



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

composta dai Magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giancarlo Astegiano	Consigliere
dott. Gianluca Braghò	Primo Referendario
dott. Massimo Valero	Primo Referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario (relatore)
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario

nella camera di consiglio del 10 gennaio 2012

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

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

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

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

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

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

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

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

Udito il relatore, Alessandro Napoli;

OGGETTO DEL PARERE

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

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

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

L'organo rappresentativo dell'ente premette quanto segue:

a) il Consiglio Regionale nella seduta del 27 dicembre 2010 ha approvato la legge regionale n. 21 recante "*modifiche alla l.r. 12 dicembre 2003, n. 26 (Disciplina dei servizi locali di interesse generale – Norme in materia di gestione di rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche)*", in attuazione dell'art. 2 comma 186 *bis*, della legge 23 dicembre 2009, n. 191;

b) nel testo di legge regionale è stato previsto: all'art. 1 lett. h) che, dal 1 gennaio 2011, le funzioni già esercitate dalle Autorità d'Ambito, come previste dall'art. 148 del D. Lgs. n. 152/2006 e dalla normativa regionale, sono attribuite alle Province; all'art. 1 lett. i) che "*in ragione del rilevante interesse pubblico all'organizzazione e attuazione del servizio idrico integrato e nel rispetto del principio di leale collaborazione, le province e il Comune di Milano, per l'ambito della città di Milano, di seguito indicati quali enti responsabili degli ATO,*

costituiscono in ciascun ATO, nella forma di cui all'art. 114, comma 1, del D. Lgs. n. 267/2000 e senza aggravio di costi per l'ente locale, un'azienda speciale, di seguito denominata Ufficio d'ambito, dotata di personalità giuridica e di autonomia organizzativa e contabile";

c) a tal fine è stato istituito l'Ufficio di Ambito, secondo quanto prescritto dalla legge regionale della Lombardia n. 21/2010, il quale ha provveduto alla ricognizione delle gestioni esistenti e sta redigendo il Piano d'ambito in tutte le sue parti (piano degli investimenti, modello gestionale organizzativo, piano economico e finanziario comprensivo del piano tariffario).

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

i) società *in house* partecipata dalla Provincia di Varese e dai Comuni del territorio della medesima provincia;

ii) società mista a prevalente partecipazione dei medesimi enti pubblici (Provincia di Varese e Comuni del territorio), con un socio industriale e operativo scelto mediante gara.

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

a) il patto di stabilità interno;

b) le spese di personale;

c) i limiti alla costituzione di società da parte degli enti locali;

d) le modalità di svolgimento della gara c.d. "a doppio oggetto".

A) IL PATTO DI STABILITA' INTERNO

1. L'ASSOGGETTAMENTO AL PATTO DI STABILITA' INTERNO DELLE SOCIETA' *IN HOUSE* IN FORZA DELL'ART. 4 COMMA 14 DEL D.L. N. 138/2011

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

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

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

2. L'ASSOGGETTAMENTO AL PATTO DI STABILITA' INTERNO DELLE SOCIETA' *IN HOUSE* IN FORZA DELL'ART. 18 COMMA 2 *BIS* DEL D.L. N. 112/2008

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

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

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

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

Nel caso in cui la Sezione ritenga che le società *in house*, affidatarie della gestione del servizio idrico integrato, non siano assoggettate al patto di stabilità

interno ai sensi dell'art. 4, comma 14, del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138, l'ente locale chiede se tali società siano comunque assoggettate al patto di stabilità interno in forza del predetto articolo 18 comma 2 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112.

3. L'ASSOGGETTAMENTO AL PATTO DI STABILITA' INTERNO DELLE SOCIETA' MISTE IN FORZA DELL'ART. 18 COMMA 2 *BIS* DEL D.L. N. 112/2008

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

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

4. L'ATTUALE EFFICACIA ED OPERATIVITÀ DELLE DISPOSIZIONI IN TEMA DI ASSOGGETTAMENTO AL PATTO DI STABILITA' INTERNO DELLE SOCIETA' *IN HOUSE* IN FORZA DELL'ART. 18 COMMA 2 *BIS* DEL D.L. N. 112/2008

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

Quest'ultima disposizione, riferita non solo alle società *in house* ma anche alle società a partecipazione pubblica locale di controllo, individua in un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la conferenza unificata di cui all'articolo 8 del

decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, da emanare entro il 30 settembre 2009 la definizione delle modalità nonché la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo.

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

5. LA DISCIPLINA CONCRETA DELL'ASSOGGETTAMENTO DELLE SOCIETA' *IN HOUSE* E/O DELLE SOCIETÀ MISTE AL PATTO DI STABILITÀ INTERNO

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

6. LE REGOLE E LE MODALITÀ PER IL RISPETTO DEL PATTO DI STABILITÀ INTERNO DA PARTE DEGLI ENTI LOCALI IN RELAZIONE ALLE PROPRIE PARTECIPAZIONI SOCIETARIE

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

B) LE SPESE DI PERSONALE

7. L'APPLICABILITÀ ALLE SOCIETÀ MISTE DELLA NORMATIVA SUI LIMITI DI SPESA PER IL PERSONALE: IL RAPPORTO TRA SPESE DI PERSONALE E SPESE CORRENTI

Facendo seguito al quesito posto in materia di assoggettamento al patto di stabilità, la Provincia di Varese chiede se la normativa in tema di perimetro del consolidamento delle spese di personale *ex d.l. n. 98/2011* (convertito dalla l. n.

111/2011) trovi applicazione anche con riferimento alle società miste a prevalente partecipazione pubblica locale, che gestiscono un servizio pubblico locale a rilevanza economica (nel caso di specie il servizio idrico integrato), laddove il socio privato sia scelto mediante una procedura concorsuale rispettosa dei principi comunitari in tema di concorrenza e con attribuzione al medesimo socio privato di specifici compiti operativi relativi alla gestione del servizio affidato.

8. L'APPLICABILITA' ALLE SOCIETA' MISTE DELLA NORMATIVA SUI LIMITI DI SPESA PER IL PERSONALE: L'ESTENSIONE DEI LIMITI E DEI DIVIETI ALLE ASSUNZIONI *EX ART. 19* COMMA 1 DEL D.L. N. 78/2009

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

9 – 10. LA DISCIPLINA CONCRETA SUI LIMITI DI SPESA PER IL PERSONALE CON RIFERIMENTO ALLE SOCIETA' PUBBLICHE *IN HOUSE* E MISTE *EX ART. 18* COMMA 2 *BIS* DEL D.L. 112/2008: IL DUBBIO SULLA SUSSISTENZA DI UN AUTONOMO VINCOLO RELATIVO AL RAPPORTO TRA SPESA PER IL PERSONALE E SPESA CORRENTE CON RIFERIMENTO ALLE SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA LOCALE.

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

citato decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133.

C) I LIMITI ALLA COSTITUZIONE DI SOCIETÀ DA PARTE DEGLI ENTI LOCALI

11. L'APPLICABILITÀ DEI LIMITI EX ART. 14 COMMA 32 DEL D.L. N. 78/2010 ALLE SOCIETÀ *IN HOUSE* O MISTE PER LA GESTIONE DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI A RILEVANZA ECONOMICA

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

In tale quadro legale e giurisprudenziale, l'Amministrazione chiede se la gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica (appositamente disciplinato, da ultimo, ex art. 4 comma 14 del decreto legge 13 agosto 2011 convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011 n. 148) rientri tra le cause di esclusione dall'applicazione della disciplina di cui al citato articolo 14 comma 32 del decreto legge n. 78/2010.

In altri termini, l'ente locale si interroga se la normativa nazionale sull'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica di cui alla citata disposizione, che prevede espressamente la possibilità di ricorso al modello della società *in house* e a quello della società mista, rientri nel novero delle normative

nazionali o regionali, che *"prevedono che specifiche attività siano svolte per il tramite della partecipazione a società di capitali"*.

12. L'APPLICABILITÀ DEI LIMITI EX ART. 14 COMMA 32 DEL D.L. N. 78/2010 ALLE SOCIETÀ *IN HOUSE* O MISTE PER LA GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

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

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

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

D) LE MODALITA' DI SVOLGIMENTO DELLA GARA C.D. "A DOPPIO OGGETTO"

13. LA NATURA DEGLI SPECIFICI COMPITI OPERATIVI PER LA GESTIONE DEL SERVIZIO AFFIDATI AL SOCIO OPERATIVO

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

14. LA REALIZZAZIONE DIRETTA DA PARTE DEL SOCIO OPERATIVO DEGLI INTERVENTI INFRASTRUTTURALI O LEGATI ALLA MANUTENZIONE STRAORDINARIA

In stretto raccordo con il precedente quesito, l'Amministrazione chiede – da ultimo - se nell'alveo dei predetti compiti operativi relativi alla gestione del servizio possa essere ricompresa la realizzazione diretta da parte del socio medesimo degli interventi infrastrutturali o legati alla manutenzione straordinaria, senza pertanto l'obbligo da parte della società mista di procedere a tali affidamenti mediante le procedure previste dal d.lgs. n. 163/2006.

PREMESSA

Il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se le varie richieste provenienti dalla Provincia di Varese rientrino nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7 comma ottavo, della legge 5 giugno 2003, n. 131, norma in forza della quale Regioni, Province e Comuni possono chiedere a dette Sezioni pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

In proposito, questa Sezione ha precisato, in più occasioni, che la funzione di cui al comma ottavo dell'art. 7 della legge n. 131/2003 si connota come facoltà conferita agli amministratori di Regioni, Comuni e Province di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità della loro attività amministrativa.

I pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nei procedimenti amministrativi degli enti territoriali consentendo, nelle tematiche in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che appartengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno (per tutte: parere sez. Lombardia, 11 febbraio 2009, n. 36).

Infatti, deve essere messo in luce che il parere della Sezione attiene a profili di carattere generale anche se, ovviamente, la richiesta proveniente dall'ente pubblico è motivata, generalmente, dalla necessità di assumere specifiche decisioni in relazione ad una particolare situazione. L'esame e l'analisi svolta nel parere è limitata ad individuare l'interpretazione di disposizioni di legge e di principi generali dell'ordinamento in relazione alla materia prospettata dal richiedente, spettando, ovviamente, a quest'ultimo la decisione in ordine alle modalità applicative in relazione alla situazione che ha originato la domanda.

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA

Riguardo all'individuazione dell'organo legittimato ad inoltrare le richieste di parere dell'ente provinciale, si osserva che il Presidente della Provincia è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Pertanto, la richiesta di parere è ammissibile soggettivamente poiché proviene dall'organo legittimato a proporla.

