



Corte dei Conti
Sezione regionale di controllo per la Basilicata
Potenza

Deliberazione n. 168/2012/PAR

Parere n. 15/2012

La Sezione regionale di controllo per la Basilicata composta dai Magistrati:

Presidente di Sezione	dott. Ciro VALENTINO	Presidente
Primo Referendario	dott. Giuseppe TETI	Componente
Referendario	dott. Donato LUCIANO	Componente-relatore

nell'adunanza del 22 giugno 2012;

Visto l'art.100 della Costituzione;

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n.1214 e successive modificazioni ed integrazioni;

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

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

Vista la deliberazione n.14/2000 in data 16 giugno 2000 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, con la quale è stato deliberato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, e successive modificazioni ed integrazioni;

Visti gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva approvati dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei conti nell'adunanza del 27 aprile 2004;

Viste le modificazioni e integrazioni degli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva approvate dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei conti con deliberazione 9/SEZAUT/2009/INPR nell'adunanza del 4 giugno 2009;

Visto l'art. 17, comma 31, del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito nella legge 3 agosto 2009, n. 102;

Vista la nota del Presidente della Corte dei conti del 28 settembre 2009;

Vista la deliberazione n. 8/CONTR/10 del 26 marzo 2010 delle Sezioni Riunite in sede di controllo;

Vista la deliberazione n. 54/CONTR/10 delle Sezioni Riunite in sede di controllo, depositata il 17 novembre 2010;

Vista la richiesta di parere ex art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003 inoltrata dal Sindaco del comune di Lavello (PZ);

Vista l'ordinanza del Presidente di questa Sezione di controllo n. 167 del 22 giugno 2012, con la quale è stata deferita la questione all'esame collegiale della Sezione per l'odierna seduta e con la quale è stato anche nominato il Magistrato relatore;

Udito nella camera di consiglio il Magistrato relatore dott. Donato LUCIANO;

Premesso in fatto

Con richiesta di parere ex art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, il Sindaco del Comune di Lavello (PZ), ente con una popolazione di circa 15.000 abitanti, ha richiesto a questa Corte un parere in ordine all'obbligo di liquidazione o di cessione delle partecipazioni delle società partecipate previsto dall'art. 14, comma 32, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni in legge 30 luglio 2010, n. 122, come successivamente modificato. In particolare il Comune ha esposto che:

« - da diversi anni il comune di Lavello, avente una popolazione di circa 15.000 abitanti, gestisce tramite la società ASTEA s.r.l., società di capitali costituita ed interamente posseduta dal medesimo comune un complesso di servizi di servizi pubblici locali, tra i quali: servizi ambientali e di igiene urbana, servizio di manutenzione e gestione verde, servizio di manutenzione cimitero, servizio di manutenzione patrimonio, servizio di refezione scolastica servizio di gestione impianti sportivi comunali, il cui valore annuo risulta inferiore ai 900.000,00 €, quindi contenuto nei limiti entro i quali è consentito l'affidamento diretto, soglia ridotta di recente a 200.000,00 Euro dall'art. 25 del DL n.1 del 24/01/2012;

- che la predetta ASTEA srl è nata per trasformazione della A.S.T.E.A. s.p.a., a sua volta derivante da azienda speciale comunale ...;

- che il comma 27 dell'art. 16 del Decreto Legge n.138 del 2011, convertito dalla Legge n. 148 del 2011 (recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo) ha modificato il comma 32 dell'art.

14 del D.L.n.78/2010 (convertito dalla Legge n. 122/2010), facendo slittare al 31.12.2012 il termine previsto per i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti per liquidare o dismettere le società partecipate, fatta eccezione per le sole deroghe permesse dalla stessa disposizione, ossia nel caso in cui 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;

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».

L'Ente, quindi, chiede di conoscere l'avviso della Sezione in ordine all'obbligo «di procedere alla liquidazione della società interamente partecipata cui risultano affidati direttamente i servizi citati in premessa per un valore economico risultante per ciascuno di essi superiore ai 200.000 € , sia pure in presenza dei presupposti normativi per avvalersi della surriferita deroga rispetto alla dismissione, attesa la clausola di salvezza contenuta all'art. 3 bis, comma 32, della L. 13/2011 di conversione del DI 138/2011» (rectius art. 14, comma 32, terzo periodo, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni in legge 30 luglio 2010, n. 122, come successivamente modificato).

