



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott.ssa Maria Riolo	Presidente
dott. Mauro Bonaretti	Consigliere
dott.ssa Rossana De Corato	Consigliere
dott.ssa Maura Carta	Consigliere
dott.ssa Rita Gasparo	Referendario
dott. Francesco Liguori	Referendario (relatore)
dott.ssa Adriana Caroselli	Referendario
dott. Francesco Testi	Referendario
dott.ssa Iole Genua	Referendario

nell'adunanza del 20 luglio 2023 ha assunto la seguente

DELIBERAZIONE

sulla richiesta di parere del comune di Liscate (MI)

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

VISTO il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175;

VISTA la richiesta di parere in data 25 maggio 2023 sull'acquisizione di una nuova partecipazione societaria presentata dal comune di Liscate (SC_LOM - 7915 - I - 26/5/2023);

VISTA la deliberazione del consiglio comunale di Liscate n. 21 del 23 maggio 2023 e i relativi allegati;

VISTA la nota del magistrato istruttore, con cui è stata chiesta la fissazione della camera di consiglio per l'esame collegiale della questione (SC_LOM - 8717 - Interno - 19/6/2023);

VISTA l'ordinanza n. 131 del 21 giugno 2023, con la quale la Presidente della Sezione ha disposto la trattazione della richiesta di parere nell'odierna adunanza;

UDITO il relatore, referendario Francesco Liguori;

PREMESSO

1. Con nota del 25 maggio 2023 (SC_LOM - 7915 - I - 26/5/2023) il comune di Liscate ha trasmesso la deliberazione del consiglio comunale n. 21 del 23 maggio 2023 con oggetto *Acquisizione di una quota del capitale sociale nella società in house Cogeser Servizi s.r.l. e affidamento diretto del servizio di illuminazione pubblica del territorio comunale* e con i seguenti allegati:

- 1) visura camerale della società;
- 2) statuto della società;
- 3) patti parasociali;
- 4) relazione illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti per la forma di affidamento prescelta (ex art. 14 comma 3 D. Lgs. 201/2022);
- 5) relazione illustrativa di accompagnamento al piano economico finanziario;
- 6) schema di contratto di servizio di pubblica illuminazione;
- 7) ricognizione periodica delle partecipazioni relativa all'anno 2021;
- 8) cedolini della retribuzione del mese di febbraio 2023 relativi a un rapporto di lavoro subordinato e a una collaborazione coordinata e continuativa;
- 9) verbale di assemblea della società del 13 maggio 2022, di approvazione, tra l'altro, del bilancio di esercizio 2021;
- 10) bilancio di esercizio 2021 della società;
- 11) relazione di analisi e verifica della proposta per la gestione di servizi pubblici *in house* da parte di Cogeser Servizi SRL e per l'affidamento per la riqualifica, l'efficientamento energetico, l'adeguamento e la gestione dell'impianto di pubblica illuminazione nel comune di Liscate;

12) parere del collegio dei revisori dei conti dell'Unione dei comuni Adda Martesana n. 9 del 15 maggio 2023.

2. Con nota del 29 maggio 2023 (SC_LOM - 8007 - U - 29/5/2023), per completare l'esame della documentazione trasmessa ai fini del parere previsto dall'articolo 5, commi 3 e 4, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, quale esito dell'attività di controllo della deliberazione in oggetto e dei relativi allegati, sono stati chiesti chiarimenti, come previsto dalla deliberazione delle Sezioni riunite in sede di controllo 16/QMIG/2022 del 3 novembre 2022, sulla capacità tecnica della società, che dal casellario delle imprese dell'ANAC non risulta in possesso dell'attestazione di qualificazione all'esecuzione di lavori pubblici, e che dalla visura camerale e dal bilancio dell'esercizio 2021 allegati alla richiesta di parere presenta un organico di soli due dipendenti. Sono stati altresì chiesti chiarimenti sul ruolo del comune e della società in relazione a quanto affermato nella deliberazione consiliare, secondo la quale «gli interventi iniziali di riqualificazione degli impianti di illuminazione e di sostituzione dei punti luminosi con luci a LED saranno eseguiti da appaltatori esterni scelti tramite gara».

3. Il comune di Liscate ha tempestivamente riscontrato la richiesta di chiarimenti (SC_LOM - 8481 - I - 8/6/2023), confermando quanto già noto dalla documentazione versata in atti.

4. Il magistrato istruttore, ravvisando elementi di non conformità dell'atto deliberativo rispetto ai parametri dell'articolo 5, commi 1 e 3, ha chiesto di sottoporre all'esame collegiale della Sezione, nel rispetto del termine di sessanta giorni previsto dall'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, la deliberazione del consiglio comunale n. 21 del 23 maggio 2023, di acquisizione di una nuova partecipazione societaria finalizzata all'affidamento diretto del servizio di illuminazione pubblica del territorio comunale.

CONSIDERATO

1. La Sezione si pronuncia nell'odierna camera di consiglio sulla deliberazione del consiglio comunale di Liscate n. 21 del 23 maggio 2023, a proposito della quale va

immediatamente osservato che l'operazione societaria sottoposta all'esame del collegio pone in corrispondenza biunivoca l'acquisizione di una quota dell'uno per cento del capitale sociale della Cogeser Servizi s.r.l. e l'affidamento diretto alla società del servizio di illuminazione pubblica del territorio comunale per il tramite dell'istituto del controllo analogo e del modello organizzativo del cosiddetto *in house providing*.

1.1. Il controllo della Sezione previsto dal novellato articolo 5, commi 3 e 4, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, dunque, in quanto «peculiare attività di controllo di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti» (Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione 16/SSRRCO/2022/QMIG del 3 novembre 2022) ha per oggetto «l'atto deliberativo [...] di acquisizione della partecipazione» e si indirizza alla motivazione del provvedimento. Come chiarito fin dalla propria deliberazione 161/2022/PAR del 25 ottobre 2022, infatti:

Il rispetto di detti parametri deve essere principalmente rapportato all'onere motivazionale che incombe sull'Amministrazione che intende costituire una nuova società [...] esso non è assolto quando l'atto deliberativo contiene mere ripetizioni del dato legale o affermazioni apodittiche; al contrario, l'obbligo della motivazione può essere considerato compiuto anche se essa è sintetica, purché capace di disvelare l'iter logico e procedimentale attraverso il quale si è proceduto all'inquadramento della fattispecie nell'ipotesi astratta considerata dalla legge.

Secondo il richiamato comma 3, come modificato dall'articolo 11, comma 1, lettera a, numeri 1 e 2, della legge 5 agosto 2022, n. 118:

3. L'amministrazione invia l'atto deliberativo [...] di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e 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 presente articolo, 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. Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui

al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo.

1.2. Nelle considerazioni che seguono la Sezione appunterà la attenzione sulla rispondenza della motivazione del provvedimento ai parametri di legge, e in particolare a quelli dell'efficacia e dell'alternativa tra gestione diretta ed esternalizzata del servizio.

2.1. Nelle premesse della deliberazione consiliare in esame il comune di Liscate espone in primo luogo quanto segue:

- *Cogeser Servizi ha per oggetto la produzione, secondo il modello di affidamento in-house, di servizi di interesse generale, in particolare la gestione del servizio di illuminazione pubblica che comprende la progettazione, realizzazione, gestione, manutenzione e sviluppo degli impianti di illuminazione pubblica e di videosorveglianza e delle connesse attività strumentali all'alimentazione elettrica degli impianti (cfr. art. 4 statuto di Cogeser Servizi). La Società è soggetta al controllo analogo in house degli Enti locali soci, esercitato in forma congiunta tra loro.*
- *Il comune di Liscate intende acquisire una partecipazione diretta nel capitale di Cogeser Servizi per avere la possibilità di affidare in via diretta alla Società, nel rispetto delle condizioni stabilite dall'ordinamento giuridico, il servizio di illuminazione pubblica. In particolare, Cogeser Servizi è in grado di svolgere, a favore dei Comuni soci, servizi avanzati di illuminazione pubblica, la gestione dei semafori e delle reti di trasmissione dati, servizi per l'efficienza e il risparmio energetico ed altri servizi previsti dal suo statuto, a seconda delle esigenze specifiche di ogni singolo Comune socio.*
- *L'affidamento del servizio di illuminazione pubblica a Cogeser Servizi, da una parte, persegue l'obiettivo di ridurre i costi per la sua esecuzione e di aumentare i livelli di qualità del servizio; dall'altra parte, pone le basi per il futuro sviluppo nel territorio urbano di altri servizi innovativi per la riduzione dell'inquinamento (car sharing e ricarica di veicoli elettrici) e per lo sviluppo tecnologico delle infrastrutture di rete (smart city).*

Questi passaggi costituiscono, a parere della Sezione, congrua motivazione che consente di ritenere soddisfatto nel più ampio contesto della deliberazione consiliare il parametro legale della prima parte dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, posto che l'acquisizione della partecipazione avviene in conformità all'articolo 4, comma 2, lettera a, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, espressamente richiamato più avanti nelle considerazioni *Sull'ammissibilità della partecipazione rispetto alle finalità istituzionali* svolte dal comune.

2.2. Il caso in esame, infatti, s'inquadra, più in particolare, nel contesto normativo della sicurezza delle persone nella circolazione stradale, e della gestione delle strade, a proposito della quale l'articolo 14 (Poteri e compiti degli enti proprietari delle strade) del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada) precisa alla lettera a del primo comma che:

1. Gli enti proprietari delle strade, allo scopo di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione, provvedono:

a) alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo, nonché delle attrezzature, impianti e servizi

È d'altra parte ormai consolidato nella giurisprudenza amministrativa un

orientamento giurisprudenziale che qualifica il servizio di illuminazione pubblica in termini di servizio pubblico locale, in ragione della qualificabilità in tali termini, ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000, dei servizi di cui i cittadini usufruiscono uti singuli e come componenti della collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali (così Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 2 settembre 2013, n. 4339).

2.2.1. In secondo luogo, per quanto riguarda la compatibilità con le norme dei trattati europei e con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese, richiesta dall'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, la deliberazione consiliare si esprime come segue con motivazione non del tutto centrata rispetto al parametro normativo:

- *L'acquisizione della partecipazione sociale non è in contrasto con la disciplina dell'Unione Europea sugli aiuti di Stato e il divieto stabilito dall'art. 107, comma 1, TFUE che dispone: "sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza".*
- *il Comune acquisterà una quota pari all'1% (uno per cento) del capitale di Cogeser Servizi da Cogeser Spa, per un prezzo calcolato in base al valore del patrimonio netto alla data di acquisto. in ogni caso, il valore davvero minimo del prezzo pagato (circa euro 3.000) non è certo in grado di produrre effetti sulla concorrenza,*
- *L'operazione non integra affatto un aiuto di stato secondo il diritto dell'Unione Europea, perché il prezzo che sarà pagato dal comune per acquisire la partecipazione è stato determinato in base al patrimonio netto della società (composto da capitale, riserve e utili portati a nuovo) e, quindi, corrisponde al valore minimo della partecipazione, dato che non tiene conto del valore dell'avviamento, cioè delle prospettive reddituali future della società; inoltre trattandosi di una cessione di quote sociali e non di un aumento del capitale sociale, il prezzo della cessione viene percepito dal venditore (Cogeser Spa) e non dalla società in house che, perciò, non riceve alcun aiuto;*

2.2.2. Dal testo del provvedimento in esame, invece, risulta espressamente, come richiesto dal secondo periodo del comma 2 dell'articolo 5, che:

l'avviso di consultazione pubblica è stato pubblicato sulla home page del sito istituzionale per la durata di 15 giorni a far data dal 6 aprile 2023

La Sezione non può tuttavia non rilevare che, da una parte, non è chiaro quale sia stato l'oggetto della pubblicazione e della consultazione pubblica; dall'altro, il suddetto termine di quindici giorni della pubblicazione parrebbe coincidere con il termine previsto dall'articolo 124 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, per l'ordinaria pubblicazione all'albo pretorio della deliberazione della giunta comunale n. 23 del 4 aprile 2023 con cui, secondo il provvedimento in esame:

è stato approvato il progetto proposto da Cogeser Servizi e avviata la fase di consultazione pubblica.

Ne consegue che, a parere della Sezione, per le modalità e la durata limitata della pubblicazione, sia mancata una reale consultazione pubblica sull'operazione societaria.

2.3. Della rispondenza al parametro dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, si è già detto al precedente punto 2.1. Oggetto del servizio per il cui affidamento diretto viene acquisita la stessa partecipazione nella società è infatti la produzione di un servizio di interesse generale.

2.4. I parametri dell'articolo 7 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, sulla costituzione di società a partecipazione pubblica non sono pertinenti, fatta eccezione per quelli cui rinvia il successivo articolo 8, in quanto si tratta non della costituzione di una nuova società, bensì dell'acquisto di una partecipazione in una società già costituita.

2.5. Sembrano invece integralmente soddisfatti i parametri dell'articolo 8, il cui primo comma rinvia ai commi 1 e 2 del precedente articolo 7: il provvedimento è stato adottato con deliberazione del consiglio comunale (articolo 7, comma 1, lettera c) e l'atto deliberativo è conforme all'articolo 5, comma 1 (comma 2), con le precisazioni che seguono.

3. Sui parametri di sana gestione finanziaria la Sezione ha avuto modo di precisare che la valutazione sulla convenienza economica e sulla sostenibilità finanziaria si atteggia diversamente nel caso di costituzione di una nuova società rispetto all'acquisizione di una partecipazione in una società già costituita, perché solo in quest'ultimo caso, per esempio, «l'Amministrazione che intende acquisire la partecipazione ha il dovere di esaminare puntualmente gli ultimