata da quella contenuta nell'art. 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133/2008, come modificato dall'art. 15, c. 1, lett. e), della legge n. 166/2009. Di essa ci si limita a richiamare, in quanto di interesse, le prescrizioni contenute al comma 8, lett. e), e al comma 9 di tale articolo.

È, infatti, assai chiaro il pensiero del legislatore nazionale in materia quando, dopo aver fissato le regole cui occorre attenersi da parte di tutte le amministrazioni pubbliche per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali (c. 2-3-6), nel definire il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito nello stesso articolo, specifica che "le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alla lettera da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2011 (termine prorogato con DPCM del 25.3.2011) dall'ente affidante" (c. 8, lett. e). Disciplina che trova una sua chiusura nella disposizione contenuta nel richiamato comma 9 dell'articolo all'esame.

È, significativo e non equivoco, il divieto posto a carico delle "società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante ..., che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non a evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi: essi non possono acquisire la gestione di servizi

ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare”.

Da ultimo, la c.d. “legge di stabilità” (l. n. 122/2010) ha precisato che i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società.

Inoltre, entro il 31 dicembre 2013, gli stessi enti locali “mettono in liquidazione le società già costituite...ovvero ne cedono le partecipazioni”, aggiungendo come la predetta disposizione non trovi applicazione 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 e che i Comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società, dovendo entro il 31 dicembre 2011 mettere in liquidazione le altre società già costituite (art. 14, c. 32).

In definitiva, il legislatore nazionale – nel dichiarato intento di fornire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libere prestazioni dei servizi presso tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale – ha inteso costruire limiti alla presenza sul mercato di soggetti/entità che, in virtù della partecipazione “anomala” di poteri pubblici alla loro gestione, finiscono per costituire un ostacolo alla concorrenza.

È in tale contesto normativo, che va riguardata la vicenda sottoposta all'esame, stante il fatto che sia la composizione della compagine societaria s.p.a. originaria in cui i soggetti privati non furono scelti, a suo tempo, con gara ad evidenza pubblica, sia le modalità di affidamento ad essa della gestione dei servizi (avvenuta a mezzo convenzione-concessione), inducono a ritenere l'operazione che si intende porre in essere elusiva di specifiche prescrizioni di legge e, in ogni caso, del complesso di norme che intendono promuovere- così come si è avuto modo di evidenziare - condizioni di effettiva competitività tra imprese.

Condizioni che non si ritengono rispettate allorché si intenda procedere alla costituzione di una nuova società comunque sottoposta alla "*governance*" totalitaria della società nata poco più di trenta anni fa.

Altre considerazioni di carattere generale vanno, comunque, espresse – prima di affrontare gli aspetti specifici inerenti al quesito posto - al fine di fornire una valutazione esaustiva della vicenda sottoposta all'esame.

In particolare, la legislazione richiamata, oltre ad avere una valenza prescrittiva sua propria, costituisce una valida sponda al processo di semplificazione dell'azione dei pubblici poteri (analisi dei costi dell'amministrazione diretta/dei costi dell'amministrazione indiretta) che va ricercato nell'obbligo posto in capo ai responsabili politici dall'art. 15 del d. lgs. n. 150/2009 di procedere rapidamente sulla via della "*aziendalizzazione*" delle attività (funzioni/servizi) di competenza (applicazione della contabilità analitica); obbligo che affonda le sue radici negli artt. 8 (costo del lavoro, risorse finanziarie e controlli); 18 (criteri di



rilevazione e analisi dei costi e dei rendimenti); 58 (finalità); 59 (Rilevazione dei costi); 60 (Controllo del costo del lavoro); e 65 (Interventi correttivi del costo del personale) del d.lgs n. 165/2001, e che risulta rafforzato dalla più recente legislazione in materia di federalismo fiscale (artt. da 1 a 8, del d. lgs 26 novembre 2010, n. 216, recante "Disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di Comuni, Città metropolitane e Province").

2. Si tratta di valutare, in primo luogo, se la costituzione di un nuovo soggetto giuridico – avente peraltro la forma della società a responsabilità limitata "*a socio unico*", al quale risulti posto il divieto di vendere a terzi, per la durata della vita sociale fissata con il nuovo statuto, la propria partecipazione, appunto, nella misura del 100 % - garantisca ai soci pubblici della società affidante l'esercizio, sull'attività della società affidataria, del c.d. " controllo analogo" sulla base del dichiarato presupposto che la " Interporto Centro Italia S.p.a." sia da qualificare "organismo di diritto pubblico".

A tal riguardo la Sezione ritiene di poter affermare, alla luce dei più recenti orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale, che nell'ipotesi in cui una società mista pubblico-privata intenda affidare ad altra società, appositamente costituita, l'esercizio di un servizio pubblico - e tale può considerarsi la realizzazione e la gestione di un interporto - utilizzando all'uopo lo strumento della "convenzione" (concessione), per operare l'affidamento di esso o la gestione di esso, non possa tale società, configurarsi sempre e "*tout court*" come "organismo di diritto pubblico".

A parte la riscontrata mancata citazione degli "interporti" (sia di quelli qualificati, ai sensi dell'art. 1, del d. P.R. 3 luglio 1998, a "rilevanza nazionale", sia di quelli qualificati a rilevanza locale) nell'elenco previsto dall'art 1, commi 2 e 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, si richiama l'attenzione sul fatto che, nel nostro ordinamento, può ritenersi qualificabile "organismo di diritto pubblico" quella organizzazione che presenti contestualmente le caratteristiche e/o i requisiti enucleati dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia europea) in materia:

a) che risulti essere istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

b) che sia dotato di personalità giuridica;

c) che l'attività da svolgere sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli Enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi; oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli Enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Tra questi assume rilievo l'orientamento della Corte di Giustizia europea, che ha inteso valorizzare la sostanza più che la forma del sistema istituzionale quando esso gestisce risorse pubbliche.

Nella stessa ottica, si è posta la giurisprudenza della Corte Costituzionale che indica le condizioni sotto le quali gli "organismi di diritto pubblico" nel nostro Paese possono operare:

- a) che siano sottoposti al controllo della Corte dei conti (ex art. 1, c. 170, legge finanziaria 2006);
- b) che siano finanziati nella quasi totalità con risorse pubbliche;
- c) che siano assoggettati a una normativa speciale (obblighi e vincoli) di gran lunga più penetrante di quella stabilita in via generale dall'art. 25 del codice civile.

Nella fattispecie all'esame, alcune di queste condizioni non sussistono affatto, dovendosi escludere, quindi, che possa qualificarsi come tale la s. p. a. fondata nel 1983 e come società in "house" quella costituenda.

Ad avviso della Sezione, la scelta del Governo regionale e di alcuni Enti Locali è stata sicuramente influenzata dalla tendenza, da tempo emersa nella prassi legislativa fin dal 1990 con l'entrata in vigore della legge n. 241, ad una spiccata eterogeneità dei moduli organizzativi e di azione della pubblica amministrazione, che in dottrina e in giurisprudenza ha dato vita ad una nuova e aperta nozione di "ente pubblico" capace di comprendere anche figure soggettive formalmente privatistiche (cfr. TAR Cagliari, Sez. II, 23 maggio 2008, n. 1051).

In definitiva, si può convenire che sia nel caso della società – madre, che è una s.p.a., che nel caso di quella costituita (o costituenda), non sono rinvenibili le condizioni e i caratteri di legge.

La Sezione concorda sulla valutazione che nessuna delle suindicate caratteristiche è individuabile nella società "Interporto Centro Italia S.p.a.", la quale non può qualificarsi come "amministrazione pubblica" affidante e, come tale, non può essere ritenuta capace di svolgere alcun

“controllo analogo”. A conferma di tale giudizio si pone l’analisi dello statuto della richiamata società di capitali, alla quale è stato consentito di svolgere, tra l’altro, operazioni commerciali, industriali e finanziarie; tale circostanza tende ad escludere definitivamente la configurazione in capo alla società affidante di “organismo di diritto pubblico” (ex multis, Corte di Cassazione, SS.UU. sentenza n. 8225 del 7 aprile 2010).

È convincente, poi, di questa Sezione, tratto dalla lettura che è necessaria effettuare dell’art. 3 dello Statuto della “Interporto Centro Italia S.p.a.” e dell’art. 2 dello schema di Statuto della costituenda “Interporto di Orte S. r. l.”, che non vi sia alcuna differenza tra la missione intestata alla società costituita il 15 marzo 1983 (data registrazione CCIAA 6 aprile 1983) e quella definita, invece, per la neo-società, la cui costituzione è stata approvata dal consiglio di amministrazione della società richiamata nella seduta del 23 febbraio di quest’anno.

Pertanto, si tratta di valutare se la scelta di costituire una società che, per statuto, si sostituisce, nei fatti, nella realizzazione e nella gestione dell’Interporto, costituisca una forma di elusione del divieto posto dalla legislazione vigente alle pubbliche amministrazioni, quali previste dall’art. 1, c. 2, del D. Lgs. n. 165/2001, di occupare spazi di mercato che il principio di libera concorrenza di fonte comunitaria intende salvaguardare contro forme anche mascherate di gestione di servizi a utilità economica poste in essere dai poteri pubblici.

3. In tale contesto si innesta la specifica funzione di controllo intestata alla Corte dei conti di vigilare, ai sensi dell’art. 3, c. 27, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 sull’obbligo di ricognizione del sistema di

partecipazioni in società la cui situazione finanziaria, se deficitaria, verrebbe a turbare gli equilibri di bilancio degli Enti locali.

Alla luce, poi, del sistema di regole individuabili nella "vigente legislazione nazionale, secondo le quali occorre evitare che il principio di libera concorrenza, risulti minimamente coartato, è da ritenere preclusa alla società costituenda l'esecuzione di servizi così come individuati nello schema di statuto approvato.

In disparte il dubbio legittimo in ordine alla competenza dell'organo (Consiglio di amministrazione) che si è arrogato il potere – ricorrendo alla costituzione della neo – società a responsabilità limitata – di "svuotare", nella sostanza, la società mista in questione, rimane intatta la preoccupazione espressa dal Comune richiedente riguardo alla possibilità in concreto di poter esercitare, nei confronti della nuova società, insieme alle altre istituzioni pubbliche che continuano a detenere la maggioranza delle azioni, -quello specifico tipo di controllo che, per essere simile a quello che una istituzione pubblica esercita sulla propria organizzazione diretta, è stato qualificato dalla giurisprudenza comunitaria con l'attributo di "analogo".

Infatti, pur se l'art. 20 dello Statuto individua nel "Consiglio di amministrazione" il potere di "deliberare circa la partecipazione della società ad enti, organismi e società designando, ove occorre, le persone designate a rappresentare nei medesimi la società", è da escludere che tale disposizione possa essere interpretata come un'autorizzazione a porre nel nulla la volontà delle istituzioni pubbliche fondatrici sottraendo ad esse, con una decisione di natura privatistica, l'esercizio di un servizio

pubblico che, tra l'altro, risulta essere finanziato con risorse rivenienti da bilanci pubblici (Stato - Regione Lazio), orientate a sostenere/facilitare la gestione della politica pubblica del trasporto merci (politica dello sviluppo economico del territorio).

D'altra parte, l'ipotizzato ricorso allo strumento della convenzione, da stipulare tra la società madre – "svuotata" nella sua missione nello stesso momento in cui si è proceduto alla costituzione della neo-società – e quest'ultima, si dimostra, in ragione del modo in cui si è ritenuto di agire, privo di effetti.

Se, invece, se ne dovesse sostenere la necessità, troverebbe conferma la tesi secondo cui la neo-società risulterebbe essere priva di una vera missione, costituendo, l'operazione posta in essere, una evidente forma di elusione della disciplina che vieta la nascita di società miste ove non sia rispettato il principio della selezione del/dei partner(s) privato(i) a mezzo di gara pubblica.

Altre considerazioni si ritiene di poter svolgere alla luce della evoluzione che ha avuto la giurisprudenza comunitaria sul tema che qui ci occupa, cioè se si possa ritenere la società di nuova costituzione una società "*in house providing*".

Nel 1990, quando il legislatore propose all'attenzione dei giuristi aventi competenza nel settore del trasporto pubblico, il termine "interporto", tale questione non risultava formare oggetto di discussione nell'area dei gestori di servizi pubblici, sia nazionali che locali.

Infatti, l'art. 1, c. 1, della legge 4 agosto 1990, n. 240, fa ricorso ad una esplicitazione del termine "Interporto", intendendolo come "un

complesso organico di strutture e servizi integrati e finalizzati allo scambio di merci tra le diverse modalità di trasporto, comunque comprendente uno scalo ferroviario idoneo a formare o ricevere treni completi e in collegamento con porti, aeroporti e linee di grande comunicazione”.

In sostanza, l'Interporto continua ad essere costituito da una piattaforma logistica (comprensiva di magazzini per spedizionieri, corrieri ed operatori della gestione delle merci); da uno scalo ferroviario (attrezzato con terminal containers, fasci di binari per la manovra, raccordi vari, aree per i servizi complementari) adatto alla formazione di treni completi in collegamento con tutti gli altri soggetti della rete portuale ed interportuale continentale; da servizi di supporto generali (banche, ufficio postale, ristorazione, distributore di carburanti, etc.) e specifici (dogana, servizi telematici, etc.).

Oggi, in considerazione anche di quanto prevede l'art. 1, c. 2 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e s.m.i., non è consentito alle amministrazioni pubbliche detentrici di quote azionarie della società-madre aderire al processo decisionale così come posto in essere dall'organo di gestione (Consiglio di amministrazione) dell'“Interporto Centro Italia S. p. a.”.

Infatti, prescindendo dalla circostanza che l'organo gestorio della società partecipata non può, di fatto, sottrarre – svuotandolo di contenuto – alle istituzioni pubbliche detentrici della maggioranza del capitale sociale il potere decisionale in ordine all'opportunità o meno della dismissione, sta di fatto che per la costituzione di una società mista ( e tale, nei fatti, si deve considerare la s. r. l. costituenda) è necessario attivare una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato (che, nel

caso di specie, trattandosi di una multiservizi, dovrebbero essere tanti quanti sono i servizi da espletare). Per tale via, dovendo ritenersi applicabile la disposizione posta dall'art. 23-bis, comma 9, del decreto legge n. 112/2008, risulterebbe preclusa la partecipazione alle gare dei soggetti privati possessori di azioni della società fondante (Consiglio di Stato, Sez. V, Sent. n. 7214 del 30.9.2010).

Comunque, è opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che il modello organizzativo - gestionale prefigurato dalla legge n. 240/1990, all'art. 3 prevedeva che "la realizzazione e l'esercizio delle infrastrutture" potesse essere "affidata in concessione ad enti pubblici e a società per azioni, anche riuniti in consorzi", è risultato abbandonato dal legislatore pochi anni dopo, avendo proceduto all'abrogazione di tale disposizione con l'art. 6, del D.L. 1 aprile 1995, n. 98.

Allo stesso modo, risulta ancora oggi non praticabile l'affidamento di risorse finanziarie pubbliche, sotto forma di contributi, a società che non risultino rispettose del complesso di prescrizioni contenute nell'art. 4 della richiamata legge n. 240/90, normativa, che ad oggi, non risulta essere stata abrogata.

