



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

composta dai magistrati:

dott.ssa Simonetta Rosa	Presidente
dott. Luigi Burti	Consigliere
dott.ssa Laura De Rentiis	Primo Referendario
dott. Donato Centrone	Primo Referendario (relatore)
dott. Paolo Bertozzi	Primo Referendario
dott. Cristian Pettinari	Referendario
dott. Giovanni Guida	Referendario
dott.ssa Sara Raffaella Molinaro	Referendario

nella camera di consiglio del 4 luglio 2017

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, modificata con le deliberazioni n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

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

Vista la nota del 1° giugno 2017 con la quale il Comune di Valbondione (BG) ha richiesto un parere nell'ambito delle funzioni consultive attribuite alle Sezioni regionali di questa Corte;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per la camera di consiglio;

Udito il relatore, dott. Donato Centrone

Premesso che

Il Sindaco del Comune di Valbondione (BG), con nota del 1° giugno 2017, ha formulato una richiesta di parere avente ad oggetto la costituzione di società. In particolare, premette che

l'ente locale ha realizzato una centralina idroelettrica in forza della concessione trentennale di derivazione di acque pubbliche superficiali per uso idroelettrico dal fiume Serio, regolarmente assentita dalle autorità competenti. Per la relativa gestione, il Comune è orientato alla costituzione di una società a responsabilità limitata, alla quale affidare la gestione della ridetta centralina. Tale modalità, tenuto conto delle limitate risorse del Comune, sarebbe la più rispondente all'interesse pubblico. L'istanza ricorda che, con parere n. 358 del 14 giugno 2011, la scrivente Sezione di controllo si era già espressa favorevolmente in merito alla possibilità di mantenere una società per l'esercizio di una centralina idroelettrica, che sfruttava una concessione di derivazione di acqua pubblica già nella titolarità del Comune. In base all'attuale art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016, prosegue l'istanza, *"le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali"*. La costituenda società *"in house"* avrebbe quale oggetto esclusivo la gestione della centrale idroelettrica. Il decreto correttivo del d.lgs. n. 175 del 2016 (al momento della formulazione della richiesta di parere non ancora pubblicato) prevede, tra l'altro, che l'art. 4, comma 7, del testo unico sia novellato nel senso di ammettere esplicitamente la partecipazione nelle società aventi per oggetto sociale la gestione di spazi fieristici, la realizzazione e gestione di impianti di trasporto a fune, nonché la produzione di energia da fonti rinnovabili. Alla luce di quanto esposto, il Comune chiede alla Sezione di esprimersi in merito al menzionato art. 4 del d.lgs. n. 175 del 2016, e, in particolare, se sia consentito ad un comune, titolare di una concessione di derivazione per uso idroelettrico, affidare la gestione della relativa centrale, situata nel proprio territorio, ad una società di capitali *"in house"*, specificatamente costituita ed integralmente partecipata.

In merito all'ammissibilità della richiesta

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge n. 131 del 2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

In relazione allo specifico quesito formulato dal Sindaco del Comune di Valbondione (BG), il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se la richiesta rientri nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7, comma 8, della legge 6 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 e dell'efficienza ed efficacia dell'azione 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 (si rinvia, per tutte, alla delibera della Sezione dell'11 febbraio 2009, n. 36).

Con specifico riferimento all'ambito di legittimazione soggettiva per l'attivazione di questa particolare forma di collaborazione, è ormai consolidato l'orientamento che vede, nel caso del comune, il Sindaco quale organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere, in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'Ente. Il presente presupposto sussiste nel quesito richiesto dal Sindaco del Comune di Valbondione, con nota del 1° giugno 2017.

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare come la disposizione, contenuta nel comma 8 dell'art. 7 della legge 131 attribuisca agli enti locali la 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. La Sezione delle Autonomie, nell'adunanza del 27 aprile 2004, ha fissato principi e modalità per l'esercizio dell'attività consultiva, modificati ed integrati con le successive delibere n. 5/AUT/2006 e n. 9/SEZAUT/2009. Ha precisato che la funzione consultiva non può intendersi come consulenza generale agli enti, ma va ristretta esclusivamente alla materia della contabilità pubblica, quindi ai bilanci, alle norme e principi che disciplinano la gestione finanziaria e del patrimonio, o comunque alla materia contabile.

In seguito, le Sezioni riunite della Corte dei conti, con una pronuncia di coordinamento, emanata ai sensi dell'art. 17, comma 31, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102 (delibera n. 54/CONTR del 17 novembre 2010), hanno nuovamente definito, esprimendo principi vincolanti per le Sezioni regionali, l'ampiezza della funzione consultiva attribuita dalla legge. In particolare, è stato affermato *"che non è da condividere qualsivoglia interpretazione dell'espressione "in materia di contabilità pubblica", che, vanificando lo stesso limite posto dal legislatore, conduca al risultato di estendere l'attività consultiva in discorso a tutti i settori dell'azione amministrativa, in tal guisa realizzando, perdipiù, l'inaccettabile risultato di immettere questa Corte nei processi decisionali degli Enti territoriali"*. Ma soprattutto, che non *"sono parimenti condivisibili linee interpretative che ricomprendano nel concetto di contabilità pubblica qualsivoglia attività degli Enti che abbia, comunque, riflessi di natura finanziaria, comportando, direttamente o indirettamente, una spesa, con susseguente fase contabile attinente all'amministrazione della stessa ed alle connesse scritture di bilancio"*. I riferiti principi di diritto sono stati ripresi, dalle medesime Sezioni riunite, nelle successive pronunce (si rinvia, per esempio, alle deliberazioni n. 60/CONTR del 7 dicembre 2010 e n. 1/CONTR del 13 gennaio 2011), nonché dalla Sezione delle autonomie nella deliberazione 3/QMIG del 19 febbraio 2014.

Pertanto, la richiesta di parere risulta ammissibile in quanto tesa ad ottenere indicazioni di carattere generale in ordine all'interpretazione di una norma (l'art. 4 del d.lgs. n. 175 del 2016) limitante la capacità di agire degli enti locali in materia costituzione e acquisizione di società, dettata a specifico fine di coordinamento della finanza pubblica, risulta ammissibile. Le Sezioni regionali, in maniera costante nel corso del tempo, si sono pronunciate, anche in sede

consultiva, sull'interpretazione dell'abrogato art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007, che conteneva analoga disposizione precettiva.

Considerato in diritto

In via preliminare, la scrivente Sezione precisa che il presente parere ha ad oggetto solo l'interpretazione dell'art. 4 del d.lgs. n. 175 del 2016, e le norme di legge a quest'ultimo strettamente connesse, in particolare in relazione alla peculiare attività che l'ente locale intende perseguire tramite la società (gestione di una centrale idroelettrica). Non vengono prese in esame le ulteriori regole derivanti sia dalla disciplina civilistica che, nello specifico, dalle altre disposizioni del d.lgs. n. 175 del 2016 (nonché da altre norme speciali eventualmente applicabili).

Nel merito, si ricorda, come fatto dal Comune istante, che questione analoga era già stata esaminata dalla Sezione nel parere n. 358/2011, reso nella vigenza dall'art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007 (abrogato dall'art. 28 del decreto legislativo n. 175 del 2016), in base al quale *"al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nè assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza"*.

Lo scopo dichiarato della descritta norma era quello di tutelare la concorrenza e il mercato. In altre parole, si voleva scongiurare che gli enti pubblici, attraverso la costituzione di società o l'assunzione di partecipazioni, potessero intervenire in settori nei quali il mercato può efficientemente operare. Si era evidenziato, inoltre, che i comuni e le province non possono svolgere attività commerciali, in quanto attività non coerente con la missione istituzionale stabilita dalla legge (in aderenza al principio posto dall'art. 97 della Costituzione).