L'Ente chiede altresì se «l'attuale assetto legislativo consenta di costituire ex novo l'Azienda speciale di cui all'art. 114 per la gestione dei medesimi servizi affidati in house».

Considerato in diritto

L'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, innovando nel sistema delle tradizionali funzioni della Corte dei conti, ha previsto che «le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica».

Secondo la stessa disposizione «...analoghe richieste possono essere formulate, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane».

Con deliberazione approvata nell'adunanza del 27 aprile 2004, la Sezione delle Autonomie ha adottato indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, soffermandosi, in particolare, sui soggetti legittimati alla richiesta e sull'ambito oggettivo della funzione.

Con successiva deliberazione n. 9/SEZAUT/2009/INPR, approvata nell'adunanza del 4 giugno 2009, la medesima Sezione ha apportato modifiche ed integrazioni agli indirizzi e criteri generali per l'esercizio della predetta attività consultiva prestando particolare attenzione alle esigenze di uniformità di indirizzo e al procedimento per l'esercizio della funzione.

Con nota del 28 settembre 2009 e al fine di assicurare la nomofilachia delle funzioni di controllo, il Presidente della Corte dei conti ha, quindi, fornito ulteriori indicazioni procedurali necessarie a seguito delle disposizioni introdotte dall'art. 17, comma 31, del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102.

Ulteriori indicazioni sulla procedura di rimessione alle Sezioni riunite delle questioni di massima e di quelle relative a contrasti interpretativi fra le Sezioni regionali sono state fornite con deliberazioni 8/CONTR/10 e 54/CONTR/10 delle Sezioni Riunite in sede di controllo.

Ammissibilità della richiesta

Occorre preliminarmente verificare la sussistenza congiunta del requisito soggettivo e di quello oggettivo, al fine di accertare l'ammissibilità della richiesta in esame.

- Requisito soggettivo:

I pareri possono esser richiesti dalle Regioni e «...di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito» dai Comuni, dalle Province e dalle Città metropolitane.

La previsione dell'inoltro delle richieste di parere tramite il Consiglio delle autonomie locali testimonia la volontà del legislatore di creare, a regime, un sistema di filtro onde limitare le richieste dei predetti enti, ma non impedisce agli stessi di avanzare direttamente tali istanze.

Pertanto, la mancata istituzione del Consiglio delle autonomie locali, previsto dall'art. 123 della Costituzione, non può considerarsi motivo ostativo alla richiesta diretta da parte degli enti tassativamente indicati, a condizione che l'istanza provenga dai massimi organi rappresentativi (Presidente della Giunta

regionale, Presidente della Provincia, Sindaco o, nel caso di atti di normazione, Presidente del Consiglio regionale, provinciale e comunale).

La richiesta del parere in esame è ammissibile sotto il profilo soggettivo in quanto proviene dal Comune di Lavello ed è stata formalizzata dal suo Sindaco.

- Ambito oggettivo

I pareri previsti dall'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, attengono alla *“materia di contabilità pubblica”*. Tale nozione comprende, oltre alle questioni tradizionalmente riconducibili al concetto di contabilità pubblica (sistema di principi e norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici) anche i *«quesiti che risultino connessi alle 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, in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziari dell'Ente e sui pertinenti equilibri di bilancio»* (SS.RR., Deliberazione 17 novembre 2010, n.54).

Va ricordato in ogni caso che, come già precisato in numerose delibere di questa Sezione, l'attività consultiva della Corte dei conti può riguardare esclusivamente questioni giuridiche di carattere generale e astratto.

Sono da ritenersi inammissibili, pertanto, richieste di pareri che comportino valutazione di casi o atti gestionali specifici che determinerebbero un'ingerenza della Corte dei conti nella concreta attività gestionale dell'Ente, con un coinvolgimento della Magistratura contabile nell'amministrazione attiva certamente incompatibile con le funzioni alla stessa attribuite dal vigente ordinamento e con la sua fondamentale posizione di indipendenza e neutralità (posta anche nell'interesse delle stesse amministrazioni pubbliche) quale organo magistratuale al servizio dello Stato-comunità.

