

**CAMPANIA/2023/PASP**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**La Corte dei conti**

**Sezione regionale di controllo per la Campania**

composta dai Magistrati:

Massimo Gagliardi

Presidente

Marco Catalano

Consigliere

Emanuele Scatola

Primo Referendario (Relatore)

**nella camera di consiglio del 1° febbraio 2023**

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

Vista la legge della Regione Campania 26 maggio 2016, n. 14, recante "*Norme di attuazione della disciplina europea e nazionale in materia di rifiuti e dell'economia circolare*";

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 del Presidente di questa Sezione n. 28/2021, prot. SC CAM n. 104 del 16 settembre 2021, con il quale sono state individuate le funzioni del Presidente Aggiunto;

Vista la nota prot. 2671/2022 del 16/12/2022, acquisita al prot. n. 9123 del 19/12/2022, con la quale il Presidente del Consiglio d'Ambito dell'EdA Caserta ha trasmesso a questa Sezione, ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP, la deliberazione del Consiglio d'Ambito n. 21 del 15-12-2022, relativa all'acquisizione di "*partecipazione sociale della GISEC S.P.A.*";

Vista la relazione del Magistrato istruttore prot. n. 472 del 20/01/2023, trasmessa a mezzo PEC all'Eda Caserta in pari data;

Vista l'istanza del 20/01/2023, con la quale il Magistrato istruttore ha chiesto il deferimento della presente questione all'esame collegiale;

Vista l'Ordinanza presidenziale n. 13/2023, con la quale è stata fissata la camera di consiglio del 25/01/2023, ai fini della trattazione in sede collegiale della presente questione;

Viste le memorie depositate dall'EdA Caserta in data 23 gennaio 2023, acquisite in pari data al protocollo di questa Sezione n. 497;

Viste le deduzioni del Presidente della Giunta Regionale della Campania prot. n. 2023-0001436/UDCP/GAB/GAB del 24/01/2023 U, trasmesse in data 24/01/2023 e acquisite in pari data al protocollo di questa Sezione n. 527;

Vista l'ordinanza istruttoria n. 2/2023 del 26/01/2023, con la quale il Collegio ha chiesto ulteriori chiarimenti all'Amministrazione;

Vista l'Ordinanza presidenziale n. 17/2023, con la quale è stata fissata l'odierna camera di consiglio, ai fini della trattazione in sede collegiale della presente questione;

Vista la nota prot. n. 129/2023 del 30/01/2023, acquisita al protocollo di questa Sezione n. 736 del 31/01/2023, con la quale l'Eda Caserta ha fornito riscontro agli incumbenti istruttori disposti con la suddetta ordinanza n. 2/2023;

Udito nella camera di consiglio del 1° febbraio 2023 il Relatore, Primo Referendario Emanuele Scatola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO**

### ***1. L'operazione societaria delineata dall'EDA Caserta.***

Con nota prot. 2671/2022 del 16-12-2022, acquisita al prot. n. 9123 del 19/12/2022, il Presidente del Consiglio d'Ambito dell'EDA Caserta ha trasmesso a questa Sezione, ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP, la deliberazione del Consiglio d'Ambito n. 21 del 15-12-2022, relativa all'acquisizione di "*partecipazione sociale della GISEC S.P.A.*", corredata dei seguenti allegati:

- 1) copia del parere di congruità reso dal Prof. Stefano Pozzoli;
- 2) copia della Relazione sul Governo Societario 2021 della Società GISEC S.p.A.;
- 3) bozza dello Statuto della Società GISEC S.P.A. con le modifiche da apportare;
- 4) copia del parere del Collegio dei Revisori dei Conti dell'EdA Caserta sulla proposta di "*acquisto della partecipazione sociale della GISEC S.p.A.*";
- 5) copia dello Statuto dell'Ente d'Ambito (EdA) "Caserta".

Segnatamente, con la deliberazione n. 21 del 15.12.2022, il Consiglio d'Ambito dell'EdA Caserta ha stabilito di procedere, al prezzo di € 120.243,45, all'acquisto della partecipazione sociale di maggioranza (51%) detenuta dalla Provincia di Caserta nella Società GISEC S.p.A., finalizzata all'affidamento *in house* a tale Società - previa stipulazione di apposito contratto di servizio - di un segmento funzionale del ciclo integrato dei rifiuti, ossia il trattamento intermedio del Rifiuto Urbano Indifferenziato (CER 20.03.01) prodotto dai Comuni dell'ATO Caserta.

Dalla documentazione versata in atti è possibile ricostruire la vicenda in esame nei termini di seguito esposti.

Con riferimento all'Amministrazione che intende acquisire la partecipazione sociale (l'EdA Caserta), occorre premettere quanto segue.

Gli enti di governo dell'ambito sono soggetti individuati dalle Regioni per ciascun Ambito Territoriale Ottimale (ATO), ai quali partecipano obbligatoriamente tutti i comuni ricadenti nell'ATO e ai quali è trasferito l'esercizio delle competenze dei comuni stessi in materia di gestione dei servizi pubblici locali.

Per l'esercizio associato delle funzioni relative al servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte dei Comuni campani, la Legge della Regione Campania n. 14 del 26.05.2016 (recante "*Norme di attuazione della disciplina europea e nazionale in materia di rifiuti e dell'economia circolare*") ha ripartito il territorio regionale in Ambiti territoriali ottimali (ATO).

Segnatamente, per quel che rileva in questa sede, l'art. 23 (rubricato "*Articolazione in ambiti territoriali ottimali regionali - ATO*"), comma 1, lett. f) della predetta L.R. n. 14/2016 ha istituito l'Ambito territoriale ottimale (ATO) Caserta per l'esercizio associato delle funzioni relative al servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte dei Comuni della Provincia di Caserta, al quale partecipano obbligatoriamente tutti i Comuni ricompresi nel predetto ATO.

L'art. 25 (intitolato "Ente d'Ambito") della L.R. n. 14/2016 stabilisce, al comma 3, che *"il soggetto di governo di ciascun ATO è l'Ente d'ambito (EdA)"; il successivo comma 4 precisa che "l'EdA ha personalità giuridica di diritto pubblico ed è dotato di autonomia organizzativa, amministrativa e contabile"*.

Il comma 1 del citato art. 25 prevede l'obbligo dei Comuni della Campania *"di aderire all'Ente d'Ambito territoriale (EdA) in cui ricade il rispettivo territorio per l'esercizio in forma associata delle funzioni in materia di gestione del ciclo dei rifiuti, in conformità a quanto disciplinato dalla presente legge"* (e dal decreto legislativo n. 152/2006).

Per la Provincia di Caserta, l'art. 25, comma 3, lett. f) ha istituito l'Ente d'Ambito per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani "ATO CASERTA" (per brevità, EdA Caserta). Pertanto, l'EdA Caserta è un ente a partecipazione obbligatoria, rappresentativo dei Comuni ricompresi nell'Ambito Territoriale Ottimale "Caserta".

L'art. 5, comma 2, dello Statuto dell'EDA Caserta prevede che, *"fatto salvo quanto previsto dalla L.R. n. 14/2016, all'Ente d'Ambito si applicano le disposizioni di cui al titolo IV della parte I e quelle di cui ai Titoli I, II, III, IV, V, VI e VII della parte II del Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali)"*.

L'art. 20 dello Statuto dell'EdA (rubricato "Controllo delle gestioni in house") prevede: *"1. L'eventuale affidamento in house della gestione del servizio rifiuti presuppone l'esercizio di un controllo sul soggetto gestore da parte dell'Ente d'Ambito analogo a quello che l'EdA esercita sui propri servizi. 2. Per tali finalità, ed avuto riguardo ai principi consolidati nella normativa e nella giurisprudenza di settore, il Direttore Generale predispone e sottopone all'approvazione del Consiglio d'Ambito un apposito Regolamento di disciplina del controllo sull'attività del soggetto gestore dei rifiuti"*.

Con riferimento alla Società nella quale l'EdA Caserta intende acquisire una partecipazione societaria, si osserva quanto segue.

La GISEC S.p.A. (*Gestione Impianti e Servizi Ecologici Casertani*) è una società di capitali a totale partecipazione pubblica, con sede in Caserta, costituita in data 04/08/2009 dall'Ente Provincia di Caserta, suo socio unico, ai sensi dell'articolo 20 della L.R. n. 4/2007, così come modificata dalla L.R. n. 4/2008, con l'obiettivo di gestire il ciclo integrato dei rifiuti nella provincia di Caserta. Dunque, il Socio Unico della GISEC S.p.A. è la Provincia di Caserta.

A tale Società, la Provincia di Caserta ha affidato il servizio di gestione del ciclo integrato dei rifiuti e delle relative infrastrutture, site nel perimetro territoriale della Provincia stessa, tra cui l'impianto TMB di Santa Maria Capua Vetere, n. 6 discariche cc.dd. "post mortem" e n. 6 siti di stoccaggio ecoballe.

Nella nota di trasmissione della deliberazione n. 21 del 15.12.2022 oggetto del presente controllo, il Presidente del Consiglio d'Ambito dell'EdA Caserta ha rappresentato che *"a seguito dell'entrata in vigore della Legge Regionale della Campania 26 maggio 2016, n. 14 (...), con la definizione degli Ambiti Territoriali Ottimali (ATO) per l'esercizio associato delle funzioni relative al servizio di gestione integrato dei rifiuti da parte dei Comuni (art. 23 L.R.C. cit.) e l'istituzione degli Enti d'Ambito Territoriali (EDA), soggetti di governo di ciascun ATO, aventi personalità giuridica di diritto pubblico e dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e contabile (art. 25 L.R.C. cit.), sono mutate le funzioni amministrative in tema di gestione dei rifiuti urbani"*.

In particolare, il Presidente segnala che *"è stata superata la disciplina di cui al D.L. 30 dicembre 2009, n.195, convertito nella L. 26 febbraio 2010, n. 26, con il quale, nel chiudere lo stato emergenziale dei rifiuti in Regione Campania, veniva stabilito il subentro delle Amministrazioni Provinciali nei contratti in corso per le attività di raccolta, trasporto, trattamento, smaltimento e recupero dei rifiuti, anche per il tramite delle relative società ad integrale partecipazione pubblica (così l'art. 11, comma 2); infatti, con la L.R. Campania citata si è attualmente determinata, come in parte già avvenuto con l'avvento della legge 7 aprile 2014, n. 56 (cd. "legge Del Rio"), una*

*sottrazione delle competenze dirette delle Province in tema di ciclo dei rifiuti. Invero, gli artt. 9 e 10 della L.R Campania n. 14/2016 individuano solo nella Regione e nei Comuni i soggetti aventi competenze in tema di ciclo dei rifiuti, escludendo dunque le Province, mentre l'art. 26, co.1, lett. c) dispone che l'Ente d'Ambito "individua il soggetto gestore del servizio di gestione integrata dei rifiuti all'interno dell'ATO o di ciascun Sub Ambito Distrettuale e affida il servizio, ai sensi dell'art. 202 del decreto legislativo 152/2006" e l'art. 29, comma 1, lett. b) prevede che il Consiglio d'Ambito dell'Ente "approva le forme di gestione del servizio nell'ATO o nei SAD nei quali lo stesso si articola, compreso il subentro nella gestione degli impianti e servizi già espletati dalle società provinciali, garantendo (...) la continuità occupazionale del personale addetto (...)>>.*

*Dalla deliberazione n. 21 del 15.12.2022 emerge che <<la Provincia di Caserta, a fronte di siffatta innovazione legislativa, con la quale è stata privata delle previgenti funzioni in materia di rifiuti ed obbligata, ex art. 24 TUSP, alla revisione delle proprie partecipazioni societarie, alla luce del divieto di mantenerle "in società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali" (art. 4, comma 1, T.U.S.P. cit.), con la Deliberazione consiliare n. 12 del 31.05.2022 ha deliberato il mantenimento della partecipazione societaria fino al completamento delle procedure di effettivo subentro del nuovo soggetto gestore, così come previsto dall'art. 40, comma 3, della legge regionale Campania n. 14/2016>>.*

*L'EdA Caserta, alla luce delle proprie finalità istituzionali previste dalla Legge Regione Campania n. 14/2016 e dallo Statuto, con nota prot. n. 431/2021 del 15.02.2021, "ha chiesto alla Provincia di Caserta di comunicare la disponibilità e le condizioni per la cessione delle quote eventualmente disponibili di GISEC S.p.A. ".*

*Nell'atto deliberativo di partecipazione oggetto del presente controllo, l'EdA Caserta rappresenta che "dapprima il legislatore nazionale (D.L. 30 dicembre 2009, n. 195,*

*convertito nella L. 26 febbraio 2010, n. 26) e poi le conseguenti scelte regionali in tema di pianificazione della gestione del rifiuto urbano si sono orientate sull'utilizzo - per il tramite di Società provinciali all'uopo costituite - degli impianti di Trattamento Meccanico Biologico (TMB) per lo svolgimento di un fondamentale segmento funzionale del ciclo integrato dei rifiuti, cioè a dire il trattamento intermedio del Rifiuto Urbano Indifferenziato (CER 20.03.01) prodotto dai Comuni della Provincia di Caserta".*

Con riferimento al requisito della stretta necessità rispetto alle finalità istituzionali, divisato dall'art. 4, comma 1, TUSP, l'EdA Caserta ha precisato che *<<l'acquisto della partecipazione sociale di maggioranza (51%) della GISEC S.p.A., essendo finalizzata all'affidamento in house alla predetta Società di tale fondamentale segmento funzionale del ciclo integrato dei rifiuti, è dunque strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali dell'EdA (...), atteso che consentirà una virtuosa gestione pubblica dell'unico impianto pubblico destinato al trattamento intermedio dell'intera produzione di Rifiuto Urbano Indifferenziato (CER 20.03.01) prodotto dai Comuni dell'ATO Caserta>>.*

In relazione all'affidamento *in house* del suddetto segmento funzionale del ciclo integrato dei rifiuti, cui l'acquisizione della partecipazione è preordinata, nella nota prot. n. 83/2023 del 23-01-2023, l'Ente di governo dell'ATO Caserta ha chiarito che *"si è proceduto a prevedere uno statuto in cui il solo socio EdA Caserta avrà il controllo societario ed analogo di GISEC S.p.A., restando, transitoriamente, quale socio pubblico che non partecipa all'in house, la Provincia di Caserta".*

Sulla scorta delle motivazioni esposte nel corpo dell'atto deliberativo in esame, l'EdA Caserta afferma che *<<l'acquisto della partecipazione sociale di maggioranza (51%) della GISEC S.p.a. detenuta dalla Provincia di Caserta e il conseguente affidamento in house del fondamentale servizio pubblico già gestito dalla predetta Società*



*rappresentano, per l'EdA Caserta e per i Comuni partecipanti all'Ente, la scelta più idonea e conveniente sotto il profilo dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità>>.*

Alla luce delle motivazioni esposte, con la deliberazione n. 21/2022, oggetto del presente controllo, il Consiglio d'Ambito dell'Ente di governo dell'ATO Caserta ha manifestato la volontà di *"procedere all'acquisto della partecipazione sociale di maggioranza (51%) detenuta dalla Provincia di Caserta nella società GISEC S.p.a., con sede in Caserta - 81100 alla Via Lamberti n. 15 - ex area Saint Gobain, al prezzo di € 120.243,45 (centoventimiladuecentoquarantatre/45)",* precisando che, *"ai sensi dell'art. 4 TUSP, l'acquisto della partecipazione sociale di maggioranza (51%) della GISEC S.p.a. è strettamente necessaria al conseguimento delle finalità istituzionali dell'EDA Caserta",* atteso che l'acquisto *de quo* è *"finalizzato all'affidamento in house - previa stipula di apposito contratto di servizio - di un fondamentale segmento funzionale del ciclo integrato dei rifiuti, cioè a dire il trattamento intermedio del Rifiuto Urbano Indifferenziato (CER 20.03.01) prodotto dai Comuni dell'ATO Caserta".*

Secondo l'insegnamento delle Sezioni riunite in sede di controllo (cfr. deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22), questa Sezione si è avvalsa della possibilità di effettuare una breve istruttoria, anche al fine di instaurare il contraddittorio con l'Amministrazione procedente su alcuni punti controversi.

Segnatamente, in sede istruttoria, è emersa l'esigenza di verificare, in via preliminare, l'ammissibilità dell'acquisizione societaria di cui si discorre alla luce dell'art. 6 (rubricato *"Distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto organizzativo degli enti locali. Incompatibilità e inconfiribilità"*) del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, che contiene il *"riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica"*, in particolare del comma 2 del predetto art. 6, che vieta agli enti di governo dell'ambito di partecipare, direttamente o indirettamente, a soggetti incaricati della gestione del servizio.

Nelle memorie prodotte in sede di riscontro alle richieste istruttorie, l'EdA Caserta ha escluso l'applicabilità alla fattispecie in esame del divieto diviso dall'art. 6, comma 2, del d. lgs. n. 201/2022, in ragione del regime transitorio introdotto dall'art. 33, comma 2, del decreto stesso. In particolare, l'Ente di governo ha precisato che il decreto di riordino dei SPL *"ha tenuto conto delle peculiarità della Campania, in virtù del dibattito in argomento suscitato in sede di Conferenza Unificata dalle Regioni e da ANCI, dietro sollecitazione della Regione Campania stessa (...). Infatti, all'art. 33 del d. lgs. n. 201/2022, il legislatore ha previsto una disposizione transitoria che dirime la questione (...)"*. Muovendo da tali premesse, l'EdA Caserta ha concluso nel senso che *"la disciplina transitoria, esplicita ed inequivoca, si applica evidentemente al caso di specie, ed è giustificata proprio dalla consapevolezza della esistenza di operazioni in corso (...), di cui il Governo ha ritenuto di dover riconoscere meritevolezza al punto da derogare, per un limitato arco di tempo, alla disposizione di cui al citato art. 6, comma 2"*.

Parimenti, nelle deduzioni trasmesse in data 24/01/2023, la Regione Campania ha sottolineato come il comma 2 dell'art. 33 preveda un regime transitorio per il servizio di gestione dei rifiuti urbani, caratterizzato dal differimento dell'entrata in vigore del divieto di acquisto di partecipazioni alla data del 30 marzo 2023, per effetto del quale il predetto divieto *"ad oggi non è vigente, essendone espressamente differita l'entrata in vigore alla data del 30 marzo 2023"*.

Descritta nei suddetti termini l'operazione societaria sottoposta al vaglio della magistratura contabile, occorre preliminarmente appurare se sussistano, nella fattispecie, i presupposti normativi che legittimano questa Sezione a pronunciarsi, ex art. 5, comma 3, TUSP, sull'atto deliberativo di partecipazione societaria n. 21/2022.

## **DIRITTO**

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

L'art. 5, comma 3, del d. lgs. n. 175 del 2016 (recante "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*", nel prosieguo, per brevità, 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, 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. Ambito soggettivo del controllo.**

La Corte costituzionale ha affermato che l'Autorità d'ambito rientra indubbiamente tra le «*pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture*» con applicazione del d.lgs. n. 165/2001 (Corte Cost., sentenza n. 226/2012; nel caso di specie, la Consulta ha affermato che l'Autorità d'ambito per la gestione del servizio idrico pugliese ATO Puglia, proprio in quanto consorzio obbligatorio di enti locali, va annoverata essa stessa tra gli «*enti locali*», ai sensi dell'art. 31 TUEL).

Sulla stessa scia si colloca anche la giurisprudenza amministrativa (in tal senso, da ultimo, Consiglio di Stato, VI, sentenza 6 aprile 2010, n. 1918), secondo la quale «*non è dubbio che l'Autorità d'ambito, secondo la definizione che ne dà l'art. 148 d.lgs. n. 152 del 2006 – e desumibile già prima dagli artt. 8 e 9 legge n. 36 del 1994, oltre che dagli articoli da 24 a 26-bis della legge 8 giugno 1990, n. 142 –, costituita obbligatoriamente dagli enti locali e avente quale elemento costitutivo il territorio come delimitato dalla competente regione, sia ente locale*».

Considerato che il TUSP, attraverso il combinato disposto degli artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, lett. a), riconduce nel proprio campo applicativo «*le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale*», non sembra revocabile in dubbio, alla luce di quanto

precisato, che l'EdA Caserta sia assoggettata alle disposizioni del TUSP, e che, quindi, sia tenuta ad osservare, per quel che rileva in questa sede, le disposizioni di cui agli artt. 4, 5, 7 e 8 TUSP, ai fini dell'acquisto di partecipazioni in società già costituite. È appena il caso di precisare che l'atto deliberativo in esame è stato adottato dal Consiglio d'Ambito dell'EdA Caserta, che rappresenta l'organo amministrativo competente nella materia *de qua*.

#### **4. Ambito oggettivo del controllo.**

L'art. 5, comma 3, TUSP enuncia puntualmente le tipologie di atti che devono essere trasmessi all'esame della Corte dei conti, vale a dire quelli aventi ad oggetto la "*costituzione di una società a partecipazione pubblica*" (incluse quelle miste pubblico-privato, disciplinate dal successivo art. 17) e di "*acquisto di partecipazioni, anche indirette*" da parte di Amministrazioni pubbliche (per "*partecipazione*" deve intendersi "*la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi*", come da definizione contenuta nell'art. 2, lett. f), del medesimo T.U.S.P).

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.

Nella fattispecie, in base a quanto illustrato nel paragrafo 1, emerge con nitore come l'operazione sottoposta al vaglio della magistratura contabile consista nell'acquisto, da parte dell'Ente di governo dell'ATO Caserta, di una partecipazione societaria di maggioranza in una Società a totale partecipazione pubblica.

Trattasi, dunque, di operazione societaria che rientra nello spettro oggettivo di applicazione dell'art. 5, comma 3, TUSP.

## **5. Profili di competenza a conoscere dell'atto deliberativo di acquisizione della partecipazione societaria.**

Sul punto, l'art. 5, comma 4, del TUSP, ripartisce la competenza, ai fini dell'esame degli atti di costituzione di società o acquisizione di partecipazioni societarie, tra le Sezioni riunite in sede di controllo (*"per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali"*), le Sezioni regionali di controllo (*"per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione"*) e la Sezione controllo Enti (*"per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge n. 259 del 1958"*).

Questa Sezione ritiene che la configurazione dell'EdA Caserta nei termini descritti nel paragrafo 1 valga a radicare la propria competenza ad effettuare la verifica ex art. 5, comma 3, TUSP, in quanto l'atto deliberativo di acquisto di partecipazione nella GI-SEC S.p.A. rientra tra *"gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione"*.

## **6. Ammissibilità dell'operazione societaria a legislazione vigente.**

Come è stato detto, in sede istruttoria, è emersa l'esigenza di verificare, in via preliminare, l'ammissibilità dell'acquisizione societaria di cui si discorre alla luce dell'art. 6 (rubricato *"Distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto organizzativo degli enti locali. Incompatibilità e inconferibilità"*) del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, che contiene il *"riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica"*.

Al riguardo, giova premettere che l'art. 8 (intitolato *"Delega al Governo in materia di servizi pubblici locali"*) della legge 5 agosto 2022, n. 118 (c.d. *"Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021"*) ha delegato il Governo a adottare, entro sei mesi

dalla data di entrata in vigore della legge stessa, uno o più decreti legislativi di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche tramite l'adozione di un apposito testo unico.

Il suddetto articolo 6 del d. lgs. n. 201/2022 attua il criterio di delega di cui all'articolo 8, comma 2, lett. c) della legge n. 118/2022 che prevede, tra l'altro, *"la separazione, a livello locale, tra le funzioni regolatorie e le funzioni di diretta gestione dei servizi e il rafforzamento dei poteri sanzionatori connessi alle attività di regolazione"*.

A tal proposito, il comma 1 dell'art. 6 del decreto delegato prevede: *"ferme restando le competenze delle autorità nazionali in materia di regolazione economico-tariffaria e della qualità, a livello locale le funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente"*.

Il comma 2 del citato articolo 6 stabilisce: *"al fine di garantire il rispetto del principio di cui al comma 1, gli enti di governo dell'ambito o le Autorità specificamente istituite per la regolazione e il controllo dei servizi pubblici locali non possono direttamente o indirettamente partecipare a soggetti incaricati della gestione del servizio. Non si considerano partecipate indirettamente le società formate o partecipate dagli enti locali ricompresi nell'ambito"*.

In attuazione del criterio di separazione tra funzioni regolatorie e funzioni di gestione diretta dei servizi, chiaramente divisato dalla legge delega (art.8, comma 2, lett. c), l'art. 6 del d. lgs. n. 201/2022 pone, dunque, il principio di distinzione e di esercizio separato tra funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e funzioni di gestione dei servizi pubblici locali. Viene specificato, in particolare, che il principio si applica a livello locale e non riguarda tutti i servizi pubblici locali ma solo quelli a rete. Inoltre, in attuazione di tale principio, vengono introdotte una serie di cause di incompatibilità e di inconfiribilità tra soggetti cui spettano funzioni di regolazione e soggetti incaricati della gestione del servizio (art. 6, comma 3).



In attuazione del principio di separazione tra regolazione e gestione, il comma 2 dell'art. 6 vieta agli enti di governo dell'ambito e alle autorità di regolazione di partecipare, direttamente o indirettamente, a soggetti incaricati della gestione del servizio. Il divieto previsto dal comma 2 viene introdotto al dichiarato *"fine di garantire il rispetto del principio di cui al comma 1"*. Tale divieto, pertanto, non è altro che un corollario necessario del principio di distinzione e di esercizio separato delle funzioni di regolazione e di quelle di gestione diretta del servizio, contenuto nel comma 1.

Il suddetto principio attua il diritto dell'Unione europea nella materia *de qua*, e trova conferma anche nella giurisprudenza costituzionale. Infatti, come emerge anche dagli atti parlamentari (Atti del Governo sottoposti a parere - A.G. 003 - Dipartimento Istituzioni AC0085 - 22 novembre 2022 - Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), *<<le disposizioni dettate dall'art. 6 rispondono all'esigenza segnalata dalla Corte costituzionale di evitare "la commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruoli tra loro incompatibili" (Corte costituzionale, sentenza n. 41 del 2013), imponendo la distinzione - sia in via di principio, sia con misure applicative - tra soggetto regolatore e soggetto regolato, soggetto controllore e soggetto controllato>>*.

Secondo la Consulta, nel comparto dei servizi pubblici locali di interesse economico generale sono presenti numerosi operatori nella cui compagine proprietaria sono rappresentati l'ente o gli enti pubblici territoriali affidanti. La Corte costituzionale, nella sentenza richiamata, ha ricordato come l'istituzione di autorità di regolazione indipendenti costituisca un antidoto ai rischi connessi a tale situazione di fatto.

Parimenti, la Relazione illustrativa allo schema di decreto di riordino dei SPL afferma: *"sempre in tema di adeguatezza del servizio pubblico risultano assai rilevanti ulteriori linee di riordino finalizzate al raggiungimento della sempre maggiore qualità dei servizi pubblici locali per cittadini ed utenti: la distinzione tra funzioni di regolazione e compiti di gestione rispetto ai servizi pubblici locali, dettata dall'art. 6 dello schema*

*di decreto, che risulta essenziale per garantire imparzialità e neutralità così come l'esercizio obiettivo delle funzioni di scelta della forma di gestione e di controllo sul gestore".*

Ciò premesso in termini generali, occorre verificare se la disciplina veicolata dal decreto di riordino dei SLP trovi o meno applicazione nel caso di specie.

Al riguardo, mette conto evidenziare che il decreto *de quo* è entrato in vigore il 31 dicembre 2022 (art. 39), mentre l'atto deliberativo oggetto del presente controllo è stato adottato dall'EdA Caserta il 15 dicembre 2022 e trasmesso a questa Sezione in data 16/12/2022.

Il Collegio ritiene, per le ragioni di seguito esposte, che la disciplina dettata dal d. lgs. n. 201/2022 si applichi, *ratione temporis*, alla fattispecie in esame.

Il principio *tempus regit actum* esplica la propria efficacia allorché il rapporto cui l'atto inerisce sia irrimediabilmente definito, e, conseguentemente, diventi insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 10 maggio 2011, nn. 7 e 8).

Tale la circostanza, evidentemente, non si verifica ove, come nel caso di specie, l'acquisizione della partecipazione societaria derivi da una fattispecie a formazione progressiva in cui l'atto deliberativo dell'operazione rappresenta solo un momento prodromico rispetto ai successivi atti negoziali che si collocano a valle della decisione dell'ente pubblico di ricorrere al modello societario, spendendo la sua capacità di diritto privato nella veste di azionista.

In termini generali, infatti, un eventuale contratto di acquisto della partecipazione stipulato sotto la vigenza dell'art. 6, comma 2, del d. lgs. n. 201/2022, anche se l'atto deliberativo a monte è stato adottato prima della sua entrata in vigore, si porrebbe in contrasto con una norma imperativa (in disparte la questione del differimento, ex art. 33, comma 2, della decorrenza del divieto sancito dalla norma *de qua*, che riguarda solo il servizio di gestione dei rifiuti urbani).

Occorre, pertanto, che l'amministrazione procedente tenga conto delle norme introdotte nel corso dell'*iter* procedimentale, considerato che la determinazione amministrativa di acquisire una partecipazione societaria costituisce solo l'atto prodromico della vicenda societaria, mentre l'acquisizione della qualifica di socio si realizza con la sottoscrizione degli atti negoziali a valle.

In base alle suddette coordinate ermeneutiche, nella fattispecie, pertanto, l'*iter* procedimentale che porta all'acquisizione della qualifica di socio non può dirsi concluso. L'immediata applicazione della norma sopravvenuta trova, inoltre, ulteriore giustificazione nella dinamicità dell'azione amministrativa e dello stesso interesse pubblico che essa è chiamata a curare: in forza di tale dinamicità, l'azione amministrativa deve adeguarsi al mutamento degli assetti organizzativi, procedurali e sostanziali che il legislatore intende assicurare.

Nella fattispecie, peraltro, l'esigenza di separare, a livello locale, le funzioni regolatorie dalle funzioni di diretta gestione dei servizi figura già chiaramente tra i principi e criteri direttivi declinati dalla legge di delegazione.

Come è noto, la Corte costituzionale ha chiarito i rapporti che legano i due distinti livelli normativi, precisando come il libero apprezzamento del legislatore delegato non possa oltrepassare i margini di una legislazione vincolata, quale per definizione è la legislazione su delega (sentenze nn. 20/2018, 127/2017, 250/2016, 237/2013, 293/2010, 230/2010, n. 340/2007 e n. 68/1991).

Il decreto delegato (art. 6, comma 1) non ha fatto altro, dunque, che declinare il principio di separazione previsto dalla legge delega, di cui il divieto in capo agli enti di governo dell'ambito di acquisire partecipazioni in soggetti incaricati della gestione del servizio (art. 6, comma 2) costituisce un logico corollario. Ciò vale anche ad escludere che possa configurarsi un affidamento meritevole di tutela in ordine alla ammissibilità dell'operazione societaria descritta.

Chiarita, in linea di principio, l'applicabilità *ratione temporis* del divieto diviso dall'art. 6, comma 2, del d. lgs. n. 2012/2022 alla fattispecie in esame, occorre soffermarsi sull'art. 33 del decreto stesso che detta "*Disposizioni di coordinamento in materia di servizio idrico e di gestione dei rifiuti urbani*".

Giova premettere che questa Sezione, pur non essendo legittimata nella presente sede a sollevare questione incidentale di costituzionalità, nutre perplessità in ordine alla legittimità delle "*disposizioni di coordinamento in materia di servizio idrico e di gestione dei rifiuti urbani*", dettate dai commi 1 e 2 dell'art. 33, in quanto il libero apprezzamento del legislatore delegato non può oltrepassare i margini di una legislazione vincolata, quale per definizione è la legislazione su delega. L'attività del delegato deve inserirsi in modo coerente nel complessivo quadro normativo di riferimento, rispettando la *ratio* della delega e gli indirizzi generali desumibili da essa (sentenze nn. 20/2018, 127/2017, 250/2016, 237/2013, 293/2010 e 230/2010).

L'opera di completamento deve mantenersi necessariamente nell'alveo delle scelte di fondo compiute dal legislatore delegante e la discrezionalità del legislatore delegato risulta alquanto limitata ove la delega sia conferita, tra l'altro, per adeguare la disciplina nazionale alla normativa euro-unitaria (sentenza n. 219/2008) e alla giurisprudenza costituzionale.

Nel silenzio della legge delega sul punto, il decreto delegato, in base al combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 33, si spinge fino al punto di esonerare dal divieto di concentrazione di funzioni regolatorie e gestorie in capo agli enti di governo dell'ambito non solo gli affidamenti in essere ma financo quelli non ancora deliberati; il che sembra travalicare anche l'esigenza di prevedere un regime transitorio.

Né può dirsi che la disposizione delegata costituisca un coerente sviluppo e completamento della scelta espressa dal legislatore delegante e delle ragioni che essa sottende; anzi, con riferimento al servizio di gestione dei rifiuti urbani, la disposizione delegata sembra disattendere tale scelta, sia pure in via temporanea.

Fermi restando i dubbi di legittimità costituzionale, il Collegio ritiene che l'operazione delineata presenti una serie di profili di criticità per le ragioni di seguito esposte.

Il primo comma del suddetto articolo 33 prevede: *"ai fini della piena attuazione degli impegni contenuti nel Piano nazionale di ripresa e resilienza, l'articolo 6, comma 2, non si applica alle partecipazioni degli enti di Governo dell'ambito del servizio idrico integrato di cui all'articolo 147, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e dell'ambito dei servizi di gestione dei rifiuti urbani di cui all'articolo 3-bis, comma 1-bis, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 e all'articolo 200, comma 1, del predetto decreto legislativo n. 152 del 2006, in relazione agli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto"*.

In sintesi, con riferimento a due tipologie di servizi a rete (servizio idrico integrato e servizi di gestione dei rifiuti urbani), la norma *de qua* fa salvi gli affidamenti in essere alla data (31/12/2022) di entrata in vigore del decreto di riordino dei SPL, esonerando gli enti di governo dei rispettivi ambiti, per la durata degli affidamenti stessi, dall'osservanza del divieto diviso dall'art. 6, comma 2.