In conformità a tale orientamento, la scrivente Sezione regionale ha da tempo rilevato che l'intervento diretto dell'ente locale nel settore dell'energia, in particolare se tramite una società partecipata, appare porsi in contrasto con i limiti, anche se elastici, posti al proprio ambito di azione (cfr. artt. 3 e 13 del d.lgs. n. 267 del 2000), nonché, potenzialmente, con quelle sul divieto di aiuti di stato contenute nel Trattato istitutivo dell'Unione europea (cfr. deliberazione n. 861/2010/PAR). Con la deliberazione n. 358/2011/PAR, citata dal Comune, la Sezione aveva, tuttavia, messo in luce come, nel caso di specie, la situazione fosse differente, posto che l'ente locale aveva ottenuto una *"concessione di derivazione di acqua potabile ad uso promiscuo (civile e per sfruttamento idroelettrico) ed era proprietario dell'impianto, realizzato ancor prima della costituenda società"*. Si tratta di una fattispecie che presenta caratteristiche peculiari, poiché lo strumento societario viene utilizzato dall'ente locale per lo svolgimento di un'attività che è diventata di sua pertinenza, a seguito dell'ottenimento di una concessione.

Tali conclusioni devono essere vagliate alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 175 del 2016, che ha abrogato art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007, ma ne ha ripreso la portata precettiva nell'art. 4, rubricato *"finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche"*. La norma dispone, al comma 1, che *"le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società"*. Come risulta evidente dal suo tenore letterale, la norma riprende, sostanzialmente, il contenuto dell'art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007, e, pertanto, sotto tale punto di vista, non paiono ravvisarsi elementi per discostarsi dalle conclusioni della citata deliberazione n. 358/2011/PAR.

Tuttavia, la novità del testo unico sulle società pubbliche è rappresentata dalle ulteriori disposizioni dell'art. 4, il cui secondo comma, in particolare, aggiunge, al limite generale del comma 1 (stretto ancoramento alle finalità istituzionali), un ulteriore vincolo all'oggetto sociale, in quanto ammette la costituzione (e la partecipazione) nelle sole società che svolgono *"esclusivamente"* le attività indicate dalle lettere *a), b), c), d), e)*. A tal proposito, vale la pena rammentare che la lettera *a)* ammette le attività diretta alla produzione di un servizio di interesse generale; la lettera *b)* quelle dirette alla progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni; la lettera *c)*, la realizzazione e gestione di un'opera o di un servizio pubblico attraverso un contratto di partenariato pubblico-privato (art. 180 del d.lgs. n. 50 del 2016); la lettera *d)* l'autoproduzione di beni o servizi strumentali agli enti o agli enti pubblici partecipanti; la lettera *e)* i servizi di committenza (art. 3, comma 1, lettera *a)*, del d.lgs. 50 del 2016).

Deve dunque vagliarsi se l'attività di gestione di una centrale idroelettrica possa essere ricondotto tra le attività che, a norma dell'esposto art. 4 del TU n. 175 del 2016, possono costituire l'oggetto sociale di società costituite o partecipate da enti locali (ed alle quali affidare *in house*, ai sensi degli artt. 5 e 192 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 16 del d.lgs. n. 175 del 2016, la gestione del servizio). In particolare, in disparte le ipotesi di cui alle lettere *b), c) d)* ed *e)*, che, all'evidenza, non attengono all'oggetto sociale della costituenda società, deve indagarsi se l'attività che il Comune si propone di svolgere attraverso la stessa possa rientrare nella nozione di servizio di interesse generale (economico). L'art. 2 del d.lgs. n. 175 del 2016, sintetizzando precedenti pronunciamenti della magistratura amministrativa, ha definito i *"servizi di interesse generale"* come quelle *"attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale"*. Questi ultimi, inoltre, sono definiti

come *“servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato”*.

Alla luce del quadro normativo statale vigente, la produzione di energia elettrica è attività libera, nel rispetto della regolamentazione di settore, a cui si accede in condizioni di uguaglianza, senza discriminazioni nelle modalità, condizioni e termini per il suo esercizio. La costruzione e l'esercizio di impianti per l'energia elettrica, infatti, costituiscono libere attività d'impresa soggette alla sola autorizzazione amministrativa. In altre parole, si tratta di un'attività economica non riservata agli enti locali (né ad altri enti pubblici), che, come tale, non rientra in maniera piana nella nozione di servizio di interesse generale, sebbene, come già visto, questi ultimi comprendano i *“servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato”*.