AMMISSIBILITA' OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare che la disposizione, contenuta nel comma 8, dell'art. 7 della legge 131/03, deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il co. 8 prevede forme di collaborazione ulteriore rispetto a quelle del precedente comma rese esplicite, in

particolare, con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

Appare conseguentemente chiaro che le Sezioni regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore degli enti locali, ma che, anzi, le attribuzioni consultive si connotano sulle funzioni sostanziali di controllo collaborativo ad esse conferite dalla legislazione positiva.

Al riguardo, le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenendo con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, co. 31 del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno delineato una nozione unitaria di contabilità pubblica incentrata sul "*sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici*", da intendersi in senso dinamico anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Delibera n. 54, in data 17 novembre 2010).

Il limite della funzione consultiva, come sopra delineato, esclude qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale ed amministrativa che ricade nell'esclusiva competenza dell'autorità che la svolge; nonché esclude che la funzione consultiva possa interferire in concreto con competenze di altri organi giurisdizionali.

Dalle sopraesposte considerazioni consegue che la nozione di contabilità pubblica va conformandosi all'evolversi dell'ordinamento, seguendo anche i nuovi principi di organizzazione dell'amministrazione, con effetti differenziati, per quanto riguarda le funzioni della Corte dei conti, secondo l'ambito di attività.

Con specifico riferimento alla richiesta oggetto della presente pronuncia, la Sezione osserva che i quesiti proposti si palesano certamente ammissibili sotto il profilo oggettivo, in quanto afferenti vari profili giuscontabili di carattere generale delle partecipazioni societarie detenute da un ente locale, per quanto concerne:

- a) il patto di stabilità interno;
- b) le spese di personale;
- c) i limiti alla costituzione di società da parte degli enti locali.

A rigore, il Collegio osserva che – in relazione ai profili di stretto dettaglio - esulano invece dall'ambito oggettivo della funzione consultiva della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica (*ut supra* definita) gli ultimi due interrogativi concernenti le puntuali modalità di svolgimento della gara c.d. "a doppio oggetto",

trattandosi di dubbi di natura prettamente procedimentale sull'*iter* di scelta del socio privato. Infatti, è rimessa alle scelte discrezionali dell'Amministrazione, nel rispetto della vigente normativa, l'individuazione della latitudine dell'attività da conferire al socio privato operativo e delle modalità di svolgimento della procedura. Cionondimeno, per quanto concerne alcuni profili di carattere generale, il Collegio avrà cura di richiamare gli orientamenti di fondo in materia.

MERITO

PREMESSA: L’AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO E’ DISCIPLINATO DAI PRINCIPI DELL’ORDINAMENTO COMUNITARIO IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI A RILEVANZA ECONOMICA

Preliminarmente all'analisi dei numerosi quesiti posti dalla Provincia di Varese, il Collegio ritiene necessario sviluppare un breve inquadramento del vigente assetto normativo sulla gestione del servizio idrico, all'esito del recente *referendum* e della successiva riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza economica ex l. n. 148/2011 (modificata dalla c.d. legge di stabilità 2012 – legge n. 183 del 12 novembre 2011).

Il servizio idrico integrato è individuato dall'art. 141 comma 2 del d.lgs. n. 152/2006, recante "Norme in materia ambientale" (cosiddetto codice dell'ambiente), come quel servizio "*costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue*". Esso "*deve essere gestito secondo principi di efficacia, efficienza ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie*".

La gestione integrata delle risorse idriche rientra nella categoria generale dell'erogazione dei servizi pubblici a rilevanza economica, la quale – come affermato dalla Corte Costituzionale (cfr. sent. n. 272/2004 e n. 325/2010) – è, in linea di principio, corrispondente alla categoria del servizio di interesse economico generale prevista dall'ordinamento comunitario (cfr. Corte di Giustizia UE 18 giugno 1998, in causa C 35/96; Libro Verde della Commissione Europea del 21 maggio 2003). D'altronde, il servizio idrico integrato è diretto a realizzare fini sociali, ossia in favore della indifferenziata collettività dei cittadini a prescindere dalle loro specifiche condizioni (Corte di Giustizia UE 21 settembre 1999, in causa

C 67/96), ed è erogato attraverso l'esercizio – *sub specie* di impresa pubblica o privata – di un'attività economica intesa come qualsiasi attività che consiste nell'offrire beni e servizi su un determinato mercato (Corte di Giustizia UE 18 giugno 1998, in causa C 35/96; 20 gennaio 2006, in causa C 222/04).

Ancora più esplicitamente, la Corte Costituzionale ha di recente statuito che *"il legislatore statale in coerenza con la .. normativa comunitaria e sull'incontestabile presupposto che il servizio idrico integrato si inserisce in uno specifico e peculiare mercato .. ha correttamente qualificato tale servizio come di rilevanza economica, conseguentemente escludendo ogni potere degli enti infrastatali di pervenire ad una diversa qualificazione"* (sent. n. 187 del 15 giugno 2011).

In tale quadro comunitario e costituzionale, la normativa nazionale in materia di affidamento del servizio ha subito numerose modifiche nel tempo.

L'organizzazione del servizio idrico integrato avviene, ai sensi dell'art. 147 del d.lgs. n. 152/2006, sulla base degli ambiti territoriali ottimali (A.T.O.), definiti dalle Regioni in attuazione della l. 5 gennaio 1994, n. 36.

Le Autorità d'Ambito territoriale, previste dall'art. 148 del d.lgs. n. 152/2006, sono state soppresse dall'art. 2 comma 186 *bis* della l. 23 dicembre 2009, n. 191; le funzioni già esercitate dalle Autorità - tra cui la scelta della forma di gestione del servizio, l'affidamento ed il relativo controllo *ex art.* 142 comma 3 del d.lgs. n. 152/2006 - devono essere attribuite con legge dalle Regioni, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (seppur entro un termine più volte prorogato). Per quanto riguarda la disciplina di attuazione vigente nella Regione Lombardia, si rinvia all'articolata descrizione contenuta nel quesito e in precedenza riportata in punto di fatto.

In relazione alle modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato, originariamente l'art. 150 comma 1 del d.lgs. n. 152/2006 disponeva che *"l'autorità d'ambito, nel rispetto del piano d'ambito e del principio della unitarietà della gestione per ciascun ambito, delibera la forma di gestione tra quelle di cui all'art. 113 comma 5 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267"*¹.

¹ L'art. 113 comma 5 del d.lgs. n. 267/2000, come sostituito dall'art. 14 comma 1 lett. d) della legge 24 novembre 2003, n. 326 (che ha convertito in legge il decreto legge 30 settembre 2003, n. 269) nonché dall'art. 4 comma 234 della legge 24 dicembre 2003, n. 350 disponeva quanto segue: *"L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione Europea , con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gara ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico e privato nelle quali il socio privato venga*

Per i profili relativi alle modalità di svolgimento del servizio, la norma è stata abrogata sia in modo espresso sia per incompatibilità dall'art. 23 *bis* l. n. 133/2008, direttamente o a mezzo del regolamento approvato con D.P.R. n. 168/2010².

A seguito del noto *referendum*, con D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 l'art. 23 *bis* viene abrogato, con efficacia *ex nunc* a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto stesso sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (ossia dal 21 luglio 2011).

L'abrogazione dell'art. 23 *bis* ha comportato, di conseguenza, la caducazione – con la medesima decorrenza – del citato regolamento approvato con D.P.R. n.

scelto attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante dell'attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

² L'art. 23 *bis* della l. n. 133/2008 statuiva al primo comma che "le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili". Il comma 11 dello stesso art. 23 *bis* stabiliva, altresì, che l'art. 113 del Testo Unico Enti locali è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni del medesimo articolo. L'art. 12 del D.P.R. n. 168/2010, in attuazione della delega a tal fine conferita al Governo dal comma 10 dell'art. 23 *bis*, ha precisato che - a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento - sono o restano abrogate le seguenti disposizioni: a) articolo 113, commi 5, 5 *bis*, 6, 7, 8, 9 escluso il primo periodo, 14, 15 *bis*, 15 *ter* e 15 *quater*, del decreto legislativo n. 267 del 2000 e successive modificazioni; b) articolo 150 comma 1 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione. Ne deriva che, antecedentemente all'abrogazione referendaria, al conferimento della gestione del servizio idrico trovavano applicazione le disposizioni *ex art. 23 bis*, ossia: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento; c) in via derogatoria: per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire in favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *in house* e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

168/2010, adottato sulla base della norma di delega contenuta nel comma 10 del medesimo articolo.

Non applicandosi alle modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato l'art. 4 del successivo d.l. n. 138/2011 (per espressa esclusione di cui al comma 34, ad eccezione dei commi da 19 a 27 relativi alle cause di incompatibilità comunque applicabili), è necessario delibare - nel dettaglio - quale sia la disciplina normativa attualmente vigente nel settore.

Orbene, l'assetto successivo al *referendum* abrogativo è stato scolpito dalla Corte Costituzionale nella pronuncia relativa all'ammissibilità del quesito referendario (Corte Cost. sent. n. 24/2011, poi ribadita nella successiva sent. n. 320/2011). Il giudice delle Leggi ha osservato che dall'abrogazione referendaria non deriva né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabile richiesto dall'ordinamento comunitario.

In altri termini, l'abrogazione dell'art. 23 *bis* l. n. 133/2008 non ha comportato alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo, con conseguente applicazione immediata nell'ordinamento italiano della disciplina comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato. Nell'alveo di queste ultime, la Corte Costituzionale intende riferirsi in particolare ai principi del Trattato per il funzionamento dell'Unione Europea nonché alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In tale quadro generale, la Provincia di Varese si trova a dover optare tra l'affidamento a società mista mediante gara c.d. "a doppio oggetto" e *l'in house providing*.

A) IL PATTO DI STABILITA' INTERNO

1. L'ASSOGGETTAMENTO AL PATTO DI STABILITA' INTERNO DELLE SOCIETA' *IN HOUSE* IN FORZA DELL'ART. 4 COMMA 14 DEL D.L. N. 138/2011

Come rammentato nel quesito, l'art. 4 comma 14 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito con modificazioni in legge 14 settembre 2011 n. 148 prevede che *"le società cosiddette in house affidatarie dirette della gestione di*

servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'art. 18 comma 2 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133 e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno".