Il fine a cui si ispira la clausola di salvezza contenuta nel comma 1 dell'art. 33 consiste, secondo quanto emerge dal tenore letterale della disposizione in esame, nella *"piena attuazione degli impegni contenuti nel Piano nazionale di ripresa e resilienza"*.

Al riguardo, è appena il caso di sottolineare che le riforme abilitanti contenute nel PNRR tendono a limitare, nel settore dei servizi pubblici locali, il ricorso al modello dell'autoproduzione. Nell'ambito delle riforme abilitanti in tema di promozione della concorrenza, finalizzate alla rimozione di barriere all'entrata nei mercati, il PNRR prevede, infatti, un ricorso più responsabile al fenomeno dell'*in house*. Segnatamente, il PNRR si esprime nei seguenti termini: *"in materia di servizi pubblici, soprattutto locali, occorre promuovere un intervento di razionalizzazione della normativa, anche prevedendo l'approvazione di un testo unico, che (...) assicuri (...) un ricorso più responsabile da parte delle amministrazioni al meccanismo dell'in house providing. In*

*questa prospettiva, pur preservandosi la libertà sancita dal diritto europeo di ricorrere a tale strumento di auto-produzione, andranno introdotte specifiche norme finalizzate a imporre all'amministrazione una motivazione anticipata e rafforzata che dia conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, dei benefici della forma dell'in house dal punto di vista finanziario e della qualità dei servizi e dei risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in auto-produzione, o comunque a garantire una esaustiva motivazione dell'aumento della partecipazione pubblica".*

Con riferimento alla fattispecie in esame, giova precisare che essa non rientra nel campo di applicazione della disposizione transitoria veicolata dal comma 1 dell'art. 33, in quanto l'EdA Caserta non ha, allo stato, un "affidamento in essere".

Tale disposizione, tuttavia, assume rilievo, nel caso di specie, se letta in combinato disposto con il comma 2 dell'art. 33, a mente del quale *"al fine di consentire l'attuazione di Piani di ambito in via di definizione, l'articolo 6, comma 2, si applica alle partecipazioni degli enti di governo dell'ambito del servizio di gestione dei rifiuti urbani di cui all'articolo 3-bis, comma 1-bis, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 e all'articolo 200, comma 1, del predetto decreto legislativo n. 152 del 2006, a decorrere dal 30 marzo 2023. Nei predetti casi, agli enti di governo di ambito si applicano in ogni caso le disposizioni dell'articolo 6, comma 3".*

Il comma 2 dell'art. 33, con riferimento alle sole partecipazioni degli enti di governo dell'ambito del servizio di gestione dei rifiuti urbani, differisce la decorrenza dell'art. 6, comma 2, alla data del 30 marzo 2023.

Il senso della norma *de qua* sembra quello di consentire agli enti di governo dell'ambito del servizio di gestione dei rifiuti urbani di acquisire una partecipazione societaria senza sottostare al divieto di cui all'art. 6, comma 2, del decreto di riordino dei SPL. Nel caso di specie, una volta acquisita tale partecipazione, beneficiando del differimento della decorrenza del divieto *de quo*, sarà possibile procedere all'affidamento

*in house*. A questo punto, l'Ente di governo potrebbe giovare della clausola di salvezza degli "affidamenti in essere" contenuta nel comma 1 dell'art. 33.

Desta perplessità la tecnica normativa utilizzata in sede di esercizio della delega. L'art. 33, comma 2, differisce al 30 marzo 2023 l'applicazione del solo art. 6, comma 2, mentre analogo differimento non risulta effettuato per il comma 1 del medesimo articolo 6, sicché deve ritenersi che per quest'ultimo comma si applichi, anche con riferimento alle partecipazioni degli enti di governo dell'ambito del servizio di gestione dei rifiuti urbani, dalla data di entrata in vigore (31/12/2022) del decreto fissata dall'art. 39.

A ben vedere, tuttavia, la norma contenuta nel comma 2 dell'art. 6 non è altro che un corollario dei principi contenuti nel comma 1 del medesimo articolo 6, la cui entrata in vigore non risulta differita per il servizio rifiuti. La disposizione che vieta agli enti di governo dell'ambito di acquisire partecipazioni in soggetti incaricati della gestione del servizio, infatti, è una mera declinazione del principio secondo cui "a livello locale le funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente".

È lo stesso *incipit* del comma 2 ("al fine di garantire il rispetto del principio di cui al comma 1") a disvelare lo stretto legame che avvince il divieto di acquisire partecipazioni con il principio di distinzione tra funzioni regolatorie e quelle di gestione diretta. Sembra arduo sostenere che sia rispettato il principio di distinzione tra soggetto regolatore/controllore e soggetto regolato/controlato e di esercizio separato delle relative funzioni in presenza di un Ente di governo dell'Ambito che acquisisca una partecipazione maggioritaria in una società a cui poi affiderà *in house* (in forza di un c.d. controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi) la gestione di un segmento del servizio di gestione dei rifiuti urbani (tenuto conto, peraltro, che, secondo quanto prospettato dall'Ente, "solo il socio EdA Caserta avrà il controllo societario ed analogo

*di GISEC S.p.A., restando, transitoriamente, quale socio pubblico che non partecipa all'in house, la Provincia di Caserta").*

Fermo restando quanto sinora affermato, anche ammettendo che l'acquisizione della partecipazione *de qua* sia compatibile con il comma 1 dell'art. 6, l'EdA Caserta avrebbe dovuto dimostrare di poter esercitare sulla GISEC S.p.A. un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, garantendo nel contempo che non vi sia alcuna commistione tra compiti di regolazione e compiti inerenti alla gestione diretta del servizio ed al suo affidamento.

Infatti, l'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 33 stabilisce che, *"nei predetti casi, agli enti di governo di ambito si applicano in ogni caso le disposizioni dell'articolo 6, comma 3"*, a mente del quale *"le strutture, i servizi, gli uffici e le unità organizzative dell'ente ed i loro dirigenti e dipendenti preposti a tali funzioni di regolazione non possono svolgere alcuna funzione o alcun compito inerente alla gestione ed al suo affidamento"*.

L'operazione delineata dall'EdA Caserta presenta ulteriori profili di criticità con riferimento all'art. 17 del d. lgs. n. 201/2022, considerato che il comma 3 del predetto articolo prevede che, per gli affidamenti *in house*, debba osservarsi un termine dilatorio (c.d. *stand still period*) di sessanta giorni dalla pubblicazione della delibera di affidamento accompagnata dalla motivazione qualificata.

Segnatamente, il comma 3 del suddetto articolo stabilisce: *"il contratto di servizio è stipulato decorsi sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione, ai sensi dell'articolo 31, comma 2, della deliberazione di affidamento alla società in house sul sito dell'ANAC. La disposizione di cui al presente comma si applica a tutte le ipotesi di affidamento senza procedura a evidenza pubblica di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, compresi gli affidamenti nei settori di cui agli articoli 32 e 35"*.



Al riguardo, occorre precisare che l'acquisizione della partecipazione dell'EdA Caserta nella Società GISEC S.p.A. è pacificamente preordinata al successivo affidamento *in house* del servizio gestione rifiuti alla Società stessa.

In base al combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 33, al fine di beneficiare della clausola di salvezza contenuta nel mentovato comma 1, tale affidamento dovrebbe intervenire entro il 30 marzo 2023.

Ad avviso del Collegio, infatti, senza la stipulazione del contratto di servizio non può parlarsi di "*affidamento in essere*" ai fini dell'art. 33, comma 1, del decreto di riordino dei SPL.

Appare chiaro, pertanto, come, nella fattispecie, non possa esservi alcun affidamento entro tale data, in ragione della clausola di *stand still* prevista dall'art. 17, comma 3, del d. lgs. n. 201/2022.

Il Collegio ritiene, dunque, che l'operazione societaria delineata dall'EdA Caserta si ponga in contrasto con i principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, in quanto si tratterebbe di una partecipazione *inutiliter data*, non potendo l'affidamento *in house* intervenire in tempo utile per giovare della clausola di salvezza contemplata dal comma 1 dell'art. 33.

### **7. Sulla convenienza economica e sulla sostenibilità finanziaria.**

L'art. 5, comma 3, TUSP delinea i tratti essenziali della nuova funzione assegnata alla Corte dei conti, precisandone i parametri di riferimento, la procedura e gli esiti.

In ordine ai primi, il richiamo effettuato dall'art. 5, comma 3, ai precedenti commi 1 e 2 richiede che la Corte dei conti verifichi che il provvedimento adottato dall'Amministrazione contenga un'analitica motivazione in ordine a:

a) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4 del medesimo TUSP);

b) ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;

c) compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa;

d) assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Inoltre, la Corte dei conti deve valutare la conformità della delibera inviata a quanto disposto dagli articoli 4, 7 e 8 del TUSP, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

L'impianto normativo evidenzia, in primo luogo, come gravi sull'Amministrazione procedente l'onere di inserire, nelle motivazioni della delibera di acquisto di una partecipazione e nei relativi allegati, gli elementi, in particolare economico-finanziari, che rendano possibile la verifica di conformità dell'atto ai sopra riferiti parametri normativi.

Come già rappresentato, le valutazioni circa *"la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria"* dell'operazione di investimento in una società neocostituita o già esistente, da cui conseguono anche quelle relative alle possibilità alternative della gestione diretta o esternalizzata e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, costituiscono un onere gravante sull'Amministrazione interessata all'operazione. Quest'ultima è tenuta ad effettuare i necessari approfondimenti istruttori che devono sorreggere la scelta e confluire nella motivazione analitica dell'atto deliberativo conclusivo, da sottoporsi poi alla nuova forma di scrutinio riservata alla magistratura contabile (cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22).

Nel predetto arresto nomofilattico, al quale questa Sezione intende dare continuità, le Sezioni riunite di questa Corte hanno chiarito che, nel campo degli investimenti societari, il concetto di sostenibilità finanziaria assume una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento societario che l'Amministrazione intende effettuare; l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato.

Sotto il primo versante, la sostenibilità finanziaria si riferisce alla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale di previsione, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale. Nel caso delle società a partecipazione pubblica, poi, la valutazione della sostenibilità finanziaria prospettica dell'attività, intesa come idoneità a preservare l'equilibrio tra ricavi e costi, assume rilievo particolarmente pregnante, stanti le rigide limitazioni imposte dall'art. 14 TUSP al socio pubblico con riguardo agli interventi di sostegno finanziario alle società partecipate in difficoltà, in virtù del principio di legalità finanziaria e del divieto di soccorso finanziario generalizzato, ampiamente sviluppati dalla giurisprudenza contabile (*ex multis*, Corte conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, n. 753/2010/PAR).

Secondo l'orientamento espresso dalle Sezioni riunite, dal quale il Collegio non ritiene di deflettere nel caso di specie, la sostenibilità finanziaria sul piano oggettivo dell'operazione di investimento societario deve essere attentamente scandagliata dall'Amministrazione procedente, nell'ambito del proprio *iter* istruttorio, facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione dalle scienze aziendalistiche. In particolare, senza pretesa di esaustività, va richiamata la necessità che l'atto deliberativo di acquisizione di partecipazione sia quanto meno suffragato dallo sviluppo di un approfondito *Business Plan* (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende proseguire.

Quanto al relativo contenuto, il *Business Plan* (o altro documento equipollente), nella prospettiva della pianificazione aziendale, deve fornire gli elementi descrittivi relativi all'operazione societaria che si intende eseguire: nel caso di acquisto di partecipazioni, occorrerà fornire un quadro della società in cui si intende investire, che ne riepiloghi l'evoluzione operativa ed economica degli ultimi esercizi. Tali elementi costituiscono le ipotesi di fondo sulla base delle quali devono essere sviluppate le previsioni finanziarie, sia di conto economico (quindi riportando le stime dei costi e dei ricavi) sia relative ai *cash flow* complessivi, ossia ai flussi finanziari derivanti dalle varie aree gestionali (attività operativa, attività di investimento e attività di finanziamento come definiti nel principio contabile OIC 10 "Rendiconto finanziario"). Parimenti, l'esercizio di previsione deve riguardare la situazione patrimoniale prospettica della società che ci si accinge a costituire o partecipare, delineandone l'evoluzione delle attività (liquide, correnti o immobilizzate) e delle relative fonti di finanziamento (passività e patrimonio netto).

Le previsioni del BP devono essere accompagnate da apposite note esplicative che, nel rispetto dei principi di trasparenza e chiarezza, ne esponano le ipotesi di sviluppo. In particolare, occorre esplicitare la natura dei ricavi (ad esempio se consistenti in trasferimenti pubblici o ricavi da prestazioni di beni e servizi) e la relativa struttura (quali le ipotesi circa la determinazione del fatturato in termini di volumi e i prezzi dei prodotti/servizi resi); specularmente deve essere descritta la composizione ed evoluzione dei costi, sia variabili sia fissi, con specifico riguardo a quelli strutturali, quali le esigenze di personale e gli oneri finanziari. Non va trascurata, infatti, la rilevanza dei costi di personale nella *governance* di una società partecipata, considerata la loro incidenza sul quadro economico – finanziario.

Ciò anche al fine di mettere in luce il momento di pareggio aziendale (*break even point*) in cui il flusso atteso di ricavi sarà in grado di garantire la copertura dei costi complessivi stimati.

Nella prospettiva della trasparenza e della semplificazione, le proiezioni economico-finanziarie del BP possono essere opportunamente accompagnate dall'elaborazione di alcuni indicatori di bilancio, i quali restituiscono, in via sintetica, valutazioni sui principali aspetti gestionali: quali la redditività, la liquidità e l'indebitamento.

In questo quadro, il principio di prudenza richiama l'esigenza di integrare l'analisi del BP con l'individuazione dei rischi principali legati all'iniziativa, in grado di incidere sulle proiezioni finanziarie sviluppate. Ciò consente, attraverso l'analisi di sensitività, di definire anche scenari alternativi, più avversi rispetto a quello di base utilizzato per le previsioni, mettendone in luce le conseguenze sui risultati delle stime effettuate. Ciò premesso in termini generali, nella fattispecie, il Collegio ravvisa nella mancanza di un piano industriale, pacificamente riconosciuta dall'EdA Caserta nella nota prot. n. 83/2023 del 23-01-2023 di riscontro alle richieste istruttorie, un ulteriore elemento ostativo all'operazione societaria descritta.

Nella suddetta nota, l'EdA ha precisato che *"il valore di acquisto è simbolico e quindi irrilevante ai fini della valutazione della operazione"*. In particolare, l'Ente afferma: *"si è a questo proposito giudicato superfluo procedere a perizia, tale l'evidenza del dato, in virtù di un principio di economicità, limitandosi a richiedere un giudizio di congruità, che si soffermasse sui principali elementi di rilievo della Società"*.

Il Collegio ritiene che l'assenza di un piano industriale, pacificamente ammessa dall'Amministrazione interessata, non possa essere superata dal riferimento al valore di acquisto della partecipazione definito "simbolico", considerato che tale elemento non esaurisce i profili che devono essere considerati per apprezzare la sostenibilità finanziaria e la convenienza economica dell'operazione societaria.

Sempre con riferimento all'assenza di un piano industriale, l'Amministrazione afferma che *"la sostenibilità della operazione, nell'immediato, è di conseguenza palese, anche per questo, pur in assenza di un piano industriale, che è comunque in via di realizzazione nel quadro della necessità di perfezionare l'affidamento, si è valutato, in virtù"*

*della storicità dei dati, ragionevolmente assente ogni rischio di criticità futura sotto il profilo degli equilibri economico-finanziari attuali della azienda”.*

Ad avviso del Collegio, tuttavia, la storicità dei dati non vale certo ad obliterare ogni rischio di criticità futura, né può sorreggere ex se un giudizio di sostenibilità.

Al pari di quanto stabilito in via generale per la delibera di affidamento dei servizi pubblici locali a rete dall'articolo 14, comma 4, anche il comma 4 dell'articolo 17 del d. lgs. n. 201/2022 stabilisce l'obbligo di allegare al provvedimento di affidamento *in house* un piano economico-finanziario.

Segnatamente l'art. 17, comma 4, prevede che, per i servizi pubblici locali a rete, alla deliberazione di affidamento *in house* del servizio sia *"allegato un piano economico-finanziario che, fatte salve le discipline di settore, contiene anche la proiezione, su base triennale e per l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, nonché la specificazione dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio"*.

Ad avviso del Collegio, adeguati approfondimenti istruttori avrebbero dovuto sorreggere la scelta di acquisire la partecipazione in esame, che è inscindibilmente connessa con il successivo affidamento *in house*, confluendo poi nella motivazione analitica dell'atto deliberativo conclusivo, da sottoporsi poi al vaglio della Corte dei conti.

L'assenza di un piano industriale rileva, infatti, anche ai fini del pronunciamento di questa Sezione ex art. 5, comma 3, TUSP, in quanto non consente di effettuare uno scrutinio effettivo in ordine alla sostenibilità finanziaria e alla convenienza economica dell'operazione.

### **8. Sull'analisi comparativa delle opzioni praticabili.**

Nella fattispecie manca, per la scelta del sistema di gestione del servizio in parola (art. 14 del d. lgs. n. 201/2022), una S.W.O.T. Analysis di ciascuna delle opzioni

praticabili (in particolare, della possibilità di affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica), con l'individuazione per ciascuna di esse di: *strenght* (punti di forza); *weakness* (punti di debolezza); *opportunities* (opportunità); *threat* (minacce). Tale analisi non può essere soddisfatta con il mero riferimento al prezzo di acquisto della partecipazione o con la generica evocazione dell'esperienza maturata dalla Società GISEC S.p.A. nella gestione del servizio.

Né tantomeno può ritenersi appagante un ulteriore argomento contenuto nella deliberazione n. 21/2022 del Consiglio d'Ambito dell'EdA Caserta che, al fine di valorizzare la scelta del modello *in house* rispetto alle forme alternative, fa leva sul "*vantaggio (...) rappresentato dalla riserva in capo all'EDA Caserta e per esso in capo ai Comuni associati, della direzione strategica e della maggiore capacità di controllo sulla gestione*".

A ben vedere, tale argomento, nel caso di specie, più che un vantaggio appare un profilo di criticità del ricorso al modello dell'*in house*, alla luce dei principi di distinzione ed esercizio separato delle funzioni regolatorie e di controllo da quelle gestorie (art. 6, comma 1, d. lgs. 201/2022) e del connesso divieto per gli enti di governo dell'ambito di acquisire partecipazioni nelle società gerenti il servizio a rete (art. 6, comma 2, d. lgs. n. 201/2022). Come è stato detto, si tratta di principi che emergevano già con nitore dalla legge delega oltre che dalla giurisprudenza costituzionale.

## **8. Conclusioni.**

Alla luce delle suesposte considerazioni, il Collegio ritiene di esprimere, ex art. 5, comma 3, TUSP, parere negativo in ordine all'acquisto da parte dell'Ente di governo dell'Ambito Caserta della partecipazione sociale di maggioranza (51%) detenuta dalla Provincia di Caserta nella Società GISEC S.p.a., finalizzata all'affidamento *in house* a tale Società - previa stipula di apposito contratto di servizio - di un segmento

funzionale del ciclo integrato dei rifiuti, ossia il trattamento intermedio del Rifiuto Urbano Indifferenziato (CER 20.03.01) prodotto dai Comuni dell'ATO Caserta.

### **PQM**

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

- esprime, per le ragioni indicate in parte motiva, parere negativo in ordine all'acquisizione da parte dell'Ente di governo dell'Ambito Caserta della partecipazione di maggioranza (51%) nella Società GISEC S.p.a. di cui alla Deliberazione del Consiglio d'Ambito n. 21 del 15.12.2022;
- dispone, ai sensi dell'art. 5, comma 4, TUSP, la trasmissione della presente deliberazione, a cura della Segreteria, all'Amministrazione interessata entro cinque giorni dal deposito;
- ordina, ai sensi dell'art. 5, comma 4, TUSP, all'Amministrazione di pubblicare la presente deliberazione, entro cinque giorni dalla ricezione, sul proprio sito internet istituzionale.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti di rito.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 1° febbraio 2023.

L'Estensore  
(Emanuele Scatola)

Il Presidente  
(Massimo Gagliardi)

Depositata in Segreteria il

Il Direttore della Segreteria  
(Dott. Giuseppe Imposimato)