

CAMPANIA/2024/PASP



REPUBBLICA ITALIANA

La Corte dei conti

Sezione regionale di controllo per la Campania

composta dai Magistrati:

Massimo Gagliardi	Presidente
Alfredo Grasselli	Presidente Aggiunto
Emanuele Scatola	Primo Referendario (Relatore)
Domenico Cerqua	Primo Referendario
Stefania Calcari	Primo Referendario
Tommaso Martino	Primo Referendario
Giovanna Olivadese	Referendario

nella camera di consiglio del 29 agosto 2024

ha pronunciato la seguente

DELIBERAZIONE

Visto l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante *"Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali"* (nel prosieguo, per brevità, Tuel);

Visto il decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e, in particolare, il Titolo II della Parte Terza recante disciplina del *"Servizio Idrico Integrato"* (nel prosieguo, per brevità, anche SII);

Vista la legge regionale 2 dicembre 2015, n. 15 in materia di *"Riordino del servizio idrico integrato ed istituzione dell'Ente Idrico Campano"*;

Visto il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante *"Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"* (nel prosieguo, per brevità, Tusp);

Visto l'articolo 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118, recante *"Delega al governo in materia di servizi pubblici locali"*;

Visto il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, recante *"Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica"*;

Visto il decreto legislativo 2023, n. 36, recante *"Codice dei contratti pubblici"*;

Vista la nota prot. 16240 del 1° luglio 2024, acquisita in pari data al prot. SC CAM n. 4097 di questa Sezione, con la quale il Presidente e il Direttore Generale dell'Ente Idrico Campano hanno trasmesso a questa Sezione, ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP, la deliberazione del Comitato Esecutivo 19 giugno 2024, n. 30, avente ad oggetto *"Affidamento della gestione del servizio idrico integrato nell'Ambito Distrettuale Sannita. Azioni propedeutiche alla costituzione della società Sannio Acque s.r.l. Delibera Consiglio di Distretto Sannita 5 giugno 2024, n. 1"*.

Vista l'Ordinanza presidenziale n. 101/2024, con la quale è stata convocata l'odierna camera di consiglio, ai fini della trattazione in sede collegiale della presente questione;

Udito nella camera di consiglio del 29 agosto 2024 il Relatore, Primo Referendario Emanuele Scatola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'operazione societaria delineata dall'Ente Idrico Campano.

Come è noto, la legge regionale 2 dicembre 2015, n. 15 in materia di *"Riordino del servizio idrico integrato ed istituzione dell'Ente Idrico Campano"*, nel definire l'A.T.O. Unico Regionale, ha istituito l'Ente Idrico Campano (nel prosieguo, per brevità anche EIC) quale Ente di Governo dell'Ambito Territoriale Ottimale Regionale, ripartito in ambiti distrettuali ai fini gestionali, fra i quali è ricompreso l'Ambito Distrettuale San-nita, giusta deliberazione della Giunta Regionale della Campania n. 434 del 3/08/2022.

L'art. 13 della suddetta legge regionale n. 15/2015 istituisce, per ciascun Ambito Distrettuale, il Consiglio di Distretto, quale organo dell'EIC, i cui compiti sono individuati all'art. 14 della medesima legge regionale.

Ai sensi dell'art. 4 delle l.r. n. 15/2015, gli Enti Locali, attraverso l'Ente Idrico Campano, esercitano le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato, di scelta della forma di gestione, di determinazione e modulazione delle tariffe all'utenza, di affidamento della gestione e relativo controllo.

L'art. 149 *bis* del d. lgs. n. 152/2006 stabilisce che *"l'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica"*.

Ai sensi dell'art. 14, comma 1, lett. b), della l.r. n. 15/2015, ogni Consiglio di Distretto definisce *"la forma di gestione del servizio per la successiva approvazione da parte del Comitato esecutivo"*.

L'Ente Idrico Campano, con deliberazione del Comitato Esecutivo n. 47/2021, ha approvato il Piano d'Ambito Regionale di cui all'art. 16 della l.r. n. 15/2015, munito

della prescritta valutazione ambientale strategica ex artt. 11 e seguenti del d. lgs. n. 152/2006.

Nel frattempo, è intervenuto l'art. 14 del D.L. n. 115/2022 prevedendo che *"1. Gli enti di governo dell'ambito che non abbiano ancora provveduto all'affidamento del servizio idrico integrato in osservanza di quanto previsto dall'articolo 149-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, adottano gli atti di competenza entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. 2. Qualora l'ente di governo dell'ambito non provveda nei termini stabiliti agli adempimenti di cui al comma 1, il Presidente della regione esercita, dandone comunicazione al Ministro della transizione ecologica e all'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente, i poteri sostitutivi, ponendo le relative spese a carico dell'ente inadempiente, affidando il servizio idrico integrato entro sessanta giorni."*

Il Consiglio di Distretto Sannita, con Deliberazione 25 ottobre 2022, n. 1, ha deliberato il proprio indirizzo con specifico riferimento alla scelta della forma di gestione prevista da affidarsi ad una società a capitale misto pubblico/privato, quale soluzione in grado di contemperare l'interesse dei Comuni ad esercitare forme stringenti di controllo sulla società e sul servizio pubblico essenziale, con l'esigenza di disporre di capitali privati per la fase di *start up* del nuovo gestore e per la realizzazione degli interventi programmati, nonché del *know how* di un operatore industriale che abbia già maturato una significativa esperienza nel settore del servizio idrico integrato.

Con delibera 8 novembre 2022, n. 69, il Comitato Esecutivo dell'Ente Idrico Campano ha approvato la forma di gestione proposta dal Consiglio di Distretto Sannita.

Con delibera 20 dicembre 2023, n. 3, il Consiglio di Distretto Sannita, a seguito della conclusione della procedura di VAS, ha approvato il Piano d'Ambito Distrettuale *"Sannita"* costituito da:

- a. Ricognizione delle infrastrutture e degli impianti;
- b. Programma degli interventi;

c. Modello gestionale ed organizzativo;

d. Piano Economico Finanziario per la gestione sull'intero ambito distrettuale.

Con successiva deliberazione 22 dicembre 2023, n. 63, il Comitato Esecutivo dell'Ente Idrico Campano ha definitivamente approvato il Piano d'Ambito Distrettuale "*Sannita*".

Al fine di assicurare l'avvio delle procedure di gara per l'individuazione del socio privato, con deliberazione 20 dicembre 2023, n. 4 - successivamente ratificata dal Comitato Esecutivo con deliberazione 22 dicembre 2023, n. 64 - il Consiglio di Distretto Sannita ha approvato, unitamente agli allegati ivi richiamati, la Relazione illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dalla forma di affidamento pre-scelta richiamata all'art. 14, comma 3, del d. lgs. n. 201/2022.

Con successiva nota, in data 9 gennaio 2024, prot. n. 548, il Direttore Generale dell'Ente ha trasmesso ai competenti Uffici della Regione Campania la suddetta documentazione, al fine di consentire l'avvio delle procedure di gara.

La Direzione Generale Ciclo Integrato delle Acque e Rifiuti e Autorizzazioni Ambientali - con nota prot. n. 181277 del 10 aprile 2024 - a seguito delle interlocuzioni intervenute con l'Avvocatura regionale - ha trasmesso all'EIC lo schema di statuto della Società *Sannio Acque Srl*, adeguato ai rilievi della Corte dei Conti - Sezione regionale di controllo per la Campania, unitamente allo schema di patti parasociali, ai fini degli adempimenti relativi all'avviso di consultazione pubblica previsto dall'art. 5, comma 2, del Tusp.

Con la stessa nota la Direzione Generale, nel richiedere di valutare l'indispensabilità della pubblicazione dei patti parasociali nell'ambito della procedura di consultazione pubblica, ha comunicato all'EIC che, all'esito della medesima consultazione pubblica gli atti, dovranno essere riapprovati dai competenti organi dell'Ente con successiva trasmissione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, alla Corte dei Conti e ai Comuni dell'Ambito Distrettuale Sannita, nonché alla stessa Direzione Generale,

ai fini dei successivi adempimenti di competenza relativi all'esercizio dei poteri sostitutivi previsti dalla normativa vigente per l'affidamento del servizio idrico integrato nell'Ambito Distrettuale Sannita.

Con relazione istruttoria del 24 maggio 2024, il Direttore Generale dell'Ente Idrico Campano ha illustrato l'attività istruttoria svolta in ordine alle osservazioni pervenute, sottoponendo alla valutazione del Consiglio di Distretto alcune modifiche allo schema di Statuto e allo schema di Patti Parasociali.

Alla luce di tali premesse, il Comitato Esecutivo dell'Ente Idrico Campano, con atto n. 30 del 19 giugno 2024, ha deliberato di:

1. *" prendere atto della deliberazione 5 giugno 2024, n.1 adottata dal consiglio di Distretto Sannita avente ad oggetto "Affidamento del servizio idrico integrato. Azioni propedeutiche alla Costituzione della Società Sannio Acque Srl";*

2. *di confermare l'indirizzo stabilito dal Consiglio di Distretto con la deliberazione n. 1/2022 con riferimento alla scelta della forma di gestione prevista da affidarsi ad una società a capitale misto pubblico/privato, quale soluzione in grado di contemperare l'interesse dei Comuni ad esercitare forme stringenti di controllo sulla società e sul servizio pubblico essenziale, con l'esigenza di disporre di capitali privati per la fase di start up del nuovo gestore e per la realizzazione degli interventi programmati, nonché del know how di un operatore industriale che abbia già maturato una significativa esperienza nel settore del servizio idrico integrato;*

3. *di manifestare la volontà di procedere alla costituzione di una società mista pubblico/privata a prevalente capitale pubblico denominata Sannio Acque Srl;*

4. *di approvare, all'esito delle risultanze della consultazione pubblica, la relazione illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dalla forma di affidamento prescelta richiamata all'art. 14, comma 3 del D. Lgs. 201/2022, unitamente agli allegati ivi richiamati allegata alla presente deliberazione per formarne*

parte integrante e sostanziale, con particolare riferimento allo Schema di Statuto e Schema di patti parasociali della società denominata Sannio Acque Srl.

5. di trasmettere la presente deliberazione ai Comuni ricadenti nell'ambito distrettuale Sannita;

6. di trasmettere la presente deliberazione alla Sezione Regionale di Controllo della Campania della Corte dei Conti per il parere ex art. 5, comma 3 del D. Lgs. 175/2016 nonché all'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato;

7. all'esito del parere della Corte dei Conti, di invitare i comuni ricadenti nell'ambito distrettuale Sannita a procedere all'adozione degli atti consequenziali necessari alla costituzione della società mista pubblico/privata a prevalente capitale pubblico denominata Sannio Acque Srl;

8. di dare mandato agli uffici competenti per tutti gli atti consequenziali al presente dispositivo e per la sua pubblicazione all'Albo pretorio on line del sito internet dell'Ente Idrico Campano e nella sezione "Amministrazione Trasparente";

9. di dichiarare, con separata votazione, il presente atto immediatamente eseguibile ai sensi dell'art. 134, 4° comma del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267".

Nella nota di trasmissione a questa Sezione della deliberazione n. 30 del 19 giugno 2024 del Comitato Esecutivo dell'Ente Idrico Campano, il Presidente dell'Ente Idrico precisa che "in linea con quanto stabilito dall'art. 149 del d.lgs. 152/2006 e dall'art. 14, comma 1, lett. b) della predetta Legge Regionale n. 15/2015 il Consiglio di Distretto "Sannita", con deliberazione 25/10/2022, n. 1, ha scelto di adottare la forma di gestione mista pubblico/privata a prevalenza di capitale pubblico per l'affidamento del servizio idrico integrato nel proprio ambito distrettuale. La scelta della forma di gestione effettuata dal Consiglio di Distretto Sannita è stata successivamente approvata dal Comitato Esecutivo dell'Ente Idrico Campano con la deliberazione 8/11/2022, n. 69. Allo scopo di procedere all'attuazione di quanto stabilito dal Comitato Esecutivo dell'Ente, gli uffici dell'Ente Idrico Campano predisponavano la

relazione ex art. 14, comma 3 del d.lgs. 201/2022 contenente anche lo schema di Statuto della società mista denominata Sannio Acque Srl. Sulla base degli atti appena richiamati, alcuni comuni dell'ambito distrettuale Sannita adottavano le delibere di consiglio comunale tese a manifestare la volontà di acquisire quote di partecipazione nella predetta società Sannio Acque Srl, inviando a Codesta Sezione di Controllo le deliberazioni adottate in linea con quanto previsto dall'art. 5, comma 3 del d.lgs. 175/2016. Sulle predette deliberazioni di Consiglio Comunale, Codesta Sezione di Controllo, entro i 60 giorni previsti, ha espresso pareri non favorevoli evidenziando, per ciascuno di essi, elementi di criticità soprattutto sullo schema di Statuto. Con deliberazione 19 giugno 2024, n. 30, il Comitato Esecutivo dell'Ente Idrico Campano ha approvato un aggiornamento della relazione ex art. 14, comma 3 del d.lgs. 201/2022 a cui sono allegati lo schema di Statuto e lo schema di Patti Parasociali della società Sannio Acque Srl, aggiornati anch'essi, sia in considerazione delle prescrizioni ed osservazioni che Codesta Sezione Regionale aveva già evidenziato sulle deliberazioni all'epoca adottate dai singoli comuni ricadenti nell'ambito distrettuale Sannita, sia all'esito della consultazione pubblica effettuata ai sensi dell'art. 5, comma 2 del predetto d.lgs. 175/2016 che, per economia procedimentale, è stata effettuata direttamente dall'Ente Idrico Campano.

Tanto rappresentato, al fine anche di evitare aggravii procedimentali derivanti dall'esame delle diverse deliberazioni adottate da ogni singolo comune, peraltro tutte simili, al fine di consentire le attività previste dall'art. 5, comma 3 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, si trasmette la deliberazione 19 giugno 2024, n. 30 con la quale il Comitato Esecutivo dell'Ente Idrico Campano, in linea con le competenze assegnate dalla normativa vigente, ha deliberato la volontà di costituire la società mista a prevalente capitale pubblico denominata Sannio Acque Srl, a cui dovrà essere affidata la gestione del servizio idrico integrato dell'ambito distrettuale Sannita, i cui soci sono i comuni dell'ambito distrettuale Sannita per un quota complessiva pari al 55% del

Capitale Sociale e un soggetto privato per una quota del 45% da individuare con gara a doppio oggetto, secondo le ordinarie procedure previste dalla normativa vigente”.

DIRITTO

2. Il controllo della Corte dei conti ex art. 5, comma 3, TUSP.

L'art. 5, comma 3, del Tusp, come recentemente modificato dall'art. 11 comma 1, lett. a), della legge n. 118 del 2022 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*), prevede che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) sia trasmesso, dall'Amministrazione pubblica procedente (come definita dall'art. 2, comma 1, lett. a, 4 TUSP), alla Corte dei conti, che delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo articolo 5, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

La novella normativa precisa che, qualora la Corte dei conti non si pronunci entro il termine prescritto di sessanta giorni, l'Amministrazione possa procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione.

Il comma 4 dell'articolo in esame puntualizza che, in caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'Amministrazione pubblica interessata ritenga di procedere egualmente, la stessa è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere della magistratura contabile e a dare pubblicità, nel proprio sito *internet* istituzionale, a tali motivazioni.

La rivisitata funzione assegnata alla Corte dei conti è stata oggetto di recente esame da parte delle Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22 e n. 19/SSRRCO/QMIG/2022), che ne hanno individuato la *ratio* nell'esigenza di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della

scelta amministrativa, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato.

Come è noto, infatti, l'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario - sia in fase di creazione di un nuovo soggetto di diritto, sia in sede di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente - è un processo che si articola in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari ammessi dal TUSP; la seconda, avente rilevanza privatistica, è volta a tradurre in attuazione la determinazione assunta in via amministrativa, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione in via diretta o mediante aumento di capitale).

La funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca proprio nel passaggio tra le due fasi, con il chiaro intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'Amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato. Ciò *"in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili"* (Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22).

La verifica della Corte dei conti ex art. 5, comma 3, TUSP, interviene, pertanto, su un atto deliberativo che, per conseguire gli effetti finali cui è preordinato (*id est*: la costituzione di una società o l'acquisizione di una partecipazione societaria) necessita della stipulazione, a valle, dell'atto negoziale di costituzione o di acquisto. Prima di essere attuato con gli strumenti privatistici, tale atto deliberativo necessita del vaglio positivo della magistratura contabile, ovvero del decorso infruttuoso del termine assegnato per il controllo *de quo* (l'art. 5, comma 3, TUSP, prevede testualmente: *"qualora la Corte non si pronunci entro il termine"* di sessanta giorni dal ricevimento,

"l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo").

La funzione attribuita alla Corte dei conti nella materia *de qua*, trova collocazione, dunque, nel momento di passaggio tra le due fasi (pubblicistica e privatistica) che scandiscono, in chiave diacronica, il percorso di costituzione di una nuova società o dell'acquisizione di partecipazioni in realtà societarie esistenti da parte della pubblica amministrazione.

Ciò premesso, in termini generali, in ordine alla fisionomia della nuova forma di controllo coniata dal legislatore in materia di partecipazioni pubbliche, occorre ora soffermarsi sulla sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi che legittimano, nella fattispecie, l'intervento della magistratura contabile.

3. Legittimazione soggettiva e ambito oggettivo del controllo.

Nella fattispecie, il nodo preliminare da sciogliere consiste nella legittimazione soggettiva dell'Ente Idrico Campano ad attivare il controllo affidato alla magistratura contabile dall'art. 5, comma 3, Tusp sugli atti deliberativi di costituzione di una nuova società o di acquisizione di una partecipazione in una società già esistente.

Al riguardo, occorre soffermarsi sulla relazione che sussiste tra la scelta, effettuata a monte dall'Ente di governo dell'ambito, della forma di gestione del servizio a rete (art. 149-*bis* del d. lgs. n. 152/2006 e artt. 4 e 13 della legge regionale n. 15/2015) e gli atti adottati, a valle, dai singoli Comuni compresi nell'ambito territoriale interessato al fine di dare attuazione alla suddetta scelta gestionale.

Ai fini che rilevano in questa sede, il problema si pone nei casi in cui la forma di gestione deliberata dall'Ente di governo dell'ambito richieda la creazione di un organismo societario (società *in house* o società mista con socio privato individuato con c.d. gara a doppio oggetto), a cui partecipano i comuni compresi dell'ambito territoriale interessato, in quanto nell'ipotesi in cui la scelta consista nell'affidamento del

servizio a terzi mediante procedura competitiva di evidenza pubblica non si verifica il presupposto che attiva il controllo ex art. 5, comma 3, Tusp della Corte dei conti, ossia la creazione di una società.

In questi casi, l'attuazione della scelta gestionale compiuta dall'Ente di governo dell'ambito passa attraverso la creazione di un organismo societario da parte dei singoli Comuni compresi nell'ambito stesso.

Si verifica, dunque, una scissione tra l'ente che delibera la forma di gestione del servizio a rete e gli enti che partecipano alla creazione del nuovo soggetto societario affidatario del servizio, adottando gli atti amministrativi e negoziali preordinati alla costituzione della società in questione. Si tratta, in realtà, di una scissione più formale che sostanziale, in quanto, ai sensi dell'art. 147, comma 1, del d. lgs. n. 152/2006, *"gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito, individuato dalla competente regione per ciascun ambito territoriale ottimale"*.

Occorre stabilire, dunque, come questa peculiare fattispecie a formazione progressiva di creazione di un nuovo soggetto societario incida sulla sussistenza ed eventualmente sull'intensità del controllo affidato alla magistratura contabile dall'art. 5, comma 3, Tusp.

Giova premettere che il tema che è stato scrutinato più volte dalle Sezioni regionali di controllo di questa Corte, con esiti divergenti.

In particolare, l'attenzione della magistratura contabile si è appuntata sulla sussistenza, in questi casi, dell'onere di motivazione analitica di cui all'art. 5, comma 1, Tusp e sull'intensità del controllo esercitato dalla Corte dei conti, ai sensi dell'art. 5, comma 3, Tusp, su atti deliberativi adottati dai singoli comuni in attuazione di scelte gestionali assunte, a monte, dall'ente di governo dell'ambito.

Secondo un primo orientamento (Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione n. 34/2023/PASP), il caso in esame rientra nell'ambito

applicativo dell'eccezione all'onere di motivazione analitica prevista dall'art. 5, comma 1, del Tusp, che sottrae al predetto onere le ipotesi in cui *"la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative (...)"*.

Secondo la Sezione piemontese, l'inclusione della fattispecie nell'alveo della suddetta eccezione determina *"la conseguenza del venir meno dell'obbligo di motivazione analitica (...) e, quindi, del presupposto per procedere alla peculiare forma di controllo di cui all'art. 5, comma 3, del TUSP"*, in ragione della circostanza che la deliberazione inviata dall'amministrazione comunale *"non rientra nel perimetro della disposizione di cui al novellato art. 5, comma 3, d. lgs. n. 175/2016, in quanto ricompresa nelle eccezioni di cui al primo comma del medesimo articolo"*.

Muovendo da queste premesse, la Sezione piemontese si è pronunciata nel senso del *"non luogo a deliberare"*.

Anche la Sezione regionale di controllo molisana (deliberazione n. 17/2023/PASP) e quella siciliana (deliberazione n. 174/2023/PASP e n. 218/2023/PASP) hanno ritenuto *"integrata la specifica eccezione, di cui al primo alinea dell'articolo 5, comma 1, T.U.S.P., per cui l'atto deliberativo in esame, conforme ad espressa previsione di legge, non è soggetto all'obbligo di analitica motivazione (...) né, in una prospettiva ermeneutica di carattere letterale, sistematico e teleologico, alle previsioni di cui al comma 2"*.

Pur muovendo da premesse analoghe alla Sezione piemontese, le suddette pronunce hanno ritenuto che l'operatività dell'eccezione divisata dal comma 1 dell'art. 5 non escluda il controllo della magistratura contabile previsto dal comma 3 del medesimo art. 5 e si sono pronunciate nel merito.

Un indirizzo di segno diverso è emerso dalle pronunce di questa Sezione in tema di servizio idrico integrato (cfr., *ex multis*, deliberazione n. 112/2023/PASP).

Secondo l'orientamento di questa Sezione, infatti, con la disposizione testé citata, <<il legislatore ha inteso fare riferimento alle ipotesi, frequenti, in cui la società è istituita direttamente e unilateralmente dalla legge (come è avvenuto, ad esempio, con l'art. 7 del decreto-legge 15 aprile 2002, n. 63, convertito con modificazioni dalla legge 15 giugno 2002, n. 112, che ha istituito la Patrimonio dello Stato S.p.A.) e alle ipotesi di società a costituzione obbligatoria (ad esempio Infrastrutture S.p.A., prevista dall'art. 8 del suddetto decreto-legge). Nella prima ipotesi, la legge istituisce direttamente la società e, di regola, stabilisce la denominazione, la sede, l'oggetto sociale, il capitale sociale e l'attribuzione delle azioni. Nella seconda ipotesi, ossia quella delle società a costituzione obbligatoria, la legge non istituisce direttamente la società, ma ne prevede la costituzione, stabilendo la denominazione, la sede, l'oggetto sociale e il capitale iniziale. In questi casi, la circostanza che la società sia costituita ex lege giustifica l'esonero dall'obbligo di motivazione analitica, in quanto la scelta di costituire la società è effettuata direttamente dal legislatore. Gli atti amministrativi che si pongono a valle di questa scelta, in quanto meramente attuativi di disposizioni legislative, non necessitano di motivazione analitica. Di qui la ratio dell'eccezione contemplata dall'art. 5, comma 1, del TUSP. Ad avviso del Collegio, il riferimento a "esprese previsioni legislative" sta a significare che è la legge stessa (statale o regionale) che deve prevedere la costituzione di una determinata società. In assenza di tale previsione, non si configura una società costituita ex lege (...). L'art. 149-bis del d. lgs. n. 152/2006, lungi dal prevedere espressamente la costituzione di una determinata società, si limita a prevedere modalità alternative di gestione del servizio idrico, demandando all'ente di governo dell'ambito il compito di individuare quella più adatta alla realtà dei singoli ambiti (...). L'art. 14 del decreto di riordino dei SPL di rilevanza economica - con riferimento ai servizi a rete (art. 2, comma 1, lett. d), nei quali rientra anche il servizio idrico integrato - contempla tre modalità di gestione del servizio: affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica (art.

15); affidamento a società mista (art. 16); affidamento a società in house (art. 17). Dalla normativa richiamata emerge con nitore come la legge non preveda, nel caso di specie, la costituzione di una determinata società, ma si limiti a prevedere che gli enti locali, attraverso l'ente di governo dell'ambito a cui partecipano obbligatoriamente, scelgano la modalità di gestione del servizio de quo, provvedendo al suo affidamento. Sicché l'individuazione della modalità gestoria e del soggetto affidatario è demandata dalla legge (statale e regionale) a decisioni dell'Ente d'ambito e, quindi, ad atti di natura amministrativa dallo stesso adottati e non già ad "espresse previsioni legislative" come richiesto dal comma 1 dell'art. 5 richiamato>>.

Per le ragioni esposte, questa Sezione ha ritenuto che "la fattispecie in esame non rientra nell'ambito applicativo dell'eccezione divisata dal comma 1 dell'art. 5 del TUSP". Pertanto, sussiste l'onere di motivazione analitica previsto dalla predetta norma.

Ovviamente - trattandosi di una fattispecie peculiare, in cui la scelta della modalità di gestione è effettuata, a monte, dall'ente di governo - l'obbligo fissato dall'art. 5, comma 1, TUSP può essere assolto dal singolo Ente locale *per relationem*, richiamando cioè la deliberazione dell'Ente di governo, qualora quest'ultima contenga una effettiva motivazione analitica in ordine ai profili prescritti dall'art. 5, comma 1, del TUSP.