La funzione consultiva, inoltre, non può svolgersi in ordine a quesiti che implicino valutazioni di comportamenti amministrativi che possano interferire con altre funzioni intestate alla Corte dei conti o ad altre magistrature.

Ciò premesso, la Sezione ritiene che la richiesta di parere in esame è ammissibile anche sul piano oggettivo, essendo le problematiche interpretative sull'articolo 14, comma 32, dl. 78/2010 e s.m.i. inerenti alla contabilità pubblica in ragione degli evidenti riflessi che il fenomeno delle società partecipate riveste per la finanza pubblica e per il raggiungimento degli equilibri di bilancio degli enti locali.

In ordine alla sussistenza degli altri requisiti di ammissibilità oggettiva, la Sezione ritiene che la richiesta di parere in esame: i) non risulta interferire con altre funzioni intestate alla Corte dei conti o ad altre magistrature; ii) presenta il carattere della generalità e dell'astrattezza nei limiti in cui, dall'esame della fattispecie concreta, potranno essere indicati principi interpretativi di carattere generale utilizzabili anche da parte di altri enti qualora insorgesse la medesima questione interpretativa.

Alla luce delle considerazioni che precedono il parere è ammissibile anche dal punto di vista oggettivo.

Merito

1. La disciplina relativa alle società partecipate pubbliche negli ultimi anni è stata oggetto di ripetute operazioni manutentive da parte del legislatore. Il quadro normativo di riferimento, inizialmente connotato da una logica di favore, è stato oggetto di numerosi interventi restrittivi, tesi a rispondere a differenti esigenze: assicurare certezza al sistema di controllo e contenimento della finanza locale anche ove l'ente scegliesse di operare attraverso società; garantire che il fenomeno partecipativo (e il correlato impegno economico) restasse entro i confini propri delle attività istituzionali del socio pubblico, senza estendersi anche a settori inconferenti; evitare che la posizione privilegiata della società nel rapporto con l'ente pubblico, si risolvesse in un vantaggio competitivo nei confronti degli altri soggetti operanti nel mercato.

L'effettività dei principi comunitari di tutela della concorrenza, di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, di pari trattamento tra impresa pubblica e privata ha dovuto trovare coniugazione con il vincolo di scopo costituito dalla realizzazione dell'interesse pubblico, immanente alle società pubbliche in tutti i suoi aspetti. La funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico ha reso ineludibile la configurazione, di fatto, di uno statuto speciale per le società partecipate (il cui mancato rispetto può comportare la messa in liquidazione e la cessione della società), connotato da vincoli, strutturali e funzionali, ed obblighi conformativi sempre più rigidi, in un contesto, peraltro, caratterizzato dal diritto all'universalità ed accessibilità dei servizi pubblici ed al livello essenziale delle prestazioni, ex art. 117, secondo comma, lett. m) della Costituzione. Il quadro normativo attuale è dunque caratterizzato da un evidente disfavore verso l'utilizzazione dello strumento societario come modello di autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni. Il

tutto dettato dall'esigenza, sempre più avvertita, di tutelare l'accesso ai mercati da parte di operatori privati e di contrastare fenomeni elusivi in ordine all'applicazione della normativa relativa al patto di stabilità interno e ai vincoli in tema di assunzione di personale e di indebitamento.

2. Viene innanzi tutto in rilievo l'art. 3, commi 27 e ss., della legge 24 dicembre 2007, n. 244. Tale norma dispone che le amministrazioni pubbliche non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento 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 e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni in questione, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza. E' prevista, inoltre, l'autorizzazione da parte dell'organo competente, con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27, per l'assunzione di nuove partecipazioni e per il mantenimento di quelle esistenti con obbligo di cessione a terzi, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, delle partecipazioni vietate (entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della legge). L'assentito svolgimento in forma societaria delle sole attività *"strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali"* richiede, in sostanza, una valutazione in ordine alla stretta strumentalità del negozio societario rispetto ai fini istituzionali dell'Ente.

La Corte Costituzionale, con sentenza 4 maggio 2009, n. 148, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa ai commi 27 e 29, ha sottolineato come essi *«...mirano, da un canto, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici, dall'altro, ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione»*. Tali norme, quindi, sono dirette ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale (casi compiutamente

identificati dal citato art. 3, comma 27), al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza.