Dal nuovo contesto normativo emerge, infatti, che il legislatore, non ritenendo sufficiente il solo vincolo alle finalità istituzionali (art. 4, comma 1, che riproduce sostanzialmente l'art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007), non intenda più consentire la costituzione o la partecipazione di amministrazioni pubbliche in società che svolgono attività di impresa nel mercato, conclusione a cui la magistratura contabile era, peraltro, giunta anche nella vigenza del citato art. 3, comma 27 (cfr., per esempio, la deliberazione della Sezione n. 387/2015/PAR e, nella vigenza del testo unico sulle società pubbliche, deliberazione n. 398/2016/PAR). Già nella citata deliberazione n. 861/2010/PAR, la scrivente Sezione aveva posto in dubbio che l'attività di progettazione, sviluppo e realizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, quali impianti eolici, biomasse, fotovoltaici e pannelli solari, nonché la commercializzazione dell'energia elettrica prodotta, costituisca un bisogno della comunità locale non soddisfatto se non a seguito di un intervento diretto del comune. Nella stessa deliberazione si evidenziava come l'attività in discorso sembrava esulare dalle finalità proprie dell'ente territoriale, configurandosi come tipicamente commerciale, in quanto diretta alla produzione ed al commercio di un bene rispetto al quale gli enti locali non hanno alcun diritto di privativa.

La possibilità che gli enti territoriali possano procedere alla costituzione (o all'acquisto) di una società di capitali che abbia quale oggetto sociale la gestione di una centrale idroelettrica va valutata, pertanto, alla luce della definizione di servizio di interesse economico generale contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. h) e i), del d.lgs. n. 175 del 2016.

Il Comune, infatti, nella deliberazione di autorizzazione alla costituzione (o all'acquisto), deve motivare in modo analitico, come prescritto dall'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, sulla necessità della costituenda società per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (come imposto dall'art. 4, comma 1), evidenziando le ragioni che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria (sul divieto di acquisire partecipazioni in società in perdita strutturale può farsi rinvio alla recente deliberazione della Sezione Piemonte n. 48/2017/PAR), nonché sul rapporto costo/benefici fra la gestione diretta o

esternalizzata del servizio. La motivazione, inoltre, deve dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Nello specifico, per quanto riguarda la ricorrenza del presupposto dello specifico oggetto sociale prescritto dal combinato disposto dell'art. 4, comma 2, e dell'art. 2, comma 1, lett. h) ed i), del testo unico, la motivazione deve dimostrare che si tratta di attività di produzione e fornitura di un bene (ne caso di specie, l'energia elettrica) che, in relazione al territorio di riferimento, non sarebbe svolta dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbe espletata a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, e che il Comune, nell'ambito delle competenze attribuite dalla legge (cfr. art. 3 e 13 del d.lgs. n. 267 del 2000), assume come necessaria per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento.

Non sembra rilevare, a tal fine, la novella contenuta nel decreto legislativo n. 100 del 2017, correttivo del d.lgs. n. 175 del 2016, in cui si esplicita, tra l'altro, l'ammissibilità della costituzione o dell'acquisizione di società aventi per oggetto sociale prevalente la produzione di energia da fonti rinnovabili. La generale legittimazione espressa non esime, infatti, l'ente locale, anche per tale tipologia di società, dal motivare, come imposto dall'art. 5 del testo unico, circa la presenza, in concreto, dei presupposti e requisiti richiesti dall'art. 4, comma 2, e 2, comma 1, lett. h) e i), del d.lgs. n. 175 del 2016, in particolare che la produzione di energia da fonti rinnovabili costituisca, nel caso specifico dell'ente locale interessato alla costituzione o al mantenimento di una società, estrinsecazione di un servizio di interesse generale finalizzato alla soddisfazione dei bisogni della propria collettività di riferimento.

Spetta al Comune di Valbondione, sulla base della normativa esposta e dei principi espressi dalla giurisprudenza richiamata, nonché dal presente parere, valutare la fattispecie concreta al fine di addivenire al migliore esercizio del proprio potere di determinazione discrezionale in riferimento alla gestione della concessione di derivazione di acqua pubblica.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il magistrato relatore
(dott. Donato Centrone)

Il presidente
(dott.ssa Simonetta Rosa)

Depositata in segreteria
11 LUGLIO 2017
Il direttore della segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)