Di recente, in materia di servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, la Sezione regionale di controllo per la Liguria non ha preso posizione sull'applicabilità dell'eccezione all'onere di motivazione analitica di cui al comma 1 dell'art. 5 Tusp, ma ha ritenuto che, nei casi di cui si discorre, residuino "scarsi spazi di discrezionalità in capo al singolo ente partecipante" (deliberazione n. 8/2024/PASP; in termini analoghi, si è espressa la Sezione regionale di controllo per il Veneto, con deliberazione 206/2024/PASP). Tali Sezioni, dunque, si sono pronunciate nel merito dell'operazione

societaria tenendo, tuttavia, conto che gli spazi di discrezionalità del singolo ente partecipante sono erosi dalla scelta compiuta, a monte, dall'ente di governo.

È evidente che lo schema peculiare che caratterizza le scelte in punto di gestione dei servizi pubblici locali a rete (segnatamente, per quel che rileva in questa sede, del servizio idrico integrato) è stato oggetto di interpretazioni difformi da parte delle Sezioni regionali di controllo, difformità che meriterebbe un intervento nomofilattico chiarificatore.

Pronunciandosi con riferimento ad una fattispecie riguardante atti deliberativi aventi ad oggetto l'adesione di una pubblica amministrazione ad un Gruppo di azione locale (GAL), le Sezioni riunite in sede di controllo hanno chiarito, con deliberazione n. 43/SSRRCO/QMIG/2024, l'esatta portata dell'esclusione dall'onere di motivazione analitica prevista dall'art. 5, comma 1, Tusp, enunciando un criterio interpretativo che non può non valere anche nelle altre ipotesi.

Ciò esime questa Sezione dall'investire le Sezioni riunite, al fine di provocare una pronuncia nomofilattica sul punto.

Al riguardo, le Sezioni riunite hanno precisato che *<<il legislatore ha introdotto una clausola derogatoria per "i casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative" (art. 5, c. 1, primo periodo, TUSP). La norma, avente evidente portata eccezionale rispetto alla procedura ordinaria, va interpretata in modo non estensivo. Infatti, come già hanno avuto occasione di specificare queste Sezioni riunite (deliberazione n. 30 del 2023), il citato regime di esonero opera nei casi in cui sussista un intervento diretto del legislatore, teso a delineare o autorizzare espressamente una specifica operazione societaria. In primo luogo, milita in tale direzione il dato letterale del richiamato primo periodo dell'art. 5 TUSP, laddove, affinché possa escludersi l'applicazione dell'onere di analitica motivazione, è richiesta una esplicita connessione tra previsione legislativa e specifica operazione societaria da*

realizzare, sia essa di costituzione o di acquisto di partecipazioni (cfr. Sez. reg. contr. Toscana n. 153/2023/PASP). In secondo luogo, questa ricostruzione appare coerente con la ratio dell'assetto regolamentare degli atti deliberativi in ambito societario, già sopra richiamata; più in dettaglio, nei casi eccezionali in cui la scelta di compiere una determinata operazione societaria sia adottata o disciplinata dallo stesso legislatore, gli spazi di azione della pubblica amministrazione si riducono all'attuazione della volontà compendiata nell'atto primario. Da ciò consegue, coerentemente, che in tali fattispecie si giustifica un sostanziale affievolimento dell'onere di motivazione in merito ai presupposti giuridici ed economici per il ricorso allo strumento societario da parte dell'ente pubblico partecipante, essendo tali valutazioni già compiute a monte dal legislatore e potendo l'atto deliberativo limitarsi a dare conto della relativa conformità all'espressa previsione normativa a monte. Diversamente, deve ritenersi che non integrino il regime derogatorio di cui al citato art. 5, c. 1, TUSP gli interventi legislativi che si limitino ad attribuire alla pubblica amministrazione la facoltà di costituire società o acquisire partecipazioni in determinati ambiti settoriali. In questi casi, infatti, la previsione normativa non disciplina concrete operazioni societarie, ma, rimanendo sul piano generale ed astratto, individua alcune specifiche attività che possono essere svolte dalle amministrazioni con lo strumento societario, enucleando in modo più preciso le fattispecie già elencate all'art. 4, c. 2, TUSP o aggiungendone di ulteriori. Restano invece rimessi all'amministrazione, nel quadro della costruzione della concreta operazione prospettata, gli ulteriori profili di valutazione inerenti al vincolo generale di scopo ex art. 4, c. 1, TUSP, alle ragioni e finalità che giustificano tale scelta sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato e di compatibilità dell'intervento con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, oltre che con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese>>.

Le Sezioni riunite hanno accolto, pertanto, l'interpretazione dell'eccezione all'onere di motivazione analitica di cui all'art. 5, comma 1, primo periodo, TUSP, offerta da questa Sezione nella deliberazione n. 112/2023/PASP.

Secondo le Sezioni riunite, infatti, tale disposizione, *"avente evidente portata eccezionale rispetto alla procedura ordinaria, va interpretata in modo non estensivo"*.

Pertanto, il *"regime di esonero opera nei casi in cui sussista un intervento diretto del legislatore, teso a delineare o autorizzare espressamente una specifica operazione societaria"*, mentre *"deve ritenersi che non integrino il regime derogatorio di cui al citato art. 5, c. 1, TUSP gli interventi legislativi che si limitino ad attribuire alla pubblica amministrazione la facoltà di costituire società o acquisire partecipazioni in determinati ambiti settoriali, poiché, in questi casi, "la previsione normativa non disciplina concrete operazioni societarie, ma, rimanendo sul piano generale ed astratto, individua alcune specifiche attività che possono essere svolte dalle amministrazioni con lo strumento societario"*.