Sul punto, il Consiglio di Stato (A.P. 3 giugno 2011, n.10) richiamando le considerazioni contenute nella citata sentenza della Corte Costituzionale, ha precisato che l'art. 27, comma 3, della legge 244/2007, esprimendo un principio di carattere generale che era immanente nell'ordinamento anche prima della sua esplicitazione positiva, evidenzia un palese disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti comunque coperto da disposizioni normative di specie (secondo il modello delle c.d. "società di diritto singolare").

Sul significato da attribuire al concetto di "finalità istituzionali" dei comuni questa Sezione si è già espressa con deliberazione 12/2012/PAR del 22 marzo 2012, alla quale si rinvia.

3. Ulteriori limitazioni alla costituzione e al mantenimento di organismi societari da parte dei comuni sono previste dall'art. 14, comma 32, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni in legge 30 luglio 2010, n. 122, come successivamente modificato. Secondo tale disposizione, fermo restando 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 (termine prorogato di nove mesi dall'art. 29, comma *11-bis*, del decreto legge 29 dicembre 2011, n. 216, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 febbraio 2012, n. 14). 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;
- 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 citato comma 32 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 norma, come precisato dalla Corte Costituzionale con sentenza 7 giugno 2012, n. 148, presenta i caratteri di una sanzione nei confronti degli enti con popolazione inferiore a 30.000 abitanti le cui società partecipate non presentino bilanci in utile negli ultimi tre esercizi o abbiano subito riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio o, ancora, abbiano subito riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio, per effetto delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. In particolare, sugli enti "non virtuosi" (nel senso precisato) incombe l'obbligo di mettere in liquidazione le società già costituite al momento dell'entrata in vigore del d.l. n. 78 del 2010, obbligo che non sussiste per gli enti le cui società siano "virtuose" (sempre nel senso precisato).

Il divieto di costituire nuove società opera invece nei confronti di tutti gli enti (senza distinzione tra "virtuosi" e non) con popolazione inferiore a 30.000 abitanti. Tale divieto risponde all'esigenza di evitare eccessivi indebitamenti da parte di enti le cui piccole dimensioni non consentono un ritorno economico in grado di compensare le eventuali perdite subite. È chiaro, quindi, l'intento di assicurare un contenimento della spesa, non precludendo, in linea di principio, neanche agli enti con popolazione inferiore a 30.000 abitanti la possibilità di mantenere in esercizio le società già costituite.

4. La clausola di salvezza contenuta nel primo periodo dell'art. 14, comma 32, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (*"fermo restando quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244"*), ha da subito posto problemi di coordinamento tra le due disposizioni.

Questa Sezione, con la citata deliberazione 12/2012/PAR, ha ritenuto di uniformarsi all'orientamento prevalente elaborato dalla giurisprudenza consultiva della Corte (da ultimo, Sezione regionale per l'Emilia-Romagna, deliberazione 9/2012/PAR) secondo cui le due disposizioni operano su piani diversi. In tal senso l'art. 3, comma 27, opera sul piano 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. Ne deriva che, a prescindere dal tipo di attività svolta, i Comuni con

popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono costituire nuove società se non associandosi con altri enti; gli stessi comuni non possono detenere partecipazioni in società, salvo che ricorrano le condizioni derogatorie; i Comuni con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti possono detenere una sola partecipazione.

In sostanza, applicando queste coordinate ermeneutiche allo specifico quesito proposto dall'ente istante che riguarda una *Multiutility*, i comuni a densità demografica ridotta (con popolazione fino a 30.000 abitanti) non possono costituire società, neppure per la gestione dei servizi pubblici locali, salvo le deroghe previste dall'art. 14, comma 32, quarto periodo. Gli stessi comuni non possono detenere partecipazioni in tali società, salvo le deroghe previste dall'art. 14, comma 32, terzo periodo.

La costituzione di nuove società e/o il mantenimento di partecipazioni da parte di Comuni di medie dimensioni (con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti) dovrà avvenire nel rispetto dei limiti quantitativi (una società) previsti dall'articolo 14, comma 32, quarto periodo.

