



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

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giuseppe Roberto Mario Zola	Consigliere
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario (relatore)

nell'adunanza in camera di consiglio del 26 luglio 2012

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

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

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

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

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota in data 31 maggio 2012, con cui il sindaco del comune di Rodigo (MN) ha richiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

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

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del sindaco del comune di Rodigo;

Udito il relatore dott. Andrea Luberti;

PREMESSO CHE

Il sindaco del comune menzionato in epigrafe ha formulato alla Sezione una richiesta di parere in cui espone una complessa vicenda attinente alla gestione del servizio di fognatura e depurazione.

In particolare, era evidenziato che: i) il comune, privo di acquedotto, ha aderito alla Società Intercomunale di Servizi Alto Mantovano (SISAM s.p.a.) conferendo la propria quota di capitale sociale; ii) la SISAM, previa stipulazione di convenzione con il comune, ha assunto in carico la gestione del servizio idrico e la gestione di impianti destinati allo svolgimento del pubblico servizio con scadenza del termine contrattuale fissata al 1 gennaio 2032; iii) al contempo, la stessa SISAM si è accollata le rate dei finanziamenti contratti dal comune al fine di realizzare la rete fognaria e di depurazione; iv) la SISAM, inoltre, ha assunto la gestione del servizio idrico, incamerando le relative tariffe corrisposte dall'utenza; iv) la struttura societaria della SISAM contempla la partecipazione di vari comuni contermini, compresi in specifica Autorità di ambito territoriale ottimale, che ha provveduto all'affidamento diretto del servizio idrico alla stessa SISAM; v) in particolare, la società "operativa" per la gestione del servizio è la SICAM s.r.l., integralmente partecipata dalla SISAM G.P. s.r.l. che, a sua volta, è controllata dalla predetta SISAM; vi) il comune, sia per le tariffe praticate all'utenza, ritenute troppo elevate; che, ancora, per un progetto di futura riorganizzazione societaria; che, da ultimo, per i ripetuti inadempimenti della SISAM s.p.a., intenderebbe assumere in proprio la gestione del servizio e la correlata realizzazione delle reti; vii) in particolare, il comune intenderebbe rimanere all'interno della propria autorità di ambito, ma provvedere, anche consorziandosi con altri comuni, alla gestione degli interventi sopra descritti, e concretantesi sia nella gestione del servizio idrico che nella realizzazione del servizio di rete fognaria.

Ciò premesso, il comune richiede la legittimità di un eventuale gestione diretta, o tramite affidamento previa procedura concorsuale, del servizio di fognatura e depurazione: tanto anche alla luce dell'adombrata applicazione dei limiti posti dall'art. 14, comma 32, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella legge del 30 luglio 2010, n. 122, nel termine prorogato dall'art. 29, comma 11 *bis* del d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, convertito nella legge 24 febbraio 2012, n. 14.

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA

Il primo punto da esaminare concerne l'ammissibilità della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normativa sopra indicata.

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, si osserva che il sindaco è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 del t.u.e.l. Pertanto, la richiesta di parere è soggettivamente ammissibile poiché promanante dall'organo legittimato a proporla.

AMMISSIBILITA' OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo di ammissibilità del quesito, occorre rammentare che la richiesta di parere è formulata ai sensi dell'articolo 7, comma 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante "*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*".

La disposizione contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 131/2003 deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma che, lungi dal conferire alle Sezioni regionali di controllo un generale ruolo di consulenza, la limitano alla sola contabilità pubblica. Preliminare all'ulteriore procedibilità del parere è quindi la ricomprensione del parere tra quelli attribuibili per materia alle Sezioni regionali di controllo.

Le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenute con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, comma 31 del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno al riguardo precisato che detto concetto non si estende sino a ricomprendere la totalità dell'azione amministrativa che presenti riflessi di natura finanziaria, ma deve intendersi limitato al "*sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici*", sia pure "*in una visione dinamica dell'accezione che sposta l'angolo visuale dal tradizionale contesto della gestione del bilancio a quello inerente ai relativi equilibri*".

Con specifico riferimento alla richiesta analizzata dalla presente pronuncia, la stessa risulta in linea di principio oggettivamente ammissibile in quanto relativa a materia, quella della contrattualistica pubblica e dei pubblici servizi, storicamente attratta nell'ambito della contabilità di stato in quanto fonte di atti di spesa.

MERITO

Preliminarmente all'analisi del quesito, si reputa necessario rinviare all'inquadramento, più volte operato dalla sezione (cfr deliberazione del 10 gennaio 2012, n. 7) del vigente assetto normativo in materia di gestione del servizio idrico.

Come noto, esso è definito dall'art. 141, comma 2 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (codice dell'ambiente), come il servizio *"costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue"*. Esso *"deve essere gestito secondo principi di efficacia, efficienza ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie"*.

In linea di principio, la gestione integrata delle risorse idriche rientra nella categoria generale dell'erogazione dei servizi pubblici a rilevanza economica, la quale – come affermato dalla Corte Costituzionale (cfr. sent. n. 272/2004 e n. 142 e 325/2010) – è, in linea di principio, corrispondente alla categoria del servizio di interesse economico generale prevista dall'ordinamento comunitario (cfr. Corte di Giustizia UE 18 giugno 1998, causa C 35/96; Libro Verde della Commissione Europea del 21 maggio 2003), e pertanto sottoposto alla disciplina, di portata nazionale, diretta alla tutela e alla promozione della concorrenza.

Ciò in quanto – come si avrà modo di precisare in avanti – si tratta di servizio astrattamente remunerativo, erogato attraverso l'esercizio – *sub specie* di impresa pubblica o privata – di un'attività economica intesa come qualsiasi attività consistente nell'offrire beni e servizi su un determinato mercato (Corte di Giustizia UE 18 giugno 1998 cit.; 20 gennaio 2006, in causa C 222/04).

Per quanto concerne la concreta gestione delle attività attinenti al servizio idrico integrato, devono essere distinte: i) l'organizzazione territoriale e ii) l'affidamento della gestione.

L'organizzazione territoriale del servizio idrico integrato avveniva, ai sensi dell'art. 147 del d.lgs. n. 152/2006, sulla base degli ambiti territoriali ottimali (A.T.O.), definiti dalle Regioni in attuazione della l. 5 gennaio 1994, n. 36; a tale ambito erano preposte specifiche Autorità A.T.O., soppresse dall'art. 2, comma 186 *bis* della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (comma introdotto dall'art. 1, comma 1 *quinquies* della legge 26 marzo 2010, n. 42, di conversione del decreto legge 25 gennaio 2010, n. 2).

In forza del rinvio contenuto nella menzionata normativa alla disciplina di settore delle regioni, la Regione Lombardia, con legge regionale 27 dicembre 2010, n. 21, ha sostituito alle AATO le province e il comune di Milano (qualificati come enti responsabili degli ATO), rinviando alle forme di gestione previste dalla disciplina nazionale.

Per quanto concerne, invece, l'affidamento del servizio, originariamente l'art. 150, comma 1 del d.lgs. n. 152/2006 disponeva che *"l'autorità d'ambito, nel rispetto del piano d'ambito e del principio della unitarietà della gestione per ciascun ambito, delibera la forma di gestione tra quelle di cui all'art. 113 comma 5 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267"* (il riferimento in esame deve ora ovviamente intendersi riferito agli enti succedanei).

L'art. 113 comma 5 del d.lgs. n. 267/2000, come sostituito dall'art. 14 comma 1 lett. d) della legge 24 novembre 2003, n. 326 (che ha convertito in legge il decreto legge 30 settembre 2003, n. 269) nonché dall'art. 4 comma 234 della legge 24 dicembre 2003, n. 350 disponeva quanto segue: *“L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione Europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gara ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico e privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante dell'attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”*.

Per i profili relativi alle modalità di svolgimento del servizio, la norma è stata abrogata (in parte in modo espresso, in parte per incompatibilità) dall'art. 23 *bis* l. n. 133/2008, direttamente o a mezzo del regolamento approvato con d.p.r. n. 168/2010.