Da ciò consegue l'esigenza di sottolineare la sussistenza di un ulteriore ostacolo al processo decisionale assunto, che non sembra avere valutato appieno la valenza che assume il ruolo del "pubblico" nel contesto del sistema normativo richiamato, che si preoccupa, in fin dei conti, di non ritenere mai subordinato l'interesse pubblico agli interessi dei privati che con il primo, a volte, condividono la stessa finalità.



La Sezione non può, quindi, che sottolineare ancora come la vicenda amministrativa all'esame vada pur sempre riguardata alla luce di quel principio, consolidatosi nel sistema della gestione dei servizi pubblici locali e non, secondo cui, allorquando l'ente pubblico compie una scelta di natura tipicamente imprenditoriale, decidendo di affiancare a sé un operatore privato, che conferisca o un apporto di capitale o un contributo in termini di competenza tecnica nella gestione del servizio o nell'espletamento dell'attività, la metodologia deve rinvenirsi nello schema della gara ad evidenza pubblica, che meglio garantisce la individuazione (scelta) del socio privato.

Nella fattispecie, peraltro, viene ad assicurare – come si è avuto di evidenziare in premessa - una sua specifica rilevanza la richiamata disposizione contenuta nell'art. 23-bis, comma 9, del decreto legge n. 112/2008; disciplina che completa, nel nostro ordinamento, il sistema delle regole poste a tutela - in una con l'art. 3, c. 27, della legge n. 244 del 2007, e con l'art. 13 del decreto legge, n. 226/2006, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 – del principio di fonte comunitaria secondo cui la legislazione di ogni Stato aderente all'Unione Europea deve evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e, quindi, di assicurare la parità degli operatori.

In sostanza la lettura integrata delle disposizioni richiamate, da riguardare come il portato di un orientamento giurisprudenziale consolidatosi nel tempo di derivazione comunitaria, induce la Sezione ad affermare che esiste ormai un principio generale dell'ordinamento nazionale secondo il quale è posto divieto ai pubblici poteri di creare

particolari situazioni di privilegio per alcune imprese, quando queste ultime usufruiscano, anche indirettamente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una qualsiasi provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi.

Ed è ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui ciò che si qualifica generalmente quale privilegio economico non necessariamente si debba concretizzare nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma esso si configura tutte le volte che si garantisca una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese; situazione che si deve ritenere rintracciabile nel sistema relazionale ipotizzato sul quale l'Ente richiedente ha ritenuto di dover esprimere perplessità (Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 1037 del 22.2..2010).

È stato, peraltro, chiarito, in diverse fattispecie sottoposte al giudizio della competente magistratura, come la situazione di privilegio non necessariamente si realizzi introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche, ed in maniera più sofisticata, garantendo all'impresa una partecipazione al mercato cui appartiene; garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti i cui proventi siano in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali; in sintesi, un minimo garantito atto a mantenere l'apparato aziendale.

Nella fattispecie esaminata, il meccanismo posto in essere (costituzione di una nuova società con identico oggetto sociale della società originaria) verrebbe a perpetuare posizioni di privilegio a favore di

imprese socie della società –madre e che, per giunta, da una lettura dei dati camerali, presentano una prolungata situazione di inattività.

**P.Q.M.**

Nelle suesposte considerazioni è il parere di questa Sezione.

La presente deliberazione sarà trasmessa, a cura del Dirigente del Servizio di supporto, all'Amministrazione che ne ha fatto richiesta.

Così deliberato in Roma, nell'adunanza del 15 luglio 2011.

Il Magistrato Relatore

Il Presidente

*f. to* (dott. Rosario SCALIA)

*f. to* (dott. Vittorio ZAMBRANO)

Depositata in Segreteria il 7 Settembre 2011

Il Direttore del Servizio di Supporto  
*f. to* (Chiara SAMARELLI)