5. Nonostante il citato art. 14, comma 32, faccia riferimento espressamente alle "società" e alle "partecipazioni" societarie, limitandone l'ambito soggettivo di applicazione a tali enti, l'art. 114, comma *5-bis* del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, come aggiunto dalla lettera a) del comma 2 dell'art. 25, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, (convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27) ha esteso alle aziende speciali e alle istituzioni l'applicazione delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali *"obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali"* con esclusione delle *"aziende speciali e istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, culturali e farmacie"*. Per effetto di tale disposizione, le limitazioni alla costituzione e al mantenimento di organismi societari da parte dei comuni devono intendersi estese anche alle aziende speciali che non rientrano nella clausola di esclusione (*cfr.* Sezione regionale per l'Emilia-Romagna, deliberazione cit.; Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, parere del 4 aprile 2012, rif. AG 40/11).

6. Al fine di delineare un quadro completo della disciplina è opportuno richiamare anche l'art. 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni in legge 14 settembre 2011, n. 148 e s.m.i. che ha introdotto una nuova disciplina delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, caratterizzata dalla finalità di perseguire la liberalizzazione

di tali servizi, compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità.

Tale articolo è volto ad adeguare la disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea in quanto, come è noto, l'esito dei referendum del mese di giugno 2011 ha determinato l'abrogazione dell'intero art. 23-bis del decreto legge n. 112 del 2008, che conteneva la precedente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'effetto di tale abrogazione ha coinvolto anche il d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 che aveva dato attuazione al citato art. 23-bis.

Al fine di dare soluzione al problema determinato dalla detta abrogazione, l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, ha introdotto una nuova disciplina della materia incentrata sul principio della liberalizzazione di tutte le attività economiche oggetto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.l. n. 138 del 2011, la regola è la prestazione di tali servizi in regime di "concorrenza nel mercato", e l'eccezione è l'attribuzione – mediante gara - ad un solo soggetto dell'esclusiva di svolgere un determinato servizio ("concorrenza per il mercato"), (*cf.* Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 2805/2012). La "concorrenza nel mercato" consente agli imprenditori del settore di operare contemporaneamente nel mercato, in un regime completamente liberalizzato, per soddisfare le esigenze della comunità amministrata. La "concorrenza per il mercato", invece, propria dei mercati ancora non pienamente liberalizzati, consente alla pubblica amministrazione di affidare l'erogazione del servizio, mediante procedure ad evidenza pubblica, all'operatore più idoneo.

L'affidamento in esclusiva e con gara della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica costituisce, quindi, un'eccezione alla regola della liberalizzazione. Il comma 1 del citato articolo 4, infatti, nell'ottica della liberalizzazione delle attività economiche, impone agli enti locali di verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e di limitare, negli altri casi, l'attribuzione dei diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. I successivi commi delineano la procedura da seguire con l'adozione di una delibera quadro da parte dell'ente e il coinvolgimento - per gli enti con popolazione superiore a 10.000 abitanti - dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In assenza della delibera quadro l'ente locale non può procedere

all'attribuzione di diritti di esclusiva. Solo nell'ipotesi in cui dalla verifica non emerga la realizzabilità di una gestione concorrenziale del servizio (concorrenza nel mercato), l'ente competente può procedere all'affidamento in esclusiva del servizio stesso nelle forme previste dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 (concorrenza per il mercato).

Una ulteriore eccezione al già eccezionale affidamento in esclusiva con gara è prevista dal comma 13 che, in deroga ai commi 8, 9, 10, 11 e 12, consente l'affidamento a favore di società *in house* se il valore economico del servizio è pari o inferiore alla somma complessiva di euro 200.000 annui.

Da ultimo si richiamano i commi 32, lettera a) e 32-ter del più volte citato art. 4 che, "fermo restando quanto previsto dall'art. 14, comma 32, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78", disciplinano il regime transitorio degli affidamenti non conformi a legge. In pratica, gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di 200.000 euro cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2012. In deroga, l'affidamento per la gestione può avvenire a favore di un'unica società *in house* risultante dalla integrazione operativa di preesistenti gestioni in affidamento diretto e gestioni in economia, tale da configurare un unico gestore del servizio a livello di ambito o di bacino territoriale ottimale ai sensi dell'articolo 3-bis del decreto legge 138/2011. La soppressione delle preesistenti gestioni e la costituzione dell'unica società *in house* devono essere perfezionate entro il termine del 31 dicembre 2012 e la durata dell'affidamento *in house* all'azienda risultante dall'integrazione non può essere in ogni caso superiore a tre anni a decorrere dal 1° gennaio 2013. E' previsto poi che, al fine di non pregiudicare la necessaria continuità nell'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i soggetti pubblici e privati esercenti a qualsiasi titolo attività di gestione degli stessi assicurano l'integrale e regolare prosecuzione delle attività anche oltre le scadenze previste, fino al subentro del nuovo gestore e comunque, in caso di liberalizzazione del settore, fino all'apertura del mercato alla concorrenza.

7. Applicando le richiamate coordinate ermeneutiche ai quesiti proposti dal Comune di Lavello, il Collegio precisa che i comuni a densità demografica ridotta (con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti):

- non possono costituire società, neppure per la gestione dei servizi pubblici locali, salvo le deroghe previste dall'art. 14, comma 32, quarto periodo, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78;

- tale divieto vale anche per le aziende speciali in quanto, nonostante il citato art. 14, comma 32, faccia riferimento espressamente alle “società” e alle “partecipazioni” societarie, l’art. 114, comma 5-bis del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (come aggiunto dalla lettera a) del comma 2 dell’art. 25, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27) ha esteso alle aziende speciali e alle istituzioni l’applicazione delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali *“obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali”* con esclusione delle *“aziende speciali ... che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, culturali e farmacie”*. Per effetto di tale disposizione le limitazioni alla costituzione e al mantenimento di organismi societari da parte dei comuni devono intendersi estese anche alle aziende speciali che non rientrano nella clausola di esclusione;
- non sono obbligati a mettere in liquidazione le società (già costituite alla data di entrata in vigore del decreto legge 78/2010) ovvero a cederne le partecipazioni entro il 31 dicembre 2012 se ricorrono le condizioni di cui all’art. 14, comma 32, terzo periodo;
- in ogni caso, gli affidamenti diretti relativi a servizi pubblici locali il cui valore economico sia superiore alla somma di 200.000 euro annui cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, alla data del 31 dicembre 2012 (art. 4, comma 32, lettera a) del decreto legge 138/2011), salvo il regime transitorio previsto dalla stessa norma. Tale regime transitorio consente, fermo restando quanto previsto dall’art. 14, comma 32, del decreto legge 78/2010, l’affidamento per la gestione ad un’unica società *in house* risultante dalla integrazione operativa di preesistenti gestioni in affidamento diretto e gestioni in economia, tale da configurare un unico gestore del servizio a livello di ambito o di bacino territoriale ottimale ai sensi dell’articolo 3-bis del decreto legge 138/2011. La durata dell’affidamento *in house* all’azienda risultante dall’integrazione non può essere in ogni caso superiore a tre anni a decorrere dal 1° gennaio 2013;
- al fine di non pregiudicare la necessaria continuità nell’erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i soggetti pubblici e privati esercenti a qualsiasi titolo attività di gestione degli stessi assicurano l’integrale e regolare prosecuzione delle attività anche oltre le scadenze previste, fino al subentro del nuovo gestore e comunque, in caso di

liberalizzazione del settore, fino all'apertura del mercato alla concorrenza (art. 4, comma 32-*ter* del decreto legge 138/2011).

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Corte dei Conti – Sezione regionale di controllo per la Basilicata.

DISPONE

Che copia della presente deliberazione sia trasmessa, a cura della segreteria della Sezione, all'Amministrazione richiedente e al Presidente del coordinamento delle Sezioni regionali di controllo della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti.

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del 22 giugno 2012.

IL PRESIDENTE DELLA SEZIONE
F.to Dott. **Ciro VALENTINO**

I COMPONENTI

F.to Dott. **Giuseppe TETI**

F.to Dott. **Donato LUCIANO** - relatore

Depositata in Segreteria il 13 luglio 2012
II FUNZIONARIO
PREPOSTO AI SERVIZI DI SUPPORTO
F.to dott. **Giovanni CAPPIELLO**