



Corte dei Conti
Sezione regionale di controllo per la Basilicata
Potenza

Deliberazione n. 173/2012/PAR

Parere n. 20/2012

La Sezione regionale di controllo per la Basilicata così composta:

Presidente di Sezione	dr. Ciro Valentino	Presidente
Consigliere	dr. Rocco Lotito	Componente-relatore
Primo Referendario	dr. Giuseppe Teti	Componente

nella Camera di consiglio del 20 settembre 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;

VISTA la legge 11 novembre 2000, n. 340, ed in particolare l'art. 27;

VISTO l'art. 7 della legge 5 giugno 2003, n. 131, ed in particolare il comma 8;

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 ed i criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva approvati dalla Sezione delle Autonomie nell'adunanza del 27 aprile 2004 e le successive modifiche ed integrazioni approvate con deliberazione n. 9/SEZAUT/2009/INPR nell'adunanza del 4 giugno 2009;

VISTO l'art. 17, comma 31, del decreto legge n. 78/2009 (convertito in legge 102/2009);

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

VISTA la richiesta formulata dal Sindaco del Comune di Moliterno con nota prot. n. 5314 del 6 agosto 2012;

VISTA l'ordinanza del Presidente di questa Sezione regionale di controllo n. 172/2012 del 20 settembre 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 relatore il Consigliere dott. Rocco Lotito;

PREMESSO

- che con nota prot. n. 5314 del 6 agosto 2012 il Sindaco del comune di Moliterno (popolazione con meno di 5.000 abitanti) ha esposto che da alcuni anni il servizio pubblico dello smaltimento dei rifiuti è gestito mediante una società interamente partecipata dall'ente. Detta società da alcuni anni chiude l'esercizio in passivo in seguito all'assegnazione, di fatto, di una pluralità di servizi aggiuntivi (la raccolta differenziata, ad esempio) che, unitamente ad altre concause (la chiusura della discarica ubicata nel territorio comunale – con conseguente obbligo della società di trasportare i rifiuti presso le discariche di Sant'Arcangelo e Tito e conseguente lievitazione dei costi – e l'aumento del prezzo del carburante), hanno oggettivamente sbilanciato l'equilibrio contrattuale in origine raggiunto. Ha quindi posto un primo quesito: <<gli oneri aggiuntivi riconosciuti annualmente alla società, al solo fine di riequilibrare il rapporto contrattuale, devono considerarsi necessariamente quali perdite d'esercizio?>>;

- che la stessa nota – dopo aver richiamato la vigente normativa che imporrebbe la liquidazione della società o la cessione delle partecipazioni e inibirebbe la possibilità di costituzione di nuove società, se non in associazione con altri enti, e dopo aver evidenziato la modifica del quadro normativo operata dall'intervento della recente sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale – nell'attesa che il legislatore riscriva le norme sulla gestione dei servizi pubblici ha chiesto <<... di conoscere come il Comune debba comportarsi nell'ipotesi in cui, precluso, per le motivazioni sopra esposte, il modello societario (liquidando la società entro la data ormai prossima del 31/12/2012, e non potendo costituirne una nuova), da un'esternalizzazione del

servizio, dovessero derivare maggiori oneri finanziari per il bilancio dell'ente>>;

CONSIDERATO

- che l'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003 ha abilitato le Regioni a 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;

- che, a termini della stessa disposizione, analoghe richieste possono essere formulate, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane;

- che 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 dette istanze;

RITENUTO

- che nell'esercizio della funzione consultiva l'organo magistratuale, in attesa della istituzione del Consiglio delle autonomie locali, previsto dal comma aggiunto dall'art. 7 della legge costituzionale n. 3/2001 all'art. 123 della Costituzione, non possa esimersi dal considerare i requisiti di legittimazione dei soggetti che promuovono detta funzione e le condizioni oggettive per l'attivazione della stessa;

- che, sotto il profilo soggettivo, le richieste di parere possano essere formulate soltanto dai massimi organi rappresentativi degli enti locali (Presidente della Giunta regionale, Presidente della Provincia, Sindaco o, nel caso di atti di normazione, Presidente del Consiglio regionale, provinciale, comunale), come precisato – tra l'altro – dal citato documento approvato dalla Sezione delle Autonomie nell'adunanza del 27 aprile 2004;

- che, sotto il profilo oggettivo, possano rientrare nella funzione consultiva della Sezione richieste di pareri concernenti la materia della contabilità pubblica (intesa quale sistema normativo che presiede alla gestione finanziaria ed economico-patrimoniale dello Stato e degli altri enti pubblici) che richiedano un esame, da un punto di vista astratto (con

esclusione di valutazione e pareri su casi specifici), di temi di carattere generale come nei casi: di atti generali; di atti o schemi di atti di normazione primaria (leggi, statuti) o secondaria (regolamenti di contabilità o in materie comportanti spese, circolari), o inerenti all'interpretazione di norme vigenti; di soluzioni tecniche rivolte ad assicurare la necessaria armonizzazione nella compilazione dei bilanci e dei rendiconti; di preventiva valutazione di formulari e scritture contabili che gli enti intendessero adottare.

Anche sulla base di quanto stabilito dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei conti (deliberazione n. 5/2006 del 17.02.2006) sono da ritenersi inammissibili, pertanto, richieste di pareri in materia di contabilità pubblica 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.

Più di recente la delibera n. 54/CONTR/10 delle Sezioni Riunite in sede di controllo della Corte dei conti, depositata il 17 novembre 2010, ha rilevato che in una visione dinamica dell'accezione "contabilità pubblica", che sposta l'angolo visuale dal tradizionale contesto della gestione del bilancio a quello inerente ai relativi equilibri, ulteriori materie, che sarebbero altrimenti estranee, possono anche essere attratte nell'orbita dell'attività consultiva. Tale estensione, tuttavia, è limitata "... alle questioni che riflettono problematiche interpretative inerenti alle suddette statuizioni recanti i menzionati limiti e divieti, strumentali al raggiungimento degli specifici obiettivi di contenimento della spesa ed idonei a ripercuotersi sulla sana gestione finanziaria dell'Ente e sui relativi equilibri di bilancio";

- che la funzione consultiva non debba, comunque, svolgersi in ordine a quesiti che implicino valutazioni di comportamenti amministrativi che

possano formare oggetto di eventuali iniziative giudiziarie proprie della Procura regionale della Corte dei conti o dinanzi ad altro giudice;

- che ulteriore limite è costituito dalla natura necessariamente preventiva della funzione consultiva, traducendosi diversamente la richiesta in una istanza diretta a sottoporre l'atto formalmente già adottato ad un controllo di legittimità per casi non previsti;

RITENUTO

- che, alla luce delle considerazioni e dei principi sopra esposti, nel caso di specie la richiesta sia ammissibile sotto il profilo soggettivo, provenendo dal Sindaco;

- che la richiesta appare ammissibile anche sotto il profilo oggettivo, pur evidenziando che, tuttavia, questa Sezione regionale di controllo, al fine di tutelare l'autonomia decisionale dell'amministrazione e la necessaria posizione di neutralità ed indipendenza della Corte dei conti, non può esprimersi relativamente alle specifiche questioni contenute nella richiesta, la cui soluzione si presenta, nel contempo, successiva e prodromica all'adozione di concreti fatti gestionali relativamente ai quali ogni necessaria valutazione spetta ai competenti organi comunali;

- che, per tali ragioni, questa Magistratura contabile deve, in merito, esprimere il proprio parere limitatamente ai principi generali che interessano le questioni prospettate, spettando la scelta concreta di quale sia la disciplina applicabile e di quali effetti comporti nella gestione contabile ed amministrativa unicamente all'Amministrazione interessata la quale, dalle valutazioni espresse nei pareri della Corte dei conti, può trarre indicazioni nell'ambito della sua autonomia;

tanto premesso, si espongono le seguenti considerazioni.

* * * * *

1. – Con il primo quesito, relativamente ad una società, interamente partecipata dal comune, di gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti che da alcuni anni chiude l'esercizio in passivo (a causa dell'assegnazione di una pluralità di servizi aggiuntivi e di altre cause che hanno oggettivamente alterato l'equilibrio contrattuale in origine raggiunto) con conseguente ripiano delle perdite da parte dell'amministrazione, il Sindaco istante – ai fini dell'applicazione dell'art.

14, comma 32, del D.L. n. 78/2010, n. 78, nelle sue interazioni con l'art. 3, comma 27, della L. n. 244/2007 – ha chiesto di sapere se gli oneri aggiuntivi annualmente riconosciuti alla stessa società per riequilibrare il rapporto contrattuale devono essere considerati quali perdite d'esercizio. Con il secondo quesito è stato chiesto di conoscere quale debba essere il comportamento del comune nell'ipotesi in cui, preclusa l'adozione del modello societario, da un'esternalizzazione del servizio derivassero maggiori oneri finanziari per il bilancio dell'ente.

1.1 – Con l'espressa finalità di tutela della concorrenza e del mercato, l'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, stabilisce 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, in ogni caso, sempre ammessa la costituzione e l'assunzione di partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza secondo le modalità indicate dalla norma.

Tenendo ferma la disciplina contenuta nei commi 27 e seguenti della citata L. n. 244/2007, il comma 32 dell'art. 14 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122) inibisce ai comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti la costituzione di società, prevedendo la liquidazione di quelle esistenti o la cessione delle relative quote entro il 31 dicembre 2012 (tale termine, introdotto dall'art. 16, comma 27, del D.L. n. 138/2011, conv. in L. n. 148/2011, è stato poi prorogato di nove mesi con il comma 11-bis dell'art. 29 del D.L. n. 216/2011, conv. in L. n. 14/2012). Detti enti potranno evitare la dismissione delle partecipazioni o la liquidazione delle società già costituite nei casi in cui: a) abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio costantemente 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 avrebbero dovuto mettere in liquidazione le altre società già costituite.

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.

Sul punto questa Sezione, con le deliberazioni n. 12/2012/PAR, depositata il 22 marzo 2012, e n. 168/2012/PAR, depositata il 13 luglio 2012, alle quali si rinvia, si è uniformata all'orientamento secondo cui le due disposizioni operano su piani diversi: l'art. 3, comma 27, 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.

La Corte Costituzionale, con la recente sentenza 7 giugno 2012, n. 148, ha rilevato che il divieto di costituire nuove società, di cui al sopradetto comma 32 dell'art. 14, <<... 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>>. La Corte, quindi, al fine di evidenziare che la regola si iscrive nella materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato, ha concluso che se la finalità è quella esposta, <<... lo strumento utilizzato dal legislatore statale per perseguirla è una norma che incide in modo permanente sul diritto societario, escludendo per determinati soggetti pubblici (i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti) l' idoneità a costituire società partecipate>>.

1.2 – Nella fattispecie, relativamente al primo quesito, pare difettare almeno uno degli elementi richiesti dal comma 32 dell'art. 14 del D.L. n. 78/2010 per evitare, entro il previsto termine del 30 settembre 2013, la liquidazione della società o la cessione delle relative quote, e cioè la sussistenza di utili di bilancio nel periodo temporale considerato dalla norma.

Dalla prospettazione emerge che la prevalenza dei componenti negativi di reddito su quelli positivi è stata determinata da situazioni sopravvenute rispetto all'originario equilibrio delle prestazioni. Si arguisce, quindi, che qualora il comune avesse, volta per volta, adeguato a monte i corrispettivi da corrispondere alla società in esecuzione del contratto di servizio, non si sarebbero determinate le perdite di esercizio a carico di quest'ultima di cui si riferisce nella richiesta di parere. L'erogazione successiva di oneri aggiuntivi, invece, non vale ad ovviare all'evidenza del dato contabile della mancata produzione di utili di esercizio.

Si rileva, infatti, che la norma non prevede eccezioni, non considerando la situazione e le motivazioni sottese alle registrate perdite che, in generale, potrebbero derivare anche dalla fisiologica incidenza degli oneri di ammortamento degli investimenti iniziali (nella fase di *start up*) o negli interessi passivi pagati su debiti per finanziare investimenti.

1.3 – Con riferimento al secondo quesito, questa Sezione regionale di controllo non potrebbe esprimere alcuna valutazione relativamente ai maggiori oneri finanziari derivanti dall'esternalizzazione del servizio che fosse imposto da specifiche disposizioni di legge e, nella fattispecie, dal comma 32 dell'art. 14 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, come sopra interpretato.

Ciò che però appare utile rimarcare è che al comune richiedente non è imposta l'esternalizzazione, non essendo precluso il ricorso al modello societario, sia pure a determinate condizioni: volgendo, infatti, al positivo il disposto del citato comma 32, i Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti possono costituire nuove società associandosi con altri enti qualora superino tale soglia numerica minima e detengano una partecipazione paritaria ovvero proporzionale al numero degli abitanti.

Si evidenzia, in ogni caso, che, oltre a doversi comunque assicurare l'applicazione del disposto e del principio emergente dall'art. 6bis del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (secondo il quale le pubbliche amministrazioni e gli enti ivi contemplati «... sono autorizzati, nel rispetto dei principi di concorrenza e di trasparenza, 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 dotazione organica»), venuta, peraltro, meno la prevalenza della disciplina generale sancita dal comma 34 dell'art. 4 del D.L. n. 138/2011 (a seguito della declaratoria di incostituzionalità dello stesso articolo, di cui si dirà in seguito), dovrà anche darsi applicazione alla specifica normativa di settore; si richiamano tra l'altro, anche allo scopo esemplificativo della preferenza per la gestione quanto meno sovra comunale del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, le disposizioni contenute: nell'art. 2, comma 38, della L. n. 244/2007 (che prevede la valutazione prioritaria dei territori provinciali quali ambiti territoriali ottimali ai fini dell'attribuzione delle funzioni in materia di rifiuti alle province e, in alternativa, l'attribuzione delle medesime funzioni ad una delle forme associative tra comuni di cui agli articoli 30 e seguenti del TUEL); nel D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (che prevede, tra l'altro, la delimitazione degli ambiti territoriali ottimali e l'assegnazione del servizio mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie); nella L.R. Basilicata 2 febbraio 2001, n. 6, come successivamente modificata (che disciplina la Conferenza Interistituzionale di Gestione dei Rifiuti - configurata, ai sensi dell'art. 30, comma 3, del TUEL, come una convenzione obbligatoria fra gli enti locali alla quale aderiscono le

Province e l'Ente Regione e competente tra l'altro ad individuare la forma di gestione ed a curare gli atti di affidamento del servizio in questione - e dispone che nell'ambito territoriale ottimale lo svolgimento del servizio è, di norma, affidato ad un unico gestore, salvo che si decida di avvalersene in numero maggiore al fine di conseguire economicità gestionale e garantire la rispondenza a criteri di efficienza ed efficacia).

2. – Risulta, a questo punto, necessario, anche per gli effetti che potrebbe avere sul complessivo assetto della normativa disciplinante la materia sulla quale vertono i quesiti prospettati dal comune richiedente, illustrare il portato della sentenza della Corte costituzionale n. 199, depositata il 20 luglio 2012, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del D.L. n. 138/2011.

Di seguito si ricostruirà, però, preliminarmente lo stato della normativa riguardante i servizi pubblici locali, prendendo le mosse dal contenuto delle disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime, e si illustreranno sommariamente, per saggiare le attuali tendenze legislative sulle società partecipate dagli enti pubblici, le novità recentemente introdotte dal decreto sulla *spending review*.

2.1 – L'articolo 4 del D.L. n. 138/2011 ha ribadito la regola generale, di provenienza comunitaria, della gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (**concorrenza nel mercato**), dovendosi a tal fine, compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio, liberalizzare tutte le attività economiche e limitare, negli altri casi, 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. In tale ultimo caso è prevista una delibera quadro che, nel caso riguardi enti con popolazione superiore a 10.000 abitanti e servizi del valore economico pari o superiore a 200.000 euro, è trasmessa per un parere obbligatorio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. L'attribuzione di diritti di esclusiva deve, comunque, avvenire in favore di imprenditori o di società individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (**concorrenza per il mercato**), nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento

dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici (economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità).

L'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house* nel caso in cui il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento sia pari o inferiore a 200.000 euro annui.

2.2 – Una nuova disciplina, in materia di società pubbliche, è stata recentemente introdotta dall'art. 4 del D.L. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012 n. 135).

Tale normativa, con l'evidente intento di ridurre il numero, ha previsto che entro il 31 dicembre 2013 debbano essere sciolte le 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% del totale. Alternativamente è necessario procedere all'alienazione, entro il 30 giugno 2013 e con procedure di evidenza pubblica, dell'intera partecipazione della pubblica amministrazione controllante ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili, a decorrere dal 1° gennaio 2014 (comma 1).

A decorrere da tale ultima data, ove l'amministrazione non proceda né allo scioglimento né all'alienazione delle partecipazioni, le predette società non potranno ricevere affidamenti diretti di servizi, né potranno fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari (comma 2).

Le predette disposizioni non si applicano ai casi previsti dal terzo comma del predetto articolo – nei quali rientrano le società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica, le società che svolgono prevalentemente compiti di centrali di committenza, la Sogei s.p.a. e la Consip s.p.a. – e nell'ipotesi in cui, 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 (nel qual caso è prevista l'emanazione di un parere

vincolante da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a seguito della acquisizione della relazione predisposta da parte dell'amministrazione sulla base di un'analisi di mercato).

È, inoltre, contemplata la possibilità che le pubbliche amministrazioni predispongano piani di ristrutturazione e razionalizzazione delle società controllate (l'ambito applicativo non è espressamente circoscritto, in tal caso, alle sole società di cui al comma 1) prevedendo l'individuazione delle attività, connesse esclusivamente all'esercizio di funzioni amministrative di cui all'art. 118 della Costituzione, che possano essere riorganizzate e accorpate attraverso società che rispondono ai requisiti della legislazione comunitaria in materia di *in house providing* (comma 3 sexies).

A decorrere dal 1° gennaio 2013 le pubbliche amministrazioni possono acquisire servizi a titolo oneroso, anche in base a convenzioni, da enti di diritto privato esclusivamente in base a procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina comunitaria. Detti enti di diritto privato che forniscono servizi a favore delle stesse amministrazioni, anche a titolo gratuito, eccettuati i casi previsti dalla norma, non possono ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche (comma 6).

A decorrere dal 1° gennaio 2014, al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le pubbliche amministrazioni e gli altri soggetti indicati al comma 7 del predetto articolo 4 acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal D.lgs. 165/2001 e nel rispetto dei principi stabiliti all'articolo 2 dello stesso decreto legislativo (comma 7).

Fatti salvi gli affidamenti in essere (fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014) e le acquisizioni in via diretta di beni e servizi di valore pari o inferiore a 200.000 euro in favore delle associazioni di promozione sociale e degli altri organismi indicati, <<A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la

gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui>> (comma 8).

Le complessive disposizioni contenute nel predetto articolo 4 non si applicano alle società quotate ed alle loro controllate e nelle altre ipotesi previste dal comma 13.

Orbene, la normativa recentemente introdotta mostra l'indubitabile volontà del legislatore, al precipuo scopo di riduzione dei costi dei pubblici apparati, di determinare il contenimento dei servizi prodotti nell'ambito dell'amministrazione in favore del ricorso al mercato (sempre che questo risulti utile ed efficace).

Deve, nel contempo, essere osservato che si registrano le importanti eccezioni previste dal comma 3sexies e dal comma 8 in favore di gestioni *in house*, in entrambi i casi non espressamente limitate alle società di cui al comma 1: la prima si riferisce genericamente a società controllate, la seconda riguarda gli affidamenti diretti di beni e servizi. Non pare, comunque, però che tale ultima disposizione possa riguardare i servizi pubblici locali, potendo, altrimenti, dubitarsi della sua costituzionalità per le ragioni che hanno colpito l'analoga limitazione di valore (200.000 euro) già prevista dalla normativa di cui si dirà al seguente punto.

2.3 – Si esaminerà, ora, la situazione scaturita a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del D.L. n. 138/2011 da parte della sentenza della Corte costituzionale n. 199, depositata il 20 luglio 2012, sul presupposto che la disposizione impugnata violasse <<... il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost., secondo quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale>>.

La sentenza ha sottolineato l'analogia e, talvolta, la coincidenza della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica contenuta nella predetta norma con quella contenuta nell'art. 23-bis del D.L. n. 112 del 2008, abrogata dal referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011. Tale ultima normativa, fatta eccezione per i servizi espressamente esclusi, restringeva, rispetto alle regole concorrenziali comunitarie, le

ipotesi di affidamento diretto e, specificamente, di gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Anche la sopravvenuta disciplina di cui all'articolo 4 sopra citato è contraddistinta dalla medesima *ratio* in quanto ha limitato le ipotesi in cui è consentito l'affidamento diretto dei servizi, condizionandone l'ammissibilità ad una determinata soglia di valore (da ultimo 200.000 euro). Diversamente, la normativa comunitaria consente <<... la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché 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" ... ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante>>.

A seguito dall'espunzione, per illegittimità costituzionale, della predetta regolamentazione si è riprodotta la situazione esistente successivamente all'abrogazione dell'art. 23bis ad opera dell'istituto referendario, che non determina la reviviscenza della normativa nazionale sostituita da tale ultimo articolo ma l'applicazione della normativa comunitaria.

La stessa Corte costituzionale (sentenza n. 325 del 2010), nell'esaminare sotto diversi profili la legittimità costituzionale dell'art. 23 bis citato, si è occupata di verificare analogie e differenze tra la nozione, di provenienza europea (rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE), di "servizio di interesse economico generale" (SIEG) e quella di "servizio pubblico locale" (SPL) di rilevanza economica.

Quanto alle analogie, entrambe le nozioni fanno riferimento ad un servizio che è reso (in forma di impresa pubblica o privata) mediante un'attività economica (intesa, in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato») e che fornisce prestazioni considerate necessarie nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni; in entrambi i casi si fa riferimento a <<... servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza,

mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica>>.

Le differenze sono state individuate dalla Consulta relativamente:

- alla gestione diretta del SPL da parte dell'autorità pubblica. La normativa comunitaria, infatti, <<... 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...). 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 di cui all'art. 23 bis, invece, <<... rappresenta uno sviluppo del diverso principio generale costituito dal divieto della gestione diretta del SPL da parte dell'ente locale...>>. È, conseguentemente, <<... 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>>;

- all'affidamento della gestione del servizio alle società miste, <<...cioè con capitale in parte pubblico ed in parte privato (cosiddetto PPP, partenariato pubblico e privato)>>. Sulla base della normativa comunitaria è consentito <<... 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» ..., senza espressamente richiedere alcun limite, minimo o massimo, della partecipazione del socio privato>>. L'originaria normativa nazionale esaminata dalla sentenza non ha previsto sul punto una disciplina

specifica, dando <<...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>>. Anche la successiva formulazione dell'art. 23-bis è stata giudicata conforme alla normativa comunitaria nella parte in cui ha consentito <<... 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)>>; differenze rispetto al diritto comunitario si sono registrate nella parte in cui è stata posta <<... 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 espandere 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>>;

- alle ipotesi di affidamento diretto del servizio nel caso della gestione in house. Secondo la normativa comunitaria l'*in house providing* costituisce un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica fondata sulla constatazione che la sussistenza delle previste condizioni (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) esclude la sussistenza di <<... un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo>>. Mentre, però,

in ambito comunitario non sono previsti ulteriori requisiti per procedere a tale tipo di affidamento diretto, il legislatore nazionale (con l'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008), oltre a richiedere la sussistenza delle suddette tre condizioni poste dal diritto comunitario, ne ha previsto delle altre (tra le quali una previa «analisi di mercato», con successivo parere dell'AGCM, e la sussistenza di «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»). Tali ulteriori condizioni <<... 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. ... –, ma neppure si pone in contrasto ... 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>>. Risulta, infatti, <<... innegabile l'esistenza di un “margine 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>>. Conseguentemente, conclude la Corte costituzionale, <<... 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>>.

La Corte Costituzionale, con la predetta sentenza n. 325 del 2010, ha, così, stabilito che le disposizioni del predetto articolo 23 bis censurate <<... 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.>>.

Mentre, pertanto, risulta censurabile ogni restrizione (ulteriore rispetto a quelle consentite) della regola generale comunitaria che impone l'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica, risulta consentita un'espansione dell'ambito di applicazione della stessa regola ad opera del legislatore nazionale che introduca limitazioni ai casi di affidamento *in house* (prevedendo un limite di valore) o a società miste (richiedendo un limite minimo alla quota di partecipazione del socio privato).

Allo stato, però, essendo venute meno le norme nazionali, che tale espansione prevedevano, conseguentemente alla consultazione referendaria del giugno 2011 (l'art. 23 bis del D.L. n. 112 del 2008) ed alla sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale (l'art. 4 del D.L. n. 138/2011), appare indubitabile che l'affidamento diretto *in house* ed a società mista possa avvenire in conformità alle suesposte regole del diritto europeo.

Risulta, però, sussistente la discrezionalità del legislatore nazionale di riscrivere la normativa disciplinante i servizi pubblici locali, anche adottando regole di tutela della concorrenza più stringenti rispetto a quelle minime assicurate dal diritto europeo e da questo non vietate, con il solo limite, però, del contestuale rispetto della volontà espressa dalla consultazione referendaria del giugno 2011.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 24 del 2011, ha evidenziato che, avendo l'istituto referendario natura meramente ablativa e non propositiva, e risultando la relativa richiesta sprovvista di motivazione, <<... l'obiettivo dei sottoscrittori del referendum va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori (dichiarazioni, oltretutto, aventi spesso un contenuto diverso in sede di campagna per la raccolta delle sottoscrizioni, rispetto a quello delle difese scritte od orali espresse in sede di giudizio di ammissibilità), ma esclusivamente dalla finalità

«incorporata nel quesito», cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento>>. Nella fattispecie, la *ratio* della richiesta referendaria di abrogare l'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, n. 112 è stata ravvisata, dalla stessa sentenza, nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, contenute nel predetto articolo, <<... 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)>>.

Sussiste, pertanto, allo stato il divieto, desumibile dall'art. 75 della Costituzione, di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, vincolo che <<... 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>>. Pur tuttavia, tale vincolo è <<... 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)>> (Corte costituzionale, sentenza n. 199 del 2012).

La Consulta ha, quindi, individuato il contenuto specifico della volontà popolare nell'esclusione delle limitazioni previste dal citato articolo 23 bis, rispetto al diritto comunitario, delle ipotesi di affidamento diretto, in particolare *in house*, dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, volontà intangibile fino a sostanziali mutamenti del quadro politico o delle circostanze di fatto.

Si potrebbe, a questo punto, ipotizzare che la normativa vigente, come prevalentemente interpretata anche dalla giurisprudenza consultiva della Corte dei conti, che impedisce (per i comuni sotto i 30.000 abitanti, salvo le eccezioni contemplate) o limita (per i comuni tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti) la possibilità di costituire o detenere società, possa costituire essa stessa una indebita compressione, per gli enti con densità demografica ridotta, della facoltà di gestione diretta di servizi pubblici locali con affidamento *in house*.

Si potrebbe, conseguentemente, invocare la necessità di adottare una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata che – anche utilizzando l'espressa conferma (effettuata in apertura del comma 32 dell'art. 14 del d.l. n. 78/2010) di quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge n. 244/2007 – ritenga che la costituzione di società che forniscono servizi pubblici locali sia ammessa a prescindere da qualsiasi limite demografico della popolazione di riferimento dell'ente locale.

È necessario, però, per converso, considerare che il crescente disfavore mostrato dal legislatore nazionale verso lo strumento societario come modello organizzativo scelto per l'esercizio di servizi pubblici locali è stato motivato, oltre che dalle ovvie ragioni di tutela della concorrenza e del principio di pari trattamento dell'impresa pubblica e privata, anche dalla necessità di evitare fenomeni elusivi (degli esistenti vincoli in materia di patto di stabilità, assunzioni di personale, indebitamento) e moltiplicativi delle spese ed oneri gravanti sui bilanci degli enti locali (a causa del proliferare di società sottodimensionate).

Deve, d'altra parte, essere valorizzata la stessa spinta alla liberalizzazione dei servizi pubblici proveniente dalla costituzionalizzazione (art. 118, comma 4, Cost.) del principio di sussidiarietà orizzontale, volto a privilegiare la programmazione, coordinamento e controllo della finalizzazione pubblica e condivisa di energie e risorse private (*governance*) rispetto alla gestione diretta (*government*), principio sicuramente illuminante anche le stesse decisioni di produrre o comprare (*make or buy*).

Del resto, l'individuazione di un requisito dimensionale minimo del bacino di utenti interessato dalle diverse forme organizzative adottabili

per la gestione di funzioni e servizi pubblici caratterizza anche tutta la più recente legislazione relativa all'associazionismo, attraverso unioni o convenzioni, degli enti pubblici, fino alle modifiche recentemente apportate dall'art. 19 del D.L. 6 luglio 2012, n. 95 alla disciplina contenuta nell'art. 14 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122).

Già la disposizione di cui al citato comma 32, come sopra interpretata, non inibisce totalmente, come già detto, ai comuni con minore popolazione l'esercizio di servizi pubblici locali con l'utilizzazione del modulo societario, prevedendo però, per fini di contenimento delle spese, la condizione del necessario raggiungimento di una massa critica (assicurata da società costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti).

Il legislatore, da ultimo, al fine di tutelare i principi di efficacia, di economicità, di efficienza e di riduzione delle spese, ha demandato alla normativa regionale – nelle materie di cui al terzo e quarto comma dell'art. 117 della Costituzione e previa concertazione con i comuni interessati nell'ambito del Consiglio delle autonomie locali – l'individuazione della dimensione territoriale ottimale e omogenea per area geografica (oltre che il termine per l'esercizio delle predette funzioni), individuando comunque, per le unioni, salvo diversa indicazione regionale nel termine previsto, un limite demografico minimo di 10.000 abitanti (art. 14, commi 30 e 31, del D.L. n. 95/2012).

P.Q.M.

Nelle sopra esposte considerazioni è il parere della Corte dei conti - Sezione regionale di controllo per la Basilicata in relazione alla richiesta formulata dal Sindaco del Comune di Moliterno con nota prot. n. 5314 del 6 agosto 2012;

DISPONE

che copia della presente deliberazione sia trasmessa, a cura della segreteria della Sezione, all'Amministrazione richiedente, al Presidente della Corte dei conti ed 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 20 settembre 2012.

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

I MAGISTRATI

F.to Dott. **Rocco LOTITO** – relatore

F.to Dott. **Giuseppe TETI**

Depositata in Segreteria il 20 settembre 2012
IL FUNZIONARIO
PREPOSTO AI SERVIZI DI SUPPORTO
F.to Dott. **Giovanni CAPPIELLO**