



REPUBBLICA ITALIANA

LA

CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL VENETO

Nell'adunanza del 5 luglio 2012, composta da:

Dott.ssa Enrica DEL VICARIO	Presidente
Dott.ssa Diana CALACIURA TRAINA	Consigliere
Dott. Giampiero PIZZICONI	Referendario
Dott. Tiziano TESSARO	Referendario, relatore
Dott. Francesco MAFFEI	Referendario
Dott.ssa Francesca DIMITA	Referendario

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

VISTO il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;

VISTO il Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti con il quale è stata istituita in ogni Regione ad autonomia ordinaria la Sezione regionale di controllo, deliberato dalle Sezioni Riunite in data 16 giugno 2000, modificato con le deliberazioni delle Sezioni Riunite n. 2 del 3.07.2003 e n.1 del 17.12.2004 e, da ultimo, con deliberazione del Consiglio di Presidenza n. 229 del 19.7.2008;

VISTA la legge 5 giugno 2003, n. 131 recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge cost.

18 ottobre 2001, n. 3", ed, in particolare, l'art. 7, comma 8°;

VISTI gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva approvati dalla Sezione delle Autonomie nell'adunanza del 27 aprile 2004, come modificata ed integrata dalla deliberazione n. 9/SEZAUT/2009/INPR del 3 luglio 2009 e dalla deliberazione n.54/CONTR del 17 novembre 2010 delle Sezioni Riunite in sede di controllo;

VISTA la richiesta di parere inoltrata dal Sindaco del Comune di Sarego (VI) n. prot. 5919 in data 2 maggio 2012, qui pervenuta il 4 maggio 2012 ed assunta al prot. CdC n. 2967;

VISTA l'ordinanza del Presidente di questa Sezione n. 34/2012 di convocazione della Sezione per l'odierna seduta;

UDITO il magistrato relatore Dott. Tiziano Tessaro;

FATTO

Il Comune di Sarego (Vi. ab. N. 6587), con la nota indicata in epigrafe, premette che: *"Questo Comune, insieme ad altri Comuni dell'area, fa parte di una s.r.l a totale partecipazione pubblica (per una popolazione complessiva superiore a 30.000 abitanti), la quale si configura come società in house; alla società è stato affidato il servizio pubblico locale a rilevanza economica "di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e altri servizi di igiene urbana", previa stipula di apposita convenzione di servizio. In base a detta convenzione la società predispone annualmente un tariffario generale e quindi un "piano finanziario" da proporre, per l'approvazione ai Comuni soci, i quali sono tenuti a trasferirle*

l'intero importo derivante dall'applicazione della TARSU, per far fronte ai costi della gestione dei servizi affidati.

La società svolge le seguenti ulteriori attività (tutte riconducibili alla descrizione, alquanto" ampia, dell'oggetto sociale contenuta nello statuto), in base ad apposite convenzioni sottoscritte coi singoli Comuni:

-per conto di tutti i soci, attività di liquidazione ed accertamento della TARSU, elaborazione moli ed aggiornamento delle banche dati;

-per conto di alcuni Comuni soci, servizi di pulizia degli immobili comunali.

La società ha, inoltre, affidato la concessione di costruzione e gestione di un impianto di biodigestione anaerobica per la trasformazione in energia elettrica della trazione organica rifiuti solidi urbani (FORSU), per un periodo di venti anni: all'impianto (non ancora ultimato) saranno conferiti rifiuti provenienti dai Comuni, soci ed anche da altri enti locali.

Va sottolineato che le attività sopra descritte non sono svolte dalla società con proprio personale e propri mezzi bensì mediante contratti di appalto e di collaborazione sottoscritti con altri "operatori economici. In particolare, il servizio pubblico di raccolta rifiuti è stato finora affidato dalla società ad imprese estere del settore, con regolari procedure di appalto ad evidenza pubblica espletate conformemente al D.Lgs. n, 163/2006 ss.mm.".

Premesso quanto sopra, il Comune di Sarego, chiede:

- a) *"in primo luogo, se ad avviso di codesta Corte possa (ri)qualificarsi come "strumentale" ai fini di cui all'art. 13 del D.L. n. 223/2006, convertito in Legge n. 248/2006 (c.d. decreto Bersani), la società in oggetto, in quanto operativa nell'espletamento di servizi "strumentali", destinati ai Comuni soci (piuttosto che alla generalità dei cittadini), a supporto alle attività amministrative di competenza dei Comuni stessi: servizi che comprendono la principale attività di stazione appaltante, direzione e controllo in relazione al servizio di raccolta rifiuti urbani nonché le ulteriori attività sopra menzionate;*
- b) *in secondo luogo, se, in sede di ricognizione della natura "strettamente necessaria" dei servizi svolti dalla società, rispetto alle finalità istituzionali del Comune, ai sensi dell'art. 3, comma 27, della Legge n. 244/2007, debba tenersi conto - ed in quale misura - delle disposizioni di settore che prefigurano l'organizzazione del servizio di raccolta rifiuti urbani a livello di "ambito territoriale", con conseguente sottrazione ai singoli Comuni dei relativi poteri (cfr. in particolare il disposto dell'art. 200 del D.Lgs. n. 152/2006, e successive modifiche);*
- c) *in terzo luogo, se si renda necessaria, ai fini della nuova qualificazione della società come strumentale, in base alle disposizioni legislative vigenti (cfr. la previsione di "oggetto sociale esclusivo" ex art. 13 DL Bersani e le relative*

interpretazioni giurisprudenziali), la modifica dello statuto sociale, nella parte relativa all'individuazione dell'oggetto sociale;

d) Infine, si chiede se ad avviso di codesta Corte:

- la società, in quanto incaricata come mera "stazione appaltante" del servizio di raccolta rifiuti urbani, possa ancora figurare come parte dei o nei ? contratti in precedenza stipulati nella qualità di gestore del servizio, o se invece i Comuni soci debbano subentrare pro quota nella titolarità dei rapporti obbligatori in essere;*
- la società, una volta che non sia più qualificata come gestore del servizio di raccolta rifiuti urbani, possa continuare a ricevere dai Comuni soci un corrispettivo di importo pari al gettito TARSU annuo o se, viceversa, debba percepire esclusivamente un corrispettivo dai Comuni per i servizi strumentali svolti per conto di questi ultimi".*

DIRITTO

La richiesta del Comune di Sarego è stata formulata ai sensi dell'art.7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n.131.

Preliminarmente, rispetto all'esame del merito del quesito, occorre verificare se, nella fattispecie, ricorrano i presupposti procedurali, soggettivi e oggettivi, necessari per l'ammissibilità della richiesta.

Dal punto di vista soggettivo, la richiesta stessa è ammissibile in

quanto sottoscritta dal Sindaco, organo politico di vertice e rappresentante legale dell'Ente (art.50 del TUEL).

Circa la sussistenza del presupposto oggettivo, si richiamano le deliberazioni del 27 aprile 2004 e n.5 del 10 marzo 2006 con le quali la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, ha adottato gli indirizzi ed i criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, affermando che, ai fini dell'ammissibilità della richiesta, accanto alle condizioni soggettive devono sussistere condizioni oggettive e, in particolare, l'attinenza con la materia della contabilità pubblica ed il carattere generale e astratto della questione sottostante il quesito, di guisa che il parere non vada ad incidere su specifiche fattispecie concrete in ordine alle quali potrebbero anche pronunciarsi, nell'ambito della loro competenza, altri organi magistratuali.

Gli indirizzi ed i criteri generali della Sezione delle Autonomie, approvati con le delibere su richiamate hanno circoscritto l'ambito oggettivo di nozione di contabilità pubblica "alla normativa ed ai relativi atti applicativi che disciplinano, in generale, l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, compresi, in particolare, la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria - contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione della spesa, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli".