Il comma 34 del medesimo articolo 4 esclude, espressamente, dalla sua applicazione il servizio idrico integrato, ad eccezione dei commi da 19 a 27 relativi alle cause di incompatibilità comunque applicabili.

A fronte del chiaro tenore letterale della disposizione *de quo*, le società in house affidatarie in via diretta del servizio idrico integrato risultano espunte dall'ambito applicativo dell'art. 4 comma 14 della l. n. 148/2011.

2. L'ASSOGGETTAMENTO AL PATTO DI STABILITA' INTERNO DELLE SOCIETA' IN HOUSE IN FORZA DELL'ART. 18 COMMA 2 *BIS* DEL D.L. N. 112/2008

L'articolo 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008, inserito dall'art. 19 comma 1 del d.l. n. 78/2009 convertito nella l. n. 102/2009, prevede l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo:

- a) che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero;
- b) che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero;
- c) che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

Ne deriva che le società in house affidatarie dirette della gestione del servizio idrico integrato sono, comunque, assoggettate al patto di stabilità interno, in forza dell'autonoma e distinta previsione ex art. 18 comma 2 *bis* (prima ipotesi) del d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008, norma avente portata generale (richiamata, altresì, dalla sopracitata disposizione di settore sui servizi pubblici locali a rilevanza economica).

Infatti, esse rientrano *de plano* nella fattispecie legale della società a totale partecipazione pubblica locale che sia titolare di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara. Per completezza, il Collegio osserva che la disposizione

si limita a presupporre l'affidamento diretto, a prescindere dal fatto che l'ente affidante possa essere soggetto distinto dalle Amministrazioni locali socie.

Ferma l'inapplicabilità dell'art. 4 comma 14 del d.l. n. 138/2011 (cfr. il precedente quesito n. 1) nonché quanto in prosieguo argomentato sull'efficacia dell'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008 (cfr. il successivo quesito n. 4), in astratto sussiste comunque l'obbligo per gli enti locali di vigilare sull'osservanza da parte delle società partecipate del patto di stabilità interno, obbligo esplicitato nell'ultimo periodo del suddetto art. 4 comma 14 del d.l. n. 138/2011. Quest'ultima disposizione di settore riveste, infatti, natura meramente ricognitiva della copiosa giurisprudenza comunitaria in materia di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte della Pubblica Amministrazione socio, proprio nella parte in cui impone siffatto obbligo di vigilanza.

In altri termini, laddove disposizioni di settore impongano vincoli e limiti a società *in house* (nel caso di specie l'assoggettamento al patto di stabilità interno), costituisce principio generale l'obbligo per le Amministrazioni socie di esercitare appieno le prerogative di controllo analogo, anche in forma congiunta (sin da Corte di Giustizia UE, sentenza 13.11.2008, causa C 324/07 "Coditel Brabant"), finalizzate ad assicurare il puntuale rispetto degli obblighi legali da parte della società. Sul punto è consolidata la giurisprudenza della Sezione (del. n. 350/2011).³

3. L'ASSOGGETTAMENTO AL PATTO DI STABILITA' DELLE SOCIETA' MISTE IN FORZA DELL'ART. 18 COMMA 2 *BIS* DEL D.L. N. 112/2008

Per quanto concerne l'assoggettamento – in astratto - di una società mista affidataria del servizio idrico al patto di stabilità interno, è necessario soffermarsi più diffusamente sulla latitudine del citato art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008, conv. nella l. n. 133/2008.

In riferimento alla gestione dei servizi pubblici locali di cui al presente quesito, la Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti, analizzando l'art. 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011 avente comunque analoga estensione oggettiva, ha osservato

³ Sulla scorta di tale pronuncia, relativa all'obbligo di reclutamento "paraconcorsuale" in capo agli organismi partecipati ex l. n. 133/2008, nel regolamento comunale degli uffici e dei servizi deve essere espressamente precisato che tutti gli organismi partecipati sono tenuti ad osservare i medesimi vincoli pubblicistici fissati in materia per gli enti cui appartengono, nonché vanno predeterminati i criteri per il controllo e la vigilanza da parte dell'Ente locale sull'osservanza delle regole estese nei confronti di detti organismi partecipati.

che l'ambito ... è circoscritto alle seguenti società: a) partecipate *in house* in modo totalitario da un ente pubblico o da più enti pubblici congiuntamente; b) ovvero che presentano le caratteristiche di cui all'art. 2359, comma 1, nn. 1 e 2, del codice civile, purché affidatarie dirette di servizi pubblici locali" (del. n. 14 del 28 dicembre 2011). Sotto quest'ultimo profilo, "l'esclusione delle società che hanno ricevuto l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali con procedura competitiva è basata sul presupposto che la gara può assicurare la presenza dei requisiti di economicità, efficienza ed efficacia necessari all'attuazione del "buon andamento", posto dalla Costituzione con l'art. 97, mediante il confronto competitivo sul mercato e la verifica della congruità dei costi, soprattutto in materia di personale" (Sez. Aut. del. n. 14/2011, cit.).

La *quaestio iuris* oggetto del presente quesito concerne la sussumibilità del conferimento del servizio a società mista a prevalente partecipazione pubblica, laddove il socio privato operativo sia stato scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto", nell'alveo dell'affidamento di un servizio pubblico a rilevanza economica mediante procedura ad evidenza pubblica, anche se il servizio è stato conferito alla società senza esperire una (seconda) gara.

In caso di risposta affermativa ne conseguirebbe l'esclusione di siffatta società mista dall'assoggettamento al patto di stabilità *ex art. 18 comma 2 bis* della l. n. 133/2008. Nessun dubbio, d'altronde, può configurarsi sulla sussistenza degli altri requisiti, ossia la partecipazione pubblica locale "di controllo", trattandosi – nella fattispecie prospettata dalla Provincia di Varese – di società mista a maggioranza pubblica (c.d. controllo "di diritto"), nonché sulla natura di servizio pubblico locale a rilevanza economica dell'attività svolta. Diviene, dunque, dirimente proprio la qualificazione giuridica della modalità di affidamento del servizio (diretta/competitiva).

Orbene, a tal fine è necessario muovere l'analisi dal quadro ermeneutico comunitario (*a fortiori* nel caso del servizio idrico, ove – come detto - manca una disciplina nazionale in materia di affidamento).

Un primo chiarimento si è avuto, prima che in sede giurisprudenziale, nella Comunicazione della Commissione Europea del 12.04.2008 sul "partenariato pubblico-privato", in cui la Commissione ha ammesso l'affidamento diretto a società mista, solo se: a) il *partner* privato sia stato scelto mediante gara; b) sia

stato preventivamente individuato il servizio a cui la collaborazione partenariale è destinata.

Proprio in relazione ad una società mista italiana affidataria della gestione del servizio idrico integrato, è poi giunto all'esame della Corte di Giustizia il problema di stabilire se l'affidamento del servizio pubblico in questione alla società mista pubblico-privata senza indizione di gara specifica sia compatibile con il diritto comunitario, laddove la procedura finalizzata all'individuazione del socio privato cui affidare la gestione integrale del servizio idrico sia stata effettuata nel rispetto degli artt. 43 CE e 49 CE nonché dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, così come dell'obbligo di trasparenza che ne discende (cfr. sentenza 15 ottobre 2009, C 196/08, Sezione III, "Acoset").⁴

Sul punto, la Corte di Giustizia conclude nel senso che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico, a una società a

⁴ La Corte rammenta che – in linea di principio - l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 51, nonché 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 48). Peraltro, il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di concessioni. Tuttavia, introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quello su cui verte la causa principale, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo. Sebbene la mancanza di gara nel contesto dell'aggiudicazione di servizi risulti inconciliabile con gli artt. 43 CE e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi sopra ricordati e l'individuazione dei criteri di scelta del socio privato consentono di ovviare a detta situazione, dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta. Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie sottoposta all'attenzione del Giudice comunitario, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario. La Corte precisa che siffatta società a capitale misto, pubblico e privato deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe l'obbligo di indire una gara (v., in tal senso, sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06).

capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni.

Sostanzialmente confermativa è la successiva sentenza della Corte di Giustizia, 22.12.2010, C-215/09, *Mehilainen Oy*, in cui l'affidamento diretto ad una società mista finlandese è stato giudicato illegittimo, ma la scelta del *partner* privato era avvenuta senza gara.

In sintesi, dall'esame della giurisprudenza emerge che l'affidamento ad una società mista in cui il socio privato operativo è scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto" appare legittimo, purché:

- a) la gara unica per la scelta del *partner* e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati");
- b) la selezione dell'offerta migliore sia rapportata non solo alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto;
- c) il rapporto instaurando abbia durata predeterminata.

A questo stadio dell'*iter* argomentativo, è necessario sviluppare un ultimo passaggio logico ai fini del quesito in oggetto.

Acclarata la legittimità di siffatto affidamento alla società mista in presenza degli illustrati presupposti, senza la necessità di una seconda gara per conferire il servizio, bisogna valutare se il conferimento del servizio alla società possa essere qualificato ad evidenza pubblica oppure mantenga la natura di affidamento diretto (seppur legittimo, atteso che il socio privato operativo è stato scelto mediante procedura competitiva). D'altronde, socio privato operativo e società mista rimangono soggetti giuridici distinti, ed è quest'ultimo l'organismo del cui assoggettamento al patto di stabilità interno si discute in questa sede.

Per evidente identità di *ratio* tra vincoli amministrativi e vincoli finanziari, è dunque necessario indagare se l'ordinamento estenda anche a siffatta società mista limiti e vincoli amministrativi posti alle società affidatarie dirette di servizi pubblici locali (ad es., tipicamente, le limitazioni alla capacità negoziale *extra moenia*), così

da desumerne la qualificazione giuridica dell'affidamento alla società mista (che, ripetesi, di per sé è un atto giuridico distinto rispetto alla scelta del socio privato operativo).

Tale ulteriore valutazione non può agevolmente fondarsi sull'ordinamento comunitario, il quale – in sede di esame delle limitazioni gravanti sulle società pubbliche – svaluta le modalità di affidamento con cui le predette società hanno conseguito le commesse pubbliche.

Infatti, pur avendo l'Unione europea previsto la necessità per gli Stati membri di provvedere alla regolamentazione dell'accesso al mercato degli appalti pubblici da parte di organismi di proprietà o partecipati da enti pubblici, proprio per evitare distorsioni della concorrenza nei confronti di soggetti privati (v. Direttiva n. 2004/18/CE del 31/3/2004), si è tuttavia escluso che il riconoscimento della legittimazione a concorrere *extra moenia* contrasti in qualche modo con i principi in materia di concorrenza e di parità di trattamento fra imprese pubbliche e private. E' stato, invero, affermato che il solo fatto che amministrazioni aggiudicatrici ammettano alla partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto organismi che beneficiano di sovvenzioni pubbliche non costituisce automaticamente violazione del principio di parità di trattamento (e della concorrenza). Non sussiste a livello di normativa comunitaria un espresso divieto di partecipazione di tali organismi a dette procedure di appalto (così: Corte di giustizia 7/12/2002; V Sez., 27 settembre 2004, n. 6325; 12 giugno 2009, n. 3767), salvo procedere ad una accorta e puntuale valutazione della congruità dell'offerta, per evitare che un'offerta particolarmente bassa possa essere proprio il frutto della predetta particolare posizione dell'organismo a partecipazione pubblica che ha preso parte alla gara.

Peraltro, argomenti nel senso della natura concorrenziale dell'affidamento del servizio alla società mista (con socio privato operativo scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto") emergono comunque dai rigorosi presupposti che l'ordinamento comunitario pone ai fini dell'esenzione dall'obbligo di una "seconda gara", così da individuare di fatto un vero e proprio "intreccio" tra società e socio privato operativo (ovviamente in termini funzionali e non strutturali). Come precisato dalla Corte di Giustizia nella sopracitata pronuncia "Acoset", *"il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di*

concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di concessioni. Tuttavia, introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quello su cui verte la causa principale, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo". Inoltre, "siffatta società a capitale misto, pubblico e privato deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara (v., in tal senso, sentenza 19 giugno 2008, causa C-454/06)".

In ogni caso, dettagliati chiarimenti sulla natura dell'affidamento in favore di siffatta società mista emergono dall'ordinamento nazionale.

Infatti, la questione dei limiti alla capacità negoziale di siffatte società miste (e, dunque, della natura del conferimento del servizio in favore di queste ultime) appare risolta normativamente da parte della legge n. 183/2011 (c.d. legge di stabilità 2012), nel senso della natura concorrenziale dell'affidamento in favore di una società mista il cui socio privato operativo sia stato scelto mediante procedura di evidenza pubblica, seppur in mancanza di una "seconda gara".

Infatti, l'art. 9 comma 2 lett. h) e i) della legge di stabilità 2012 ha novellato l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, precisando espressamente che i divieti inerenti l'extraterritorialità e gli ulteriori affidamenti – operanti nei confronti delle società destinatarie di affidamenti diretti - non si applicano, oltre che al socio privato operativo, anche a tale tipologia di società mista.

In questo senso, nel previgente quadro normativo, si era già orientata la giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'affidamento a società mista con socio privato scelto mediante gara a doppio oggetto "*riusciva ai fini della tutela della concorrenza e del mercato del tutto equivalente a quello attuato mediante pubblica gara, per cui sarebbe risultata irragionevole ed immotivata, anche alla luce dei principi dettati dalla U.E. in materia ... l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi diversi da quelli in atto*" (Cons. Stato sent. n. 2222 del 11 aprile 2011).

E' pur vero che l'articolato normativo nazionale ex d.l. n. 138/2011, in larga parte, non trova applicazione al servizio idrico, e dunque a rigore argomenti tratti

da tale disposizione parrebbero inconferenti. Cionondimeno, nel caso di specie il dubbio interpretativo riveste portata "trasversale", in quanto la valutazione sull'assoggettamento al patto di stabilità interno *ex art. 18 comma 2 bis* del d.l. n. 112/2008 di siffatte società miste prescinde dallo specifico settore di attività (ferme le diverse normative applicabili in linea generale).

D'altronde, la strutturale differenza tra una società *in house* e la società mista con socio privato operativo individuato mediante gara c.d. "a doppio oggetto" consiste nel fatto che, mentre la prima agisce come vero e proprio organo dell'Amministrazione (in ragione del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente *in house* in favore dell'amministrazione stessa), costituendone sostanzialmente una *longa manus*, la società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato sia scelto mediante evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza.

In conclusione, una società mista a maggioranza pubblica cui è attribuita la gestione del servizio idrico integrato, con socio privato operativo scelto mediante gara "a doppio oggetto" nel rispetto dei sopraindicati presupposti, è esclusa dall'assoggettamento al patto di stabilità interno *ex art. 18 comma 2 bis* della l. n. 133/2008, pur in mancanza di una seconda gara per il conferimento del servizio.

4. L'ATTUALE EFFICACIA ED OPERATIVITÀ DELLE DISPOSIZIONI IN TEMA DI ASSOGGETTAMENTO AL PATTO DI STABILITÀ INTERNO DELLE SOCIETÀ IN HOUSE IN FORZA DELL'ART. 18 COMMA 2 BIS DEL D.L. N. 112/2008

Passando ad analizzare l'interrogativo sull'attuale operatività dell'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società partecipate (nelle tre categorie enucleate sub quesito n. 3), il Collegio osserva che il medesimo art. 18 comma 2 *bis* della l. n. 133/2008 ha stabilito che, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la Conferenza Unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997 n. 281, e successive modificazioni, da emanare entro il 30 settembre 2009, sono definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle sopraindicate società.

Al momento della sua entrata in vigore l'assoggettamento al patto di stabilità ex art. 18 comma 2 *bis* l. n. 133/2008 faceva seguito a quanto previsto dall'art. 23 *bis* comma 10 della medesima legge, ai sensi del quale: "*il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le Regioni ed entro il 31 dicembre 2009, sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997 n. 281 e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, adotta uno o più regolamenti, ai sensi dell'art. 17 comma 2 della l. 23 agosto 1988 n. 400, al fine di: a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti cosiddetti affidatari in house di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno ...*". Tale disposizione, applicabile anche al servizio idrico integrato, è stata caducata dalla Corte Costituzionale (sent. n. 325/2010), ancor prima della complessiva abrogazione referendaria. Il Giudice delle Leggi ha precisato che l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, per le quali soltanto l'art. 117 sesto comma Cost. attribuisce allo Stato la potestà regolamentare.

Orbene, ai fini del quesito in oggetto, il Collegio richiama l'esegesi della giurisprudenza contabile secondo cui l'art. 18 comma 2 *bis* della l. n. 133/2008 condiziona l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *ivi* citate alla definizione delle modalità e della relativa modulistica. Conseguentemente, non può farsi derivare dalle predette norme l'obbligo attuale, in capo agli enti controllanti, di valutare il rispetto del patto di stabilità attraverso un bilancio consolidato funzionale ad un'analisi della situazione finanziaria della società unitamente a quella dell'ente locale (Corte dei Conti, sez. reg. contr. Piemonte, n. 14/2010; cfr., altresì, sez. reg. contr. Sardegna n. 24/2010; Corte dei Conti, SS.RR. in sede di controllo del. n. 28/2011).

A questo stadio dell'*excursus* argomentativo, il Collegio non può esimersi dal segnalare comunque l'opportunità di un consolidamento dei risultati economici e finanziari del "gruppo municipale", al fine di una corretta rappresentazione del bilancio comunale.

D'altronde, a prescindere dalla cogenza di singole disposizioni di legge, la Sezione ha sottolineato, da tempo, l'esigenza di tener conto comunque dei risultati delle società a partecipazione pubblica totale o maggioritaria (in termini di ammontare di spese e di debito), insieme a quelli dell'ente locale, al fine di evitare

il formarsi di situazioni occulte di debito destinate a gravare sulla collettività pubblica (sin dalla deliberazione n. 17 del 13 ottobre 2006).

Parimenti si è evidenziato, in relazione ai principi contabili internazionali (IPSAS n. 6) ed ai principi contabili per gli enti locali elaborati dall'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali (principio n. 4), come il bilancio consolidato sia un valido strumento per conoscere e valutare la situazione finanziaria, oltre che economica e patrimoniale degli enti che consolidano i conti (Corte dei Conti, sez. reg. contr. Veneto, n. 4/2008; Corte dei Conti, sez. reg. contr. Piemonte, n. 14/2010).

Sul piano normativo, lo stesso art. 152 del d.lgs. n. 267/2000 stabilisce che il regolamento di contabilità degli enti locali assicura, di norma, la conoscenza consolidata dei risultati globali delle gestioni relative ad enti od organismi costituiti per l'esercizio di funzioni e servizi; l'art. 172 comma 1 lett. b) dello stesso testo unico prevede tra gli allegati obbligatori del bilancio di previsione dell'ente locale anche le risultanze dei rendiconti o conti consolidati delle aziende speciali, consorzi, istituzioni, società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici, relativi al penultimo esercizio antecedente quello cui il bilancio si riferisce. Il successivo art. 230 TUEL dispone, poi, che il regolamento di contabilità può prevedere la compilazione del conto consolidato patrimoniale per tutte le attività e le passività interne ed esterne.

La necessità del consolidamento dei dati di bilancio tra soggetti pubblici ed organismi partecipati, da tempo posta in evidenza dalla giurisprudenza contabile, è ormai oggetto di recepimento legislativo in via generale per l'intero universo delle Pubbliche Amministrazioni.

Infatti, il decreto legislativo di armonizzazione n. 91/2011, attuativo della legge di contabilità n. 196/2009, impone il consolidamento dei conti per le Amministrazioni pubbliche non locali. Ai sensi dell'art. 18 comma 1 con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, di concerto con i Ministri interessati, ex art. 17 comma 3 della L. n. 400/1988, entro il 31 dicembre 2012 (a seguito di proroga ex art. 19 comma 1 lett. h) del d.l. 29 dicembre 2011 n. 216), è individuato uno schema tipo di bilancio consolidato delle amministrazioni pubbliche con le proprie aziende, società ed altri organismi controllati. Nel medesimo decreto sono stabiliti i tempi e le modalità per l'adozione dei bilanci consolidati e per la loro pubblicazione.

In parallelo si colloca la disciplina di cui al decreto legislativo n. 118 del 23 giugno 2011 (armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi) attuativo della legge delega sul c.d. "federalismo fiscale" n. 42/2009, che prevede l'adozione di uno schema comune di bilancio consolidato degli enti locali con le aziende, società e altri organismi controllati.

In relazione a quest'ultimo, la giurisprudenza contabile⁵, ha preso atto che il decreto legislativo attuativo in esame integra l'area del consolidamento con l'inserimento degli enti ed organismi strumentali di Regioni ed enti locali (art. 1 comma 4); ha, però, rilevato che si tratta di soggetti giuridici con connotati identificativi al momento dubbi (soprattutto con riferimento agli organismi societari che, ai sensi di quanto previsto dall'art. 11 comma 1, sembrerebbero rappresentare una categoria diversa), la cui tipologia deve essere definita da successivi decreti legislativi ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di armonizzazione⁶.

In conclusione, allo stato, le società *in house* che gestiscono il servizio idrico integrato non sono (ancora) assoggettate al patto di stabilità interno, fermo quanto illustrato in materia di consolidamento dei bilanci.

5. LA DISCIPLINA CONCRETA DELL'ASSOGGETTAMENTO DELLE SOCIETA' *IN HOUSE* E/O DELLE SOCIETA' MISTE AL PATTO DI STABILITA' INTERNO

Attesa l'attuale inefficacia dell'assoggettamento al patto di stabilità delle società *in house* (cfr. quesito sub 4), è conseguentemente assorbito il dubbio relativo alla modalità operative di siffatto adempimento.

⁵ SS.RR. in sede di controllo, audizione sullo schema di decreto legislativo n. 339 recante disposizioni per l'attuazione dell'art. 2, comma 2, lett. h della legge 5 maggio 2009 n. 42 e successive modificazioni - maggio 2011.

⁶ Più precisamente, ai sensi dell'art. 1 comma 4 con i decreti legislativi integrativi e correttivi "sono identificate le tipologie di soggetti giuridici che costituiscono enti ed organismi strumentali ai fini dell'applicazione delle presenti disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio". Il successivo art. 11 statuisce, peraltro, che Regioni ed enti locali "adottano comuni schemi di bilancio finanziari, economici e patrimoniali e comuni schemi di bilancio consolidato con i propri enti ed organismi strumentali, aziende, società controllate e partecipate e altri organismi controllati" (comma 1). La gradualità applicativa di tale previsione emerge dall'art. 36 comma 1 che prevede un periodo di sperimentazione con apposito d.p.c.m. da emanare entro 120 giorni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 118/2011, nelle more della definitiva disciplina posta dai decreti legislativi integrativi e correttivi, anche in ossequio al successivo art. 36 comma 5. Tale d.p.c.m. è stato emanato in data 28 dicembre 2011 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 304 del 31.12.2011.

6. LE REGOLE E LE MODALITA' PER IL RISPETTO DEL PATTO DI STABILITA' INTERNO DA PARTE DEGLI ENTI LOCALI IN RELAZIONE ALLE PROPRIE PARTECIPAZIONI SOCIETARIE

6.1. PREMESSA METODOLOGICA

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

Siffatto quesito si palesa, in realtà, piuttosto generico, non essendo evidentemente possibile – in via aprioristica ed astratta – individuare una sorta di onnicomprensivo “decalogo” in materia (peraltro, sulla base di quanto emerge dal quesito, il dubbio prescinde dallo specifico settore del servizio idrico).

D'altronde, appare arduo ricostruire nel dettaglio in questa sede consultiva eventuali fenomeni elusivi, a differenza di ciò che avviene a seguito di approfondite istruttorie sulla sana gestione finanziaria e contabile.

Peraltro il Collegio, in via meramente esemplificativa ed accedendo - per finalità collaborative - all'esplicita richiesta di individuazione, nel dettaglio ed in concreto, di siffatte “modalità e regole”, ritiene opportuno richiamare alcuni criteri interpretativi in materia di riflessi sul patto di stabilità interno dell'ente locale socio aventi ad oggetto particolari movimentazioni finanziarie intercorrenti tra quest'ultimo e l'organismo partecipato (emersi proprio in sede di esame di bilanci e rendiconti degli enti locali).

Sul punto, è ormai condivisa conclusione esegetica il fatto che le verifiche della Magistratura contabile in materia di patto di stabilità rivestano natura sostanziale e non solo formale, con la conseguente riqualificazione di incassi e pagamenti in base alla reale configurazione giuridica dei medesimi a prescindere dal *nomen iuris* (in merito al rapporto tra gli accertamenti delle sezioni regionali di controllo e le prerogative sanzionatorie delle sezioni giurisdizionali della medesima Corte ex d.l. n. 98/2011, si rinvia alla delibera della Sezione n. 510/2011).

Il principio fondamentale da cui muove il complesso della costruzione interpretativa è rappresentato dalla necessità che l'esternalizzazione (in punto *an* ed in punto *quomodo*) costituisca una scelta gestionale, subordinata alla preventiva valutazione del rapporto costi-benefici, in termini di miglioramento dell'efficienza, efficacia ed economicità, priva di qualsivoglia risvolto elusivo.

Analizzando in sede di controllo sui bilanci preventivi e consuntivi l'inquadramento sostanziale di alcune movimentazioni finanziarie formalmente classificate tra voci escluse dai saldi del patto, e ribadita la natura prettamente esemplificativa dei successivi richiami, sono dunque emerse criticità nelle seguenti ipotesi (non di rado anche in termini cumulativi):

- a) realizzazione di opere da parte dell'organismo partecipato per conto dell'ente locale;
- b) concessione di credito in favore dell'organismo partecipato e successive rinunzie da parte dell'ente locale;
- c) alienazioni immobiliari infragruppo.

6.2. REALIZZAZIONE DI OPERE PER CONTO DELL'ENTE LOCALE

In relazione al primo profilo, da tempo la giurisprudenza contabile segnala che il rapporto tra ente locale e società partecipate che operano con il meccanismo *in house* si presta a fenomeni elusivi laddove l'ente pubblico incarichi l'organismo partecipato di attivare investimenti o di svolgere servizi strumentali. *"Sono numerosissimi gli enti, anche con popolazione di poco superiore ai 5.000 abitanti, che hanno conferito la gestione di servizi manutentivi vari a società da loro appositamente costituite che, molte volte, sono in situazioni di perdita o, comunque, di debito verso l'ente costituente che, però, anche grazie alla dislocazione di attività all'esterno osserva il Patto"* (Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, rapporto sul coordinamento della finanza pubblica 2010).

In concreto, ne deriva che eventuali somme erogate dall'ente locale a siffatta società, ad esempio a titolo di concessione di credito, non possono comunque essere scomutate dai saldi del patto di stabilità del Comune, benché l'erogazione dei pagamenti delle opere pubbliche avvenga da parte della società interamente partecipata (cfr. altresì Corte Conti SS.RR. n. 49/2011).

Tale esegesi è stata recepita dal Ministero dell'Economia e delle Finanze che, nella circolare n. 11 del 6 aprile 2011, invita *"gli enti ad una corretta contabilizzazione delle concessioni e delle riscossioni di crediti evitando illegittime traslazioni di pagamenti a società esterne partecipate. Al riguardo si segnala che le verifiche della Corte dei Conti dirette ad accertare il rispetto del patto di stabilità interno possono estendersi all'esame di natura sostanziale delle risorse e delle spese escluse dai vincoli"*.

Né siffatta esclusione può essere frutto dell'allocazione dei pagamenti nei servizi per conto terzi (anch'essi non ricompresi nei saldi del patto di stabilità interno).

A questo proposito, recente giurisprudenza contabile – con riferimento ad ipotesi di esecuzione di opere pubbliche di interesse dell'ente locale da parte di società partecipate con ricorso all'indebitamento - ha rammentato che, ove il debito non figuri formalmente in capo all'ente locale, di fatto lo stesso può gravare sull'Amministrazione in virtù di specifici impegni contrattuali (es. fideiussione). Tale aspetto deve essere tenuto presente dall'ente locale socio ai fini di una corretta contabilizzazione delle somme relative alla fideiussione ed al pagamento degli oneri finanziari del mutuo, escludendosi senz'altro l'iscrizione nei servizi per conto terzi, da riservarsi alle tipologie di entrata e di spesa strettamente previste dall'ordinamento finanziario e contabile (Sez. reg. contr. Piemonte n. 114/2011).

6.3. AUTONOMA CONCESSIONE DI CREDITO DA PARTE DELL'ENTE LOCALE E SUCCESSIVA RINUNZIA

La concessione di credito in favore di società *in house* può assumere rilievo autonomo, sempre ai fini dei saldi del patto di stabilità, a prescindere dal pagamento di opere pubbliche (o del mutuo che la società ha contratto per finanziarle).

Orbene, la Sezione si è da tempo soffermata in relazione alla possibilità per un ente locale di concedere un prestito ad una società dallo stesso partecipata, comunque da destinarsi a spese di investimento di quest'ultima (sin dalla delibera n. 385/2009).

In questa sede, tralasciando i numerosi profili critici relativi alla legittimità della concessione di un credito ad una società partecipata, si tratta di valutare un diverso aspetto, ossia se le relative voci contabili rilevino ai fini del patto di stabilità.

Orbene, nel peculiare caso in cui la società destinataria delle somme sia *in house*, ad avviso del Collegio non rileva la formale presenza di due distinti soggetti giuridici, ma occorre analizzare il fenomeno anche in un'ottica sostanziale, alla luce della natura di delegazione interorganica di siffatto rapporto, anche al fine di impedire manovre elusive sui vincoli del patto di stabilità.

In altri termini, il finanziamento della società *in house* da parte dell'ente proprietario rappresenta esso stesso il chiaro sintomo dell'esistenza di un nesso funzionale tra società ed ente locale, il quale erogando il finanziamento si comporta come se stesse direttamente finanziando le proprie attività.

Ne deriva che, in linea di principio l'esclusione dei finanziamenti alle società *in house* (o più in generale alle società partecipate) dalle spese, rilevate per cassa, ai fini del saldo finanziario del patto di stabilità dell'ente locale socio, presuppone un rigoroso vaglio anti-elusivo, anche in un più esteso arco temporale: ad esempio, eventuali successive rinunzie al credito da parte dell'ente locale potrebbero (ri)qualificare l'erogazione in favore della società in termini di versamento c.d. "a fondo perduto" (rilevante ai fini del patto di stabilità interno).

6.3 ALIENAZIONI INFRAGRUPPO

Giungendo alla terza esemplificazione "critica" relativa a movimenti finanziari infragruppo rilevanti ai fini dei saldi del patto di stabilità, la Sezione ha più volte evidenziato le problematiche derivanti dal reperimento da parte di amministrazioni locali di plusvalenze immobiliari a seguito di alienazione di beni "infragruppo", cioè dall'ente locale ad organismi partecipati dall'Ente medesimo (cfr., da ultimo, del. n. 531/2011).

Infatti, in linea di principio destano perplessità, ai fini della corretta contabilizzazione tra i saldi del patto di stabilità, cessioni a titolo oneroso di patrimonio comunale ad organismi partecipati, laddove questi ultimi – privi di sufficienti risorse proprie - debbano necessariamente indebitarsi per reperire le relative fonti di finanziamento.

Tale ipotesi configura un improprio "collegamento negoziale" tra il contratto di vendita del patrimonio comunale all'organismo partecipato – di per sé legittimo - ed il negozio di mutuo attraverso cui l'organismo partecipato paga all'ente locale il prezzo di acquisto del bene dell'Ente socio.

Quest'ultimo consegue, in virtù della complessiva operazione "triangolare", una forma di finanziamento (solo formalmente) non classificabile come indebitamento in capo all'ente locale medesimo, realizzando un duplice effetto elusivo *contra legem* sotto il profilo giuscontabile. Attraverso lo schermo dell'organismo partecipato, da un lato, tale entrata sarebbe (solo apparentemente)

rilevante ai fini del rispetto del patto di stabilità e, dall'altro, l'ente locale finirebbe per "ribaltare" il proprio indebitamento sull'organismo partecipato.

Le suddette criticità emergerebbero in modo ancor più evidente laddove l'indebitamento assunto dall'organismo partecipato per acquisire immobili comunali fosse direttamente garantito dall'ente locale mediante fideiussione o lettera di *patronage forte*; *a fortiori*, nel caso in cui l'Amministrazione provvedesse a pagare le rate del mutuo avvalendosi della liquidità fornita dalle casse comunali sotto forma di erogazione di contributo in favore della partecipata, configurandosi una vera e propria "partita di giro" (Corte dei Conti, sez. Lombardia del. n. 459/2011).

B) LE SPESE DI PERSONALE

7. L'APPLICABILITA' ALLE SOCIETA' MISTE DELLA NORMATIVA SUI LIMITI DI SPESA PER IL PERSONALE: IL RAPPORTO TRA SPESE DI PERSONALE E SPESE CORRENTI

La Provincia di Varese chiede se gli obblighi di consolidamento *ex art.* 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011, convertito dalla l. n. 111/2011, trovino applicazione anche con riferimento alle società miste a prevalente partecipazione pubblica locale, che gestiscono un servizio pubblico locale a rilevanza economica (nel caso di specie il servizio idrico integrato), laddove il socio privato sia scelto mediante una procedura concorsuale rispettosa dei principi comunitari in tema di concorrenza e con attribuzione al medesimo socio privato di specifici compiti operativi relativi alla gestione del servizio affidato.

Orbene, l'art. 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011 (convertito dalla l. n. 111/2011), novellando l'art. 76 comma 7 del d.l. n. 112/2008, ha statuito che, ai fini del computo del rapporto percentuale tra spese di personale e spese correnti, *"si calcolano le spese sostenute anche dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica. La disposizione di cui al precedente periodo non si applica alle società quotate su mercati regolamentati"*.

La *quaestio iuris* oggetto del presente quesito può essere risolta, ad avviso del Collegio, nel senso della qualificazione "concorrenziale" dell'affidamento della gestione del servizio idrico ad una società mista, in cui il socio privato operativo è stato scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto", pur in mancanza di una seconda gara, come già illustrato in relazione alla latitudine dell'assoggettamento al patto di stabilità interno.

Ne consegue l'esclusione di siffatta società dall'obbligo di consolidamento ex art. 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011, in presenza dei requisiti diffusamente richiamati sub quesito n. 3 cui si effettua espresso rinvio.

8. L'APPLICABILITA' ALLE SOCIETA' MISTE DELLA NORMATIVA SUI LIMITI DI SPESA PER IL PERSONALE: L'ESTENSIONE DEI LIMITI E DEI DIVIETI ALLE ASSUNZIONI EX ART. 19 COMMA 1 DEL D.L. N. 78/2009

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

In via preliminare, il Collegio rammenta che la latitudine oggettiva degli organismi oggetto di divieti/limitazioni alle assunzioni ex art. 19 comma 1 del d.l. n. 78/2009 (*id est*, art. 18 comma 2 *bis* primo e secondo periodo) non è del tutto coincidente con quella delle società cui si estende il patto di stabilità interno ex art. 18 comma 2 *bis* terzo periodo, né con quelle oggetto di consolidamento ex art. 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011.

Infatti, l'art. 18 comma 2 *bis* primo e secondo periodo del d.l. n. 112/2008 statuisce che le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo affidatarie dirette di servizi pubblici locali senza gara ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica

inserite nel conto economico consolidato delle P.A. come individuate dall'Istat, ai sensi dell'art. 5 comma 1 legge n. 311 del 2004⁷:

a) sono vincolate al rispetto dei divieti e delle limitazioni alle assunzioni di personale in relazione al regime previsto per l'Amministrazione controllante;

b) devono adeguare le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le Amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali, delle altre voci di natura retributiva o indennitaria, e per le consulenze.

La Sezione evidenzia che tale disposizione contiene un *quid pluris*, ossia il seguente riferimento finale: "*inserite nel conto economico consolidato della P.A., come individuate dall'Istat, ai sensi del comma 5 dell'art. 1 della Legge n. 311/04*".

In ogni caso, per quanto concerne il presente quesito n. 8, riveste rilievo dirimente la più volte evidenziata natura concorrenziale propria dell'affidamento ad una società mista in cui il socio privato operativo è stato scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto" (in presenza dei requisiti diffusamente richiamati sub quesito n. 3), seppur in mancanza di una seconda gara.

Ne consegue l'esclusione di siffatta società mista che gestisce il servizio idrico, con socio privato operativo scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto", dall'alveo ex art. 19 comma 1 del d.l. n. 78/2009.

9. – 10. LA DISCIPLINA CONCRETA SUI LIMITI DI SPESA PER IL PERSONALE CON RIFERIMENTO ALLE SOCIETÀ PUBBLICHE *IN HOUSE* E MISTE *EX ART. 18 COMMA 2 BIS* DEL D.L. 112/2008: IL DUBBIO SULLA SUSSISTENZA DI UN AUTONOMO VINCOLO RELATIVO AL RAPPORTO TRA SPESA PER IL PERSONALE E SPESA CORRENTE CON RIFERIMENTO ALLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA LOCALE.

La Provincia di Varese si interroga sulla necessità di un'autonoma e concorrente verifica del rispetto del limite di incidenza percentuale delle spese di personale sulle spese correnti da parte di una società *in house* di gestione del servizio idrico. Il dubbio muove dalla necessità di applicare a quest'ultima (e non alla società mista a doppio oggetto, cfr. quesito n. 8) le disposizioni che, ai sensi dell'art. 19 comma 1 del d.l. n. 78/2009, stabiliscono in capo alle amministrazioni

⁷ La fonte normativa nazionale del c.d. "elenco ISTAT" è, attualmente, costituita dall'articolo 1 comma 3 della legge 31 dicembre 2009 n. 196.

di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 divieti o limitazioni alle assunzioni di personale in relazione al regime previsto per l'Amministrazione controllante.

Orbene, tale disposizione è attualmente vigente, anche perché espressamente fatta salva dall'art. 4 comma 17 del d.l. n. 138/2011, ai sensi del quale "*fermo restando quanto previsto dall'art. 18 comma 2 bis, primo e secondo periodo, del decreto legge n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 133/2008, e successive modificazioni, le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del decreto legislativo n. 165/2001*".

In via preliminare, per quanto concerne le restrizioni alle assunzioni derivanti dalla costituzione di una società *in house*, il Collegio non può che prendere atto del tenore delle disposizioni in materia di spesa di personale che, da un lato, impongono a Comuni e Province un obbligo di contenimento del relativo *trend* e, dall'altro, non tengono conto della latitudine delle funzioni esercitate dall'Amministrazione.

Ne deriva - sulla scorta di un'esegesi prettamente letterale - un'applicazione rigorosa delle norme che pongono agli enti locali vincoli alle assunzioni. In concreto, risulta ad esempio necessario computare, nell'alveo delle spese di personale di Comuni e Province *ex art. 1 co. 557 e co. 562 l. n. 296/2006*, anche gli oneri a tale titolo derivanti da nuove funzioni o da ulteriori servizi dell'Amministrazione, sia esercitate "in proprio" (si pensi alla reinternalizzazione *tout court* di attività), sia esercitate dal gruppo municipale con conseguente consolidamento *pro rata* delle spese di personale (ad es. nel caso di svolgimento di un'attività, affidata in precedenza a terzi, mediante una società *in house*, ovviamente nel rispetto della disciplina comunitaria e nazionale di affidamento del servizio).

Peraltro, quantomeno per la reinternalizzazione delle attività direttamente in capo all'ente locale e con esclusivo riferimento alle limitazioni in oggetto (cfr., in particolare, il tetto del 20% del *turn over* in termini di spesa), ad avviso del Collegio tale rigore applicativo potrebbe essere temperato dall'individuazione di una dotazione organica complessiva tra ente locale e società partecipata (Sez. Autonomie del. n. 12/2011). Detta operazione - che consente di valutare il rispetto dei vincoli finanziari e assunzionali sulla base del consolidamento delle voci di spesa

del personale e di una dotazione organica complessiva – naturalmente presuppone che – a seguito della esternalizzazione – sia stata ridotta o, comunque, sterilizzata la dotazione organica del personale dell'ente locale in misura omogenea alla riduzione delle funzioni esternalizzate (Sez. Lombardia del. n. 653/2011).

Giungendo all'assetto normativo "a regime" della società *in house* ed in particolare all'eventuale necessità di verificare, in via autonoma, in capo a quest'ultima il rapporto percentuale tra spese di personale e spese correnti alla luce dell'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008, il Collegio osserva quanto segue.

Al fine di dimostrare l'esistenza di un concorrente ed autonomo vincolo percentuale in capo alla società *in house* singolarmente intesa, risulterebbe necessario interpretare la disposizioni in oggetto nel senso di estendere direttamente alle società in questione le restrizioni in materia di assunzione di personale, in via indipendente rispetto all'ente locale che ne detiene il patrimonio o ne controlla l'operato (ovviamente adottandone il relativo regime normativo). In effetti, dal precetto secondo il quale le disposizioni che stabiliscono divieti o limitazioni alle assunzioni "si applicano" alle società partecipate sembrerebbe desumersi che tali società debbono garantire, "in proprio" il rispetto degli obblighi imposti all'ente locale controllante per poter assumere personale. Ad esempio, se l'amministrazione controllante è soggetta al patto di stabilità interno, in base a tale interpretazione la società controllata sarebbe tenuta alla riduzione progressiva della spesa di personale (con connesso contenimento del *turn-over*) nonché, in ogni caso, a garantire che quest'ultima incidenza sia inferiore al 50% delle spese correnti (cfr. l'art. 28 comma 11 *quater* del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito nella l. 22 dicembre 2011 n. 214, che ha elevato al 50% la precedente soglia del 40%). Altrimenti, la singola società partecipata incorrerebbe nel blocco totale delle assunzioni avendo violato un obbligo proprio, il cui contenuto sarebbe frutto del rinvio dinamico alla disciplina normativa dell'Amministrazione controllante.

Il Collegio segnala, però, in senso contrario che il recente quadro legale ha nettamente optato per il principio del consolidamento delle spese di personale e, più in generale, dei risultati economico/finanziari in capo al "gruppo municipale", nei contorni definiti (con disposizione settoriale) dal d.l. n. 98/2011 e (in via generale) dal d.lgs. n. 118/2011. In questa direzione appare, altresì, orientata

l'interpretazione delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti in sede nomofilattica (SS.RR. del. nn. 3 e 27 del 2011).

Tale inequivoca scelta legislativa si rivela oggi dirimente, al fine di orientare l'interprete nei casi dubbi in sede di interpretazione sistematica delle modalità applicative dei vincoli finanziari.

L'obbligo di consolidamento, quantomeno nei casi espressamente previsti da singole previsioni di legge tra cui il limite percentuale tra spesa di personale e spese correnti ex d.l. n. 98/2011, costituisce, dunque, un punto fermo (cfr., altresì, Sez. Autonomie delibera n. 14 del 28 dicembre 2011).

E' pur vero che, in linea teorica, non vi sarebbe un'aprioristica incompatibilità concettuale tra l'esistenza di un vincolo complessivo in capo al gruppo municipale e la presenza delle medesime limitazioni in capo ad alcuni (soltanto) degli organismi che ne fanno parte, nel caso di cui al presente quesito in capo alle tre tipologie di società ex art 18 co. 2 *bis* d.l. 112/2008. Ne potrebbe derivare un doppio vaglio sul rispetto del limite finanziario, prima in capo a tali singoli organismi e poi complessivamente in capo al gruppo municipale.

Peraltro, tale opzione appare al Collegio obiettivamente irragionevole.

In primo luogo, essa si rivela in palese contrasto con i canoni di autonomia organizzativa dell'ente locale e con la natura di principio tipica della potestà legislativa concorrente dello Stato nella materia del coordinamento della finanza pubblica (cui appartengono le disposizioni finanziarie in oggetto).

Inoltre, non sembra logico imporre un tetto specifico in capo alle tre tipologie di società partecipate in oggetto, e non invece in capo all'ente locale medesimo singolarmente inteso, in relazione al quale l'opzione del Legislatore in favore del consolidamento comporta la rilevanza della percentuale complessiva derivante dall'attività del "gruppo" in favore dell'Amministrazione controllante.

In altri termini, in relazione ad uno specifico vincolo di spesa, il consolidamento in capo al gruppo municipale, disposto dal Legislatore ex d.l. n. 98/2011, si rivela *ex se* alternativo rispetto al vaglio autonomo del rispetto del medesimo vincolo di spesa in capo alla singola partecipata facente parte del gruppo.

Ergo, ad avviso del Collegio questa ipotesi interpretativa non appare, attualmente, sostenibile.

D'altronde, recente giurisprudenza contabile ha individuato uno stretto raccordo tra l'art. 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011 e l'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008, verosimilmente anche in termini di omogeneità interpretativa (cfr. la delibera della Sezione Autonomie n. 14 del 28 dicembre 2011, secondo cui l'art. 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011 era stato "*preconizzato*" dall'art. 18 comma 2 *bis* del d.l. n. 112/2008).

Peraltro, in sede di esame sistematico dei vincoli di spesa in capo agli organismi partecipati, l'illustrata esegesi sembra coerente con il concorrente principio *ex art. 18 comma 2 bis*, per cui le società pubbliche in oggetto devono adeguare le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le Amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali, delle altre voci di natura retributiva o indennitaria, e per le consulenze. In altri termini, comunque si configura un generale obbligo di contenimento da parte della singola partecipata, riferito alle dinamiche retributive, indennitarie ed alle consulenze.

Il predetto generale obbligo di adeguamento delle politiche societarie in materia di personale alle disposizioni vigenti per i dipendenti pubblici è stato, successivamente, esplicitato *ex art. 9 comma 29 d.l. n. 78/2010*, oltre che per i citati profili retributivi ed indennitari di cui all'art. 18 comma 2 *bis* secondo periodo, anche per il reclutamento di personale. Infatti, ai sensi del citato art. 9 comma 29 d.l. n. 78/2010, "*le società non quotate, inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istat ai sensi del comma 3 dell'art. 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, adeguano le loro politiche assunzionali alle disposizioni previste nel presente articolo*".

Essendo, tra l'altro, due disposizioni riferite alle "politiche" e non a singoli atti gestori, la loro diretta applicabilità alle società pubbliche rientranti nei rispettivi alvei normativi non configura (in questo caso) un doppio vaglio del medesimo limite finanziario: trattasi, infatti, di disposizioni – certamente precettive – ma gravanti sugli atti di programmazione finanziaria dei singoli organismi che contribuiscono al rispetto complessivo dello specifico limite, di dettaglio, in capo all'ente locale socio.

Resta, ovviamente, ferma la generale portata anti-elusiva del divieto, a prescindere dalla natura dell'organismo partecipato, in caso di mancato rispetto del

patto di stabilità da parte dell'ente locale, di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che possano considerarsi elusivi del divieto di assunzione.

Ne deriva che, ai fini del quesito in oggetto relativo ad organismi partecipati di natura societaria, il vaglio del rispetto da parte dell'Amministrazione del limite percentuale di spesa di personale correlato alle spese correnti avviene in forma consolidata tra l'ente locale e la società *in house*. Si configura, dunque, un solo tetto complessivo delle spese di personale rispetto alle spese correnti pari al 50% (cfr. l'art. 28 comma 11 *quater* del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito nella l. 22 dicembre 2011 n. 214, che ha elevato al 50% la precedente soglia del 40%), da calcolare in capo all'ente locale in base alle attività del gruppo municipale ex d.l. n. 98/2011, senza che gravi un concorrente ed autonomo limite percentuale in capo alla società *in house* singolarmente intesa.

C) I LIMITI ALLA COSTITUZIONE DI SOCIETÀ DA PARTE DEGLI ENTI LOCALI

11. L'APPLICABILITÀ DEI LIMITI EX ART. 14 COMMA 32 DEL D.L. N. 78/2010 ALLE SOCIETÀ *IN HOUSE* O MISTE PER LA GESTIONE DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI A RILEVANZA ECONOMICA

In base al vigente quadro legale e giurisprudenziale, l'Amministrazione chiede se la gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica (appositamente disciplinato, da ultimo, ad opera dell'art. 4 comma 14 del decreto legge 13 agosto 2011 convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011 n. 148) rientri tra le cause di esclusione dall'applicazione della disciplina di cui al citato articolo 14 comma 32 del decreto legge n. 78/2010.

Come da tempo evidenziato dalla Sezione (cfr. del. n. 861/2010), sono esclusi dai limiti quantitativi/demografici i casi in cui il legislatore ha previsto che alcune attività e funzioni dei Comuni debbano essere svolte per il tramite della costituzione di specifiche società di capitali: trattandosi di disposizioni normative di carattere speciale, non risultano abrogate dal combinato disposto degli articoli 3 co. 27 della legge n. 244/2007 ed art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, ma continuano ad esplicare i loro effetti (in senso conforme, *ex pluribus*, cfr. Sez. reg. contr. Piemonte n. 92/2010 che propende per un'interpretazione restrittiva di tali fattispecie legali).

Orbene, sul punto il Collegio si limita a richiamare il consolidato orientamento della Sezione per cui la normativa nazionale sull'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica di cui alla citata disposizione, che ammette la possibilità di ricorso al modello della società *in house* e a quello della società mista, non rientra nel novero delle normative nazionali o regionali, che *"prevedono che specifiche attività debbano essere svolte per il tramite della partecipazione a società di capitali"* (cfr. del. n. 570 del 8 novembre 2011).

Tali conclusioni risultano avvalorate anche a seguito del d.l. n. 138/2011 convertito dalla legge n. 148/2011, in materia di affidamento di servizi pubblici a rilevanza economica.

Per quanto concerne il periodo transitorio e la progressiva scansione per la cessazione degli affidamenti incompatibili con il quadro normativo, l'art. 4 comma 32 del predetto d.l. n. 138/2011 fa espressamente salvo, nell'*incipit*, *"quanto previsto dall'articolo 14 comma 32 del decreto legge 31 maggio 2010 n. 78 convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010 n. 122, come modificato dall'art. 1 comma 117 della legge 13 dicembre 2010, n. 220, e successive modificazioni"*.

D'altronde, oltre all'ormai esplicito riferimento legale in un quadro di tendenziale disfavore del recente Legislatore nei confronti delle società a partecipazione pubblica, resta pregnante il criterio interpretativo di matrice teleologica che nega un rapporto di specialità tra le due normative, con conseguente applicazione "congiunta", in quanto operanti su piani diversi: l'una (art. 4 d.l. n. 138/2011) nell'ottica della legittimità degli affidamenti a tutela della concorrenza, l'altra (art. 14 comma 32 d.l. n. 78/2010) sotto il profilo della legittimità della partecipazione societaria in base alle dimensioni dell'ente e fatte salve – in virtù del principio di specialità - le sole attività per le quali il Legislatore ritenga necessario lo svolgimento mediante modulo societario (cfr. la delibera n. 861/2010).

Ne deriva che la gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica non rientra ex se tra le cause di esclusione dall'applicazione dei limiti quantitativi alle partecipazioni societarie di cui all'articolo 14 comma 32 del decreto legge n. 78/2010.

12. L'APPLICABILITÀ DEI LIMITI EX ART. 14 COMMA 32 DEL D.L. N. 78/2010 ALLE SOCIETÀ *IN HOUSE* O MISTE PER LA GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

La Provincia di Varese chiede se rientri fra le cause di esclusione dall'applicazione della disciplina di cui al citato art. 14 comma 32 del decreto legge n. 78/2010 la gestione del servizio idrico integrato.

Orbene, sulla scorta dei criteri ermeneutici in precedenza sviluppati, si tratta di verificare se la predetta attività debba essere necessariamente svolta dall'ente locale mediante modulo societario.

In mancanza di puntuale disciplina nazionale, l'interprete deve fare riferimento al (solo) ordinamento comunitario. Nell'ambito di quest'ultimo, ad un primo orientamento secondo cui la scelta di un ente pubblico in favore dell'autoproduzione deve ritenersi legittima in via di principio, come espressione di autonomia dell'ente stesso, si contrappone una seconda (minoritaria) opinione secondo cui sarebbe da ammettere solo come scelta eccezionale, nell'ipotesi di comprovata inadeguatezza dell'esternalizzazione in favore di imprenditori privati. In ogni caso, ai fini del quesito in oggetto il Collegio può prescindere in questa sede da tale approfondimento, essendo - in entrambi i casi - escluso che la c.d. autoproduzione rappresenti un modello normativamente imposto.

La Sezione ritiene, dunque, che – pur in assenza di una specifica normativa nazionale che disciplini le forme di affidamento del servizio idrico integrato – l'adozione da parte degli enti locali del modello della società *in house* o della società mista non possa considerarsi espunto dall'ambito di applicazione di cui all'articolo 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010.

Ne deriva la possibilità per un ente locale di costituire una società *in house* o mista, affidataria del servizio idrico integrato, nel rispetto dei predetti limiti quantitativi e presupposti: ad esempio, nel caso di comuni inferiori ai 30.000 abitanti, è possibile in presenza di una partecipazione paritetica o proporzionale al numero degli abitanti così da superare la soglia demografica dei 30.000 abitanti (cfr. la delib. della Sezione n. 524 del 17 ottobre 2011).

D'altronde, l'abrogazione referendaria non può coinvolgere disposizioni ulteriori di matrice prettamente giuscontabile, aventi una autonoma *ratio*, e che non sono state oggetto di *referendum* (per l'appunto l'art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010).

Da ultimo, il Collegio rammenta che l'art. 20 comma 13 del d.l. 6 luglio 2011 n. 98 convertito nella legge n. 111/2011 ha abrogato l'originaria previsione secondo cui con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, erano determinate le modalità attuative nonché ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione. Ne consegue l'immediata applicabilità dei limiti quantitativi ex l. n. 122/2010, in funzione delle soglie demografiche dell'ente locale, nel caso di assunzione di nuove partecipazioni da parte di quest'ultimo.

D) LE MODALITA' DI SVOLGIMENTO DELLA GARA C.D. "A DOPPIO OGGETTO"

13. – 14. LA NATURA DEGLI SPECIFICI COMPITI OPERATIVI PER LA GESTIONE DEL SERVIZIO AFFIDATI AL SOCIO OPERATIVO. LA REALIZZAZIONE DIRETTA DA PARTE DEL SOCIO OPERATIVO DEGLI INTERVENTI INFRASTRUTTURALI O LEGATI ALLA MANUTENZIONE STRAORDINARIA

Per quanto concerne le modalità di svolgimento della gara c.d. "a doppio oggetto", la Provincia di Varese si interroga sulla natura degli specifici compiti operativi relativi alla gestione del servizio che devono rientrare nella procedura concorsuale di gara per la scelta del socio di una società mista per un servizio pubblico locale a rilevanza economica. L'Amministrazione chiede – da ultimo - se nell'alveo dei predetti compiti operativi relativi alla gestione del servizio possa essere ricompresa la realizzazione diretta da parte del socio medesimo degli interventi infrastrutturali o legati alla manutenzione straordinaria, senza pertanto l'obbligo da parte della società mista di procedere a tali affidamenti mediante le procedure previste dal d.lgs. n. 163/2006.

Dall'esame della giurisprudenza emerge che l'affidamento ad una società mista in cui il socio privato operativo è scelto mediante gara "a doppio oggetto" appare legittimo, purché:

- a) la gara unica per la scelta del *partner* e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati");
- b) la selezione dell'offerta migliore sia rapportata non solo alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto;

c) il rapporto instaurando abbia durata predeterminata.

In sostanza, in linea di principio i compiti operativi relativi alla gestione del servizio che devono rientrare nella procedura concorsuale di gara per la scelta del socio operativo di una società mista per un servizio pubblico locale a rilevanza economica devono essere gli stessi oggetto del contratto di servizio con la predetta società mista. E' rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione, nel rispetto della vigente normativa a tutela della concorrenza, l'individuazione della latitudine dell'attività da conferire al socio privato operativo e delle modalità di svolgimento della procedura.

* * * * *

CONCLUSIONI

Per quanto concerne le forme di gestione del servizio idrico integrato, quale servizio pubblico a rilevanza economica, allo stato - in mancanza di una puntuale norma interna regolatrice della materia - trova immediata applicazione la disciplina comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in materia di gara ad evidenza pubblica, come precisato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia relativa all'ammissibilità del quesito referendario sull'art. 23 *bis* della l. n. 133/2008 (Corte Cost. sent. n. 24/2011, poi ribadita nella successiva sent. n. 320/2011 secondo cui l'abrogazione dell'art. 23 *bis* l. n. 133/2008 non ha comportato alcuna reviviscenza delle norme caducate da tale articolo).

Ferma tale premessa di sistema, il Collegio sintetizza le seguenti conclusioni in relazione ai 14 quesiti posti dalla Provincia di Varese.

- Le società *in house* affidatarie dirette della gestione del servizio idrico integrato sono escluse dall'ambito applicativo dell'art. 4 comma 14 della l. n. 148/2011. Cionondimeno, esse risultano, comunque, assoggettate al patto di stabilità interno in forza dell'autonoma e distinta previsione ex art. 18 comma 2 *bis*, ultimo periodo, del d.l. n. 112/2008, avente portata generale (richiamata, altresì, dalla sopracitata norma di settore ex art. 4 comma 14 l. n. 148/2011 sui servizi pubblici locali a rilevanza economica). Per completezza, si rammenta che, per quanto di rilievo in questa sede, tale disposizione presuppone l'affidamento diretto di servizi pubblici locali, a

prescindere dal fatto che l'ente affidante possa essere soggetto distinto dalle Amministrazioni locali socie.

- Una società mista per la gestione del servizio idrico integrato, con socio privato operativo scelto mediante gara c.d. "a doppio oggetto" nel rispetto dei presupposti enucleati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, è esclusa dall'ambito dell'art. 18 comma 2 *bis* ultimo periodo della l. n. 133/2008 per quanto concerne l'assoggettamento al patto di stabilità interno, pur in mancanza di una seconda gara per il conferimento del servizio, in quanto l'affidamento in favore di siffatta società riveste natura concorrenziale. Per la medesima ragione, essa è altresì esclusa sia dall'obbligo di consolidamento delle spese di personale *ex art.* 20 comma 9 del d.l. n. 98/2011, sia dai divieti e dalle limitazioni in materia di assunzioni *ex art.* 18 comma 2 *bis* primo e secondo periodo del d.l. n. 112/2008.
- In astratto, sussiste l'obbligo per gli enti locali di vigilare sull'osservanza del patto di stabilità interno da parte delle società controllate *ex art.* 18 comma 2 *bis*, ultimo periodo, del d.l. n. 112/2008, obbligo esplicitato nell'ultimo periodo del suddetto art. 4 comma 14 del d.l. n. 138/2011. Quest'ultima specifica disposizione riveste, infatti, natura meramente ricognitiva della copiosa giurisprudenza comunitaria in materia di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte della Pubblica Amministrazione, proprio nella parte in cui impone siffatto obbligo di vigilanza. In altri termini, laddove disposizioni di settore impongano vincoli e limiti a società *in house* (nel caso di specie l'assoggettamento al patto di stabilità interno), costituisce regola generale l'obbligo per le Amministrazioni socie di esercitare appieno le prerogative di controllo analogo, anche in forma congiunta, finalizzate ad assicurare il puntuale rispetto degli obblighi legali da parte della società. Sul punto è consolidata la giurisprudenza della Sezione (del. n. 350/2011).
- Fermi tali principi nell'assetto "a regime", allo stato non è attualmente operante l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *in house*, nelle more della compiuta attuazione del relativo obbligo normativo.

- Per quanto riguarda le modalità di gestione dei rapporti con le società partecipate, ai fini della corretta rappresentazione dei saldi del patto di stabilità interno, in via meramente esemplificativa ed alla luce delle verifiche effettuate su bilanci e rendiconti degli enti locali, la Sezione segnala alcune criticità aventi ad oggetto particolari movimentazioni finanziarie intercorrenti tra quest'ultimo e l'organismo partecipato, nei seguenti ambiti: a) realizzazione di opere per conto dell'ente locale; b) concessione di credito da parte dell'ente locale e successiva rinuncia; c) alienazioni immobiliari infragruppo.

- Ai fini della fattispecie in oggetto afferente organismi partecipati di natura societaria, il vaglio del rispetto da parte dell'Amministrazione del limite percentuale di spesa di personale correlato alle spese correnti avviene in forma consolidata tra l'ente locale e la società *in house*. Si configura, dunque, un solo tetto complessivo delle spese di personale rispetto alle spese correnti pari al 50% (cfr. l'art. 28 comma 11 *quater* del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito nella l. 22 dicembre 2011 n. 214, che ha elevato al 50% la precedente soglia del 40%), da calcolare in capo all'ente locale in base alle attività del gruppo municipale ex d.l. n. 98/2011, senza che gravi un concorrente ed autonomo limite percentuale in capo alla società *in house* singolarmente intesa.

- La gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica non rientra *ex se* tra le cause di esclusione dall'applicazione dei limiti quantitativi alle partecipazioni societarie di cui all'articolo 14 comma 32 del decreto legge n. 78/2010.

- La possibilità per un ente locale di costituire una società *in house* o mista affidataria del servizio idrico integrato deve avvenire nel rispetto dei limiti quantitativi e dei presupposti ex art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, già attualmente operanti.

- In linea di principio, i compiti operativi relativi alla gestione del servizio che devono rientrare nella procedura concorsuale di gara per la scelta del socio di una società mista per un servizio pubblico locale a rilevanza economica devono essere gli stessi oggetto del contratto di servizio con la società mista. In particolare, è necessario che: a) la gara unica per la scelta del *partner* e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati"); b) la selezione dell'offerta migliore sia rapportata non solo alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto; c) il rapporto instaurando abbia durata predeterminata. E' rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione, nel rispetto della vigente normativa a tutela della concorrenza, l'individuazione della latitudine dell'attività da conferire al socio privato operativo e delle modalità di svolgimento della procedura.

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'Estensore
(Dott. Alessandro Napoli)

Il Presidente
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il
19 gennaio 2012
Il Direttore della Segreteria
(Dott.ssa Daniela Parisini)