Alla luce della chiarezza dei passaggi motivazionali della suddetta pronuncia nomofilattica, si ritiene che nelle ipotesi in esame difettino i presupposti per applicare l'eccezione all'onere di motivazione analitica prevista dall'art. 5, comma 1, primo periodo, TUSP.

Ciò premesso, dalla rassegna degli orientamenti assunti dalle Sezioni regionali di controllo in materia di servizi a rete, prima dell'intervento nomofilattico di cui si è dato conto, emerge come la magistratura contabile si sia pronunciata su atti deliberativi di costituzione di soggetti societari trasmessi da singoli comuni partecipanti all'operazione societaria.

I casi esanimati, infatti, presentano un dato comune, consistente nella circostanza che si tratta di ipotesi in cui l'atto deliberativo oggetto di esame da parte della magistratura contabile è sempre un atto deliberativo adottato dall'organo consiliare del Comune destinato ad acquisire la qualità di socio della costituenda società.

Nel caso di specie, invece, ad effettuare la trasmissione è direttamente l'Ente di governo dell'ambito e l'atto oggetto di trasmissione è quello con cui l'Ente Idrico Campano ha deliberato la forma di gestione del servizio idrico integrato.

Ad avviso del Collegio, sussiste, pertanto, un profilo preliminare e assorbente da esaminare, che concerne la legittimazione soggettiva dell'Ente Idrico Campano, che delibera la forma di gestione del servizio idrico integrato (nel caso di specie, la scelta è caduta sul modello della società mista) ma non partecipa alla costituzione della società stessa, né assume la qualità di socio.

Viene, dunque, sottoposto al vaglio di questa Sezione, l'atto con cui l'Ente di governo ha deliberato la forma di gestione del servizio *de quo*, prima e a monte degli atti deliberativi di costituzione del nuovo soggetto societario adottati, a valle, dai singoli Comuni ricompresi nell'ambito territoriale interessato.

Occorre, pertanto, stabilire se il controllo preliminare della Corte dei conti ex art. 5, comma 3, Tusp, debba essere esercitato sull'atto con cui l'ente di governo dell'ambito delibera, a monte, la forma di gestione del servizio a rete ovvero - nei casi in cui la forma di gestione prescelta richieda la costituzione di un organismo societario - sugli atti deliberativi di costituzione della società adottati, a valle, dai singoli comuni inclusi nell'ambito territoriale interessato.

E' evidente, infatti, che nelle suddette ipotesi non cambia solo il soggetto tenuto alla trasmissione dell'atto (c.d. legittimazione soggettiva) - l'ente idrico in luogo dei singoli comuni - ma anche l'oggetto stesso del controllo, in quanto il parere della magistratura contabile verrebbe espresso sull'atto deliberativo della forma di gestione e non sull'atto amministrativo con cui l'organo consiliare del singolo comune partecipante all'operazione delibera la costituzione dell'ente societario.

La questione è stata, di recente, affrontata dalla Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, la quale ha ritenuto che *"in materia di gestione del Servizio Idrico Integrato, la norma di cui all'art. 5, c. 3, del D. Lgs. 175/2016 deve essere*

interpretata nel senso di ricondurre le relative prescrizioni in capo all'ente di governo d'ambito, il quale dovrà trasmettere l'atto deliberativo di assunzione di partecipazioni o di costituzione della nuova società alla competente Sezione della Corte dei conti. A supporto di tale interpretazione, sussistono anche ragioni di economia procedimentale. Difatti, in caso di costituzione o di assunzione di partecipazioni da parte di una pluralità di amministrazioni, dovrebbero essere sottoposte al vaglio della magistratura contabile le deliberazioni di ciascuno dei soggetti partecipanti alla compagine sociale, le quali, se trasmesse non contestualmente e/o con l'allegazione di differente documentazione, comporterebbero la necessità di altrettante istruttorie e di distinte pronunce per ciascuna di esse, con conseguente irragionevole aggravio dell'iter procedimentale". A tale argomento, la Sezione territoriale ha aggiunto quello secondo cui la legge istitutiva (L.R. n. 23/2011) dell'Agenzia Territoriale dell'Emilia-Romagna per i servizi idrici e i rifiuti (ATERSIR), all'art. 4, comma 3, prevede che le deliberazioni dell'Agenzia siano assunte dagli organi della stessa, senza necessità di deliberazioni preventive o successive da parte degli enti locali.

Alla luce di tali argomenti, la Sezione regionale per l'Emilia-Romagna ha concluso per l'inammissibilità soggettiva della richiesta di parere ex art. 5, comma 3, Tusp presentata dal singolo Comune (oltre a ravvisare profili di inammissibilità oggettiva, che non rilevano in questa sede).

Sembra profilarsi, dunque, un orientamento alla cui stregua la legittimazione soggettiva andrebbe riconosciuta, per ragioni di economia procedimentale, all'ente d'ambito, con conseguente inammissibilità soggettiva delle deliberazioni trasmesse dai singoli comuni partecipanti all'operazione societaria (v. anche, Sezione regionale di controllo per la Regione Sicilia, deliberazione n. 218/2023/PASP).

Il Collegio non condivide, tuttavia, tale orientamento per le ragioni di seguito esposte. Al riguardo, va considerato che il controllo sull'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione in una società già esistente è previsto

dal Tusp - segnatamente dall'art. 5, comma 3 - e si inserisce nel solco dei controlli affidati alla Corte dei conti sulle società pubbliche.

In particolare, il controllo in esame si inserisce nella fase genetica dell'operazione societaria, con il chiaro intento di sottoporre a scrutinio i suoi presupposti giuridici ed economici, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti di diritto privato. Secondo il tenore letterale dell'art. 5, comma 3, Tusp oggetto di trasmissione alla Corte dei conti è *"l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione"*.

È evidente, dunque, che il controllo intestato alla magistratura contabile riguarda l'ingresso di un'amministrazione in una compagine societaria (mediante costituzione di un nuovo soggetto o acquisizione di una partecipazione in un soggetto già esistente), con conseguente acquisto della qualità di socio.

In tal senso si sono pronunciate anche le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 19/SSRRCO/QMIG/2022), secondo le quali *"l'art. 5, comma 3, TUSP ha limitato, letteralmente, il proprio ambito oggettivo di applicazione ai soli due momenti (la costituzione di una società e l'acquisto di partecipazioni) in cui l'Amministrazione pubblica entra per la prima volta in relazione con una realtà societaria, nuova o già esistente, assumendo la qualifica di socio"*.

Nell'economia del ragionamento delle Sezioni riunite *"l'assunzione della qualità di socio segna, pertanto, la linea di confine per distinguere gli atti deliberativi da sottoporre all'esame della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP, e quelli invece esclusi o, meglio, per i quali la legge non ne impone la trasmissione"*.

Pur concernendo la suddetta pronuncia l'assoggettamento a controllo di operazioni societarie straordinarie, quali la sottoscrizione di aumenti di capitale che l'ente è chiamato ad approvare nella qualità di socio, la trasformazione fra tipi societari e la fusione, essa enuncia un principio applicabile anche al caso di specie: è l'assunzione della qualità di socio che individua gli atti deliberativi da sottoporre all'esame della

Corte e, quindi, i soggetti tenuti ad effettuare la trasmissione di tali atti, che attiva il controllo preliminare della magistratura contabile.

Sul piano giuridico, l'Ente Idrico Campano non partecipa alla costituzione del nuovo organismo societario e non acquista la qualità di socio nella costituenda società, ma si limita ad effettuare la scelta tra i modelli gestionali dei servizi a rete ammessi dalla legge, scelta che potrebbe anche non comportare la creazione di un nuovo organismo societario (come avviene nel caso in cui la scelta risieda nell'affidamento del servizio a terzi mediante procedura competitiva di evidenza pubblica). Saranno i singoli Comuni rientranti nell'ambito distrettuale Sannita a dover adottare i singoli atti amministrativi e negoziali finalizzati alla costituzione della società e all'acquisto della qualità di socio.

Il che vale ad escludere che il controllo ex art. 5, comma 3, Tusp, verta sull'atto con cui l'Ente d'ambito delibera la forma di gestione del servizio idrico.

Pertanto, stante l'attuale dato normativo e l'interpretazione che di tale normativa hanno offerto le Sezioni riunite, i singoli Comuni partecipanti alla costituzione della società non potrebbero ritenersi esonerati dall'onere di motivazione analitica e dall'obbligo di trasmissione alla Corte dei conti dell'atto deliberativo di costituzione del nuovo soggetto societario.

Eventuali ragioni di economia procedimentale non valgono ad obliterare il tenore letterale della norma, che identifica testualmente l'oggetto della trasmissione alla Corte dei conti nell'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta.

Un conto è sostenere che l'atto con cui l'Ente idrico effettua la scelta del modello gestionale possa integrare la motivazione dell'atto deliberativo adottato dal singolo Comune, rientrante nell'ambito interessato, altra cosa è ammettere una legittimazione soggettiva dell'Ente idrico che non sembra trovare riscontro nel dato normativo (art. 5, comma 3. Tusp), come interpretato anche dalla giurisprudenza contabile.

Del resto, questa Sezione ha già chiarito (deliberazione n. 112/2023/PASP) che - trattandosi di una fattispecie peculiare, in cui la scelta della modalità di gestione è effettuata, a monte, dall'ente di governo - l'onere di motivazione analitica fissato dall'art. 5, comma 1, TUSP, può essere assolto dal singolo Ente locale *per relationem*, richiamando cioè la deliberazione dell'Ente di governo, qualora quest'ultima contenga una effettiva motivazione analitica in ordine ai profili prescritti dall'art. 5, comma 1, del TUSP.

In conclusione, il dato letterale depone chiaramente nel senso che l'amministrazione tenuta alla trasmissione dell'atto deliberativo alla magistratura contabile, ai fini dell'instaurazione del controllo ex art. 5, comma 3, Tusp, sia quella destinata ad assumere la qualifica di socio nel nuovo organismo societario.

PQM

La Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Regione Campania:

- dichiara il non luogo a provvedere, ai sensi dell'art. 5, comma 3, Tusp, sulla deliberazione del Comitato Esecutivo dell'Ente Idrico Campano del 19 giugno 2024, n. 30, per le ragioni esposte in parte motiva;

- dispone, ai sensi dell'art. 5, comma 4, TUSP, la trasmissione della presente deliberazione, a cura della Segreteria, all'Ente Idrico Campano.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti di rito.

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 29 agosto 2024.

L'Estensore
(Emanuele Scatola)

Il Presidente
(Massimo Gagliardi)

Depositata in Segreteria il

Il Direttore della Segreteria
(Dott. Giuseppe Imposimato)