L'ambito applicativo dell'attività consultiva è stato poi ulteriormente chiarito con la deliberazione 54/CONTR/2010 del 17

novembre 2010 delle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti che hanno delineato un concetto unitario della nozione di contabilità pubblica, riferito "al sistema di principi e norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici"; la predetta nozione è, comunque, da intendersi, "in continua evoluzione in relazione alle materie che incidono direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'Ente e sui pertinenti equilibri di bilancio".

Venendo al caso specifico, la Sezione ritiene che il parere richiesto dal Comune di Sarego non rivesta i requisiti di genericità ed astrattezza riguardando, con la formulazione dei quattro distinti aspetti, una problematica concreta e che le specifiche scelte gestionali elencate dal Comune in ordine alla costituzione ed alla permanenza di organismi societari rientrino, a pieno titolo, nella sfera decisionale dello stesso.

La Sezione osserva, comunque, che, nell'esercizio della propria discrezionalità, il Comune potrà avvalersi dei principi interpretativi che vengono, di seguito, indicati, ai fini collaborativi, nel presente parere.

E' da premettere che la qualificazione di un'attività e di una società come "strumentale" ai fini di cui all'art. 13 del D.L. n. 223/2006, convertito in Legge n. 248/2006 (c.d. decreto Bersani) deriva, secondo l'orientamento consolidato di questa Sezione, non già per effetto di una mera qualificazione da parte dell'ente quanto dalla presenza di taluni indici rivelatori di detta

caratteristica.

La giurisprudenza ha, al riguardo, sottolineato che la società strumentale, a capitale interamente pubblico o con quote di partecipazione di privati, è caratterizzata dall'essere stata costituita o partecipata dalle amministrazioni regionali o locali per la produzione di beni e servizi strumentali alle loro attività istituzionali, in presenza quindi di organismi che operano a supporto diretto ed immediato di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui gli enti locali di riferimento restano titolari per il perseguimento dei propri fini istituzionali (Tar.Lazio, sez. II, n. 5192/2007, Cons. Stato, V, 5 marzo 2010, n. 1282 e Cons. Stato, sez. V, 12.6.2009, n. 3766; Sezione regionale di controllo per il Veneto, delibera 5/2009/PAR).

In linea generale, tali società non svolgono quindi attività in favore della collettività, ma nei confronti dell'ente locale che le partecipa, al fine di coadiuvarlo nello svolgimento dei compiti e delle funzioni che istituzionalmente esso è chiamato a realizzare (Sezione regionale di controllo per il Veneto, delibera n. 324/2011).

L'attività delle società strumentali è stata notevolmente limitata dal citato art. 13 del D.L. n. 223/06, il quale ha imposto il cosiddetto obbligo di oggetto sociale esclusivo (Tar Lombardia, Brescia, 27 dicembre 2007, n. 1373). La norma ha stabilito il divieto, a pena di nullità dei contratti stipulati, di effettuare prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati sia

mediante in affidamento diretto, sia con gara, nonché il divieto di partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale (cfr Corte dei conti Sezione Lombardia delibere nn. 861/2010/PAR del 15 settembre 2010, 952/2010/PAR e 959/2010/PAR del 13 ottobre 2010); sezione Liguria (delibera n. 166/2010/PAR del 31 dicembre 2010), sezione Piemonte (delibera 92/2010/PAR del 17 dicembre 2010) e sezione Emilia Romagna (delibere nn. 4/2011/PAR del 17 febbraio 2011 e 30/2011/Par del 17 giugno 2011).

Trattasi, come la giurisprudenza ha già affermato, di disposizione dal carattere eccezionale che deve, quindi, essere interpretata in stretta aderenza al suo dato letterale e senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi in essa previsti (Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651; 7 luglio 2009, n. 4346; sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215). L'obiettivo della disposizione è chiaramente quello di rendere obbligatoria l'esclusività del rapporto fra l'ente locale e la società, impedendo che essa possa giovare della posizione di vantaggio goduta sugli altri operatori economici per porre in essere condotte contrarie ai principi della concorrenza (TAR Lombardia, Brescia sez. II, 27/5/2010 n. 2164; Consiglio di Stato, sez. IV, 29/12/2011, n. 6974). In altri termini, il divieto di fornire prestazioni a enti terzi colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, ma non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività

d'impresa di enti pubblici, essendo posto, come sancito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 328 del 2008, al fine di separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto che svolge attività amministrativa eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali essa possa godere in quanto pubblica amministrazione (Cons. Stato, V, n. 1651 del 2010 cit.).

Nel caso di specie, la recente giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare che la natura del servizio di gestione dei rifiuti assume è senz'altro quella di servizio pubblico locale di rilevanza economica (Consiglio di Stato, Sez. V, 3/5/2012 n. 2537); ciò in quanto lo stesso viene reso direttamente al singolo cittadino, senza intermediazione alcuna dal soggetto che lo eroga, e per il quale l'utente paga una tariffa, obbligatoria per legge, e di importo tale da coprire interamente il costo del servizio (cfr. D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 238, e prima, art. art. 49 D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22); e ciò anche quando l'Amministrazione - invece della concessione - pone in essere un contratto di appalto, (rapporto bilaterale, versamento di un importo da parte dell'Amministrazione) sempre che l'attività sia rivolta direttamente all'utenza - e non all'ente appaltante in funzione strumentale all'amministrazione - e l'utenza sia chiamata a pagare un compenso, o tariffa, per la fruizione del servizio (Consiglio di Stato, Sez. V, 3/5/2012 n. 2537).

3. Una volta chiarita la natura di servizio pubblico del servizio di

gestione dei rifiuti, le coordinate ermeneutiche che precedono consentono di esprimersi sugli ulteriori principi che vengono in rilievo sulla fattispecie.

Sotto il profilo considerato, è d'uopo tenere ben distinti, ad avviso della Sezione, due piani differenti dell'operazione ipotizzata: uno più generale (a sua volta distinto su un piano oggettivo e uno soggettivo) e uno più specifico (oggetto della risposta al quesito di cui alla lettera c).

Va premesso infatti, su un piano generale, che la prospettata intenzione di riqualificare la società come "strumentale", appare nettamente in contrasto con la disciplina generale (art. 4, d.l. n. 138/2011) e settoriale (d.lgs. n. 152/2006) vigente in materia. Secondo tale disciplina, allo scadere del 31 dicembre 2012 verranno meno per le società in house c.d. non conformi gli affidamenti in essere (salvo proroga tecnica della gestione fino al subentro del nuovo gestore): in guisa che la richiesta da parte del Comune diviene senz'altro un non consentito *escamotage* per cercare di preservare gli affidamenti in essere della gestione dei servizi di gestione dei rifiuti solidi urbani in capo all'attuale società in house. In conseguenza di ciò e degli obblighi normativi teste' ricordati, la riorganizzazione dovrà quindi implicare senz'altro la scelta del nuovo modello gestionale del servizio in questione secondo i dettami dell'art. 4 d.l. 138/2012, potendosi optare unicamente per le modalità della gara per l'esternalizzazione o della scelta del socio. Sul piano soggettivo,

posto quindi come detto che il servizio –che come detto è un servizio pubblico locale e non è quindi meramente strumentale- dovrà inderogabilmente essere riorganizzato secondo i nuovi modelli previsti dal citato art. 4, la competenza alla riorganizzazione del servizio farà necessariamente capo agli enti di gestione dell'ambito (e non ai comuni), come risulta anche dalle recenti modifiche introdotte dal decreto legge n. 83/ 2012 (art. 53,recante Modificazioni al decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138,convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148)e come, in fondo, è ben dimostrato dalla stessa richiesta del Comune, che non a caso alla lett. b), ricorda che, trattandosi di servizio da gestire a livello di ambito, i Comuni hanno perduto i relativi poteri di organizzazione.

In conclusione, con l'operazione in esame si andrebbe a eludere un preciso vincolo normativo relativo alla necessaria riorganizzazione su un piano oggettivo e soggettivo del servizio, ipotizzando una non consentita trasformazione dell'attuale società in house gestore in una società strumentale, la quale avrebbe come compito quello di affidare per conto dei comuni il servizio ad imprese idonee scelte con gara.

Quanto sopra consente anche di chiarire la sorte degli affidamenti in essere dei servizi di gestione dei rifiuti, i quali, per effetto di quanto sopra richiamato, andranno a decadere automaticamente, e con essi anche gli eventuali affidamenti effettuati dalla società con gara a imprese private.

La Sezione, in altri termini, non può che esprimersi negativamente sull'eventualità che la società, che è mera titolare delle funzioni di stazione appaltante per la selezione delle imprese idonee, possa essere riqualificata come strumentale ai fini della riorganizzazione del servizio di gestione dei rifiuti, trattandosi di una modalità non prevista dal legislatore; inoltre, l'affidamento in essere, se destinato a cessare, fa venir meno anche i contratti che la società ha stipulato con altri imprenditori per lo svolgimento dell'attività oggetto dell'affidamento stesso. Il che assorbe di per sé anche la risposta al quesito circa il compenso da corrispondere alla società e la determinazione del parametro del corrispettivo per eventuali servizi strumentali svolti per conto dei Comuni.

4. Quanto sin qui esposto consente di affrontare la problematica inerente la possibilità di operare, *ai fini della nuova qualificazione della società come strumentale, in base alle disposizioni legislative vigenti (cfr. la previsione di "oggetto sociale esclusivo" ex art. 13 DL Bersani e le relative interpretazioni giurisprudenziali), la modifica dello statuto sociale, nella parte relativa all'individuazione dell'oggetto sociale.* Solo una volta venuta meno –nei modi e termini di legge più sopra precisati- la gestione del servizio pubblico locale (ma solo in tal caso, come si preciserà oltre) da parte della società, la stessa potrà essere riqualificata come strumentale, al fine di svolgere attività per conto degli enti soci e sempre che sussistano le condizioni

previste dalla legge (in particolare, quelle previste dal d.l. Bersani, dalla L. n. 244/2007, dalle altre leggi di contenimento del ricorso agli enti locali al modello societario).

La Sezione richiama al riguardo in particolare il principio secondo il quale l'ambito di operatività delle società strumentali è necessariamente limitato e circoscritto allo svolgimento di attività in favore dell'ente locale che le ha costituite (sentenza Corte cost. 1 agosto 2008, n. 326), con l'applicazione dei limiti normativi per i comuni inferiori ai 30.000 abitanti (delibera di questa Sezione n. 324/2011) che devono dismettere le partecipazioni già in essere, con le regole e le eccezioni ivi indicate. La giurisprudenza di questa Sezione ha comunque avuto modo di precisare che *la società partecipata dall'ente locale non può essere affidataria (e soggetto gestore) di servizi pubblici locali e, insieme, di servizi strumentali, dovendosi separare necessariamente, dal punto di vista funzionale ed organizzativo, la gestione dei servizi pubblici locali e quella dei servizi strumentali(...), rimanendo precluso, infatti, in base alla previsione legislativa lo svolgimento di attività strumentali per il tramite di società che non siano ad oggetto esclusivo (non essendo quindi possibile che la stessa società che opera in house svolga per conto di uno o più enti attività strumentali e gestisca servizi pubblici locali)* (Sez. Veneto 74/2012).

Ciò richiede quindi e in ogni caso, com'è ovvio, una necessaria modifica dello statuto, con la precisazione dell'oggetto sociale,

che dovrà corrispondere alle attività concretamente affidate(cfr. al riguardo Consiglio di Stato, Sez. IV, 29/12/2011 n. 6974).

PQM

La Sezione regionale di controllo per il Veneto rende il parere nei termini suindicati.

Copia del parere sarà trasmessa, a cura del Direttore della Segreteria, al Sindaco di Sarego (VI).

Così deliberato in Venezia, nella Camera di Consiglio del 5 luglio 2012.

Il magistrato relatore

Il Presidente

f.to Dott. Tiziano Tessaro

f.to Dott.ssa Enrica Del Vicario

Depositato in Segreteria il 09.07.2012

IL DIRETTORE DI SEGRETARIA

(f.to Dott.ssa Raffaella Brandolese)