L'art. 23 *bis* della l. n. 133/2008 statuiva al primo comma che *“le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili”*. Il comma 11 dello stesso art. 23 *bis* stabiliva, altresì, che l'art. 113 del t.u.e.l. era abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni del medesimo articolo. L'art. 12 del d.p.r. n. 168/2010, in attuazione della delega a tal fine conferita al Governo dal comma 10 dell'art. 23 *bis*, aveva precisato che - a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento - sono o restano abrogate le seguenti disposizioni: a) articolo 113, commi 5, 5 *bis*, 6,7,8,9 escluso il primo periodo, 14, 15 *bis*, 15 *ter* e 15 *quater*, del decreto legislativo n. 267 del 2000 e successive modificazioni; b) articolo 150, comma 1 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, ad eccezione della parte in cui individuava la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione. Ne deriva che, antecedentemente all'abrogazione referendaria (su cui *ultra*), al conferimento della gestione del servizio idrico trovavano applicazione le disposizioni ex art. 23 *bis*, che prevedeva tra le modalità l'affidamento: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenisse mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), aventi ad oggetto, al tempo stesso la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio

sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento; c) in via derogatoria, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace ed utile ricorso al mercato, in favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, connotata dai requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *in house* e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

A seguito del referendum del 12-13 giugno 2011, con d.p.r. 18 luglio 2011, n. 113 l'art. 23 *bis* è stato abrogato, con efficacia *ex nunc* a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto stesso sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (ovvero dal 20 luglio 2011).

L'abrogazione dell'art. 23 *bis* ha comportato, di conseguenza, la caducazione – con la medesima decorrenza – del citato regolamento approvato con D.P.R. n. 168/2010, adottato sulla base della norma di delega contenuta nel comma 10 del medesimo articolo.

Al fine di evitare un vuoto normativo, il legislatore ha quindi provveduto a disciplinare l'affidamento dei servizi pubblici locali con l'art. 4 del successivo d.l. n. 138/2011 (per espressa esclusione di cui al comma 34, con l'eccezione dei commi da 19 a 27, relativi alle cause di incompatibilità, comunque applicabili).

Tuttavia, più di recente, con la sentenza del 17 luglio 2012, n. 199, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, in quanto reputato sostanzialmente riproduttivo delle disposizioni già espunte per via referendaria dall'ordinamento, sia pure limitate quantitativamente quanto all'ambito di applicazione.

Analoga sorte è stata riservata alle disposizioni di cui all'art. 9, comma 2, lett. n) della legge 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012) ed all'art. 25 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, in quanto modificatrici della norma dichiarata illegittima ma sostanzialmente connesse alla stessa.

Peraltro, ne deriva che, come rilevato dalla stessa Corte costituzionale in sede di ammissione dei relativi referendum abrogativi (Corte Cost., 26 gennaio 2011, n. 24), la disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico) non presenta un vuoto normativo, consentendo per contro la diretta applicazione dei principi di derivazione europea; con la conseguenza che in linea di principio gli enti locali possono gestire il servizio idrico integrato anche secondo il modello della società *in house* o quello della società mista, essendo, prima, tale servizio sottratto alla più intensa previsione di liberalizzazione dei servizi locali di rilevanza economica, non per intrinseche caratteristiche del servizio ma per espressa scelta dell'elettorato: a seguito della sentenza, soggiacente al generale regime dei servizi pubblici economici che consente all'ente interessato una più ampia scelta nell'individuazione dei modelli gestionali.

Passando al cuore della problematica rappresentata alla Sezione, è doveroso precisare che, indipendentemente dalle scelte operative in precedenza compiute, nell'ambito dei servizi pubblici, la presa in carico di una gestione che, in linea con il quadro normativo sopra riferito, avvenga tramite l'assunzione diretta del servizio o a mezzo di procedura di affidamento, non può ritenersi preclusa al comune istante solo in forza della convenzione in precedenza stipulata con la *holding* di controllo delle società direttamente investite della gestione del servizio.

In linea di principio deve infatti riconoscersi alla pubblica amministrazione il potere di esercitare uno *ius poenitendi*, e, quindi, in presenza di sopravvenienze ovvero di una mutata ponderazione dell'interesse pubblico, far venir meno l'originaria determinazione: tanto è, tra l'altro, riconosciuto ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge 241/90 (Cons. Stato, sez. V, sentenza 6 ottobre 2010, n. 7334). In tal caso, peraltro, la norma in esame prevede l'obbligo, indipendentemente dalla lesione dell'affidamento degli interessati, l'obbligo di erogazione di un indennizzo (Id., Sez. IV 7 febbraio 2012, n. 662).

Analoga previsione, inoltre, è contenuta nelle disposizioni attinenti la stipulazione di accordi procedimentali nella legge 241/90 che consentono il recesso dalla convenzione (assimilabile a quella intercorrente, nel caso di specie, tra la SISAM e il comune), anche in tal caso previo indennizzo.

Tanto rappresentato, in punto di diritto, previa congrua motivazione dell'attinenza all'interesse pubblico, e analitica valutazione delle conseguenze gestionali e finanziarie dell'operazione, l'intendimento del comune potrebbe trovare inveramento nei termini sopra descritti, quantomeno per gli aspetti convenzionali ulteriori che esulino *stricto iure* dalla gestione del servizio idrico come descritto dalla norma. Non v'è dubbio che, ad esempio, in conformità delle previsioni statutarie e legislative l'ente possa valutare la permanenza dell'interesse alla permanenza della titolarità del pacchetto azionario.

Tuttavia, come si ha avuto modo di cennare, il problema fondamentale dell'applicabilità della menzionata conclusione alla gestione del servizio idrico è dato dalla circostanza che, per espressa scelta del legislatore, anche in relazione alle caratteristiche intrinseche del servizio, esso deve essere gestito in forma unitaria, a mezzo delle opzioni operative disposte dal soggetto (ATO o provincia) cui la normativa affida il compito di garantire l'operatività del servizio.

In particolare, la stessa legge regionale citata, modificando e integrando la legge regionale 12 dicembre 2003, n. 26, e in particolare l'art. 48, comma 2, lett. f), ha attribuito agli enti responsabili degli ATO, tra l'altro, *"la vigilanza sulle attività poste in essere dal soggetto cui compete la gestione del servizio idrico, nonché il controllo del rispetto del contratto di servizio, anche nell'interesse dell'utente, e (...) il controllo delle attività svolte dalla società, per garantire la salvaguardia dell'integrità delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali"*.

E tanto è a dirsi anche con riguardo agli interventi di gestione e completamento delle reti, atteso che in considerazione della riferita unitarietà del servizio l'ente comunale *"non può decidere autonomamente di effettuare nuovi investimenti mediante l'accensione di mutui da porre a carico della società di gestione del servizio. Ove così facesse, d'altronde, oltre a contravvenire al principio di certezza dei rapporti giuridici, rischierebbe di vanificare la coerenza interna del programma pluriennale degli interventi approvato dall'Ente di ambito e di aggravare il gestore di oneri impropri disgiunti dalla corretta predeterminazione tariffaria"* (così Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Campania, del. 15 aprile 2010 n. Del/Par n.79/2010).

L'unico pertugio per l'autonomia operativa del comune resta per vero l'eccezione comminata dall'art. 152 del d.lgs 152/2006 (così sez. contr. Campania cit.) secondo cui non è esclusa la possibilità, per l'ente locale interessato *"di realizzare le opere necessarie per provvedere all'adeguamento del servizio idrico in relazione ai piani urbanistici ed a concessioni per nuovi edifici in zone già urbanizzate, previo parere di compatibilità con il piano d'ambito reso dall'Autorità d'ambito e a seguito di convenzione con il soggetto gestore del servizio"*.

Occorre, altresì, ricordare che si applica direttamente all'amministrazione locale interpellante il limite alla detenzione delle partecipazioni societarie per i comuni sotto la soglia demografica di 30.000 abitanti, introdotto ex art. 14, comma 32 del d.l. n. 78/2010, come più volte parzialmente riformulato, che prevede, tra l'altro, che i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possano costituire società (*cf* sul punto la Sezione con la deliberazione 21 dicembre 2011, n. 673).

Pertanto, risulta evidente che, ferme restando le pregiudiziali di cui sopra, anche gli interventi consentiti dovranno rispettare anche tale ultima disposizione preclusiva.

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'Estensore
(dott. Andrea Luberti)

Il Presidente
(dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
il 30 luglio 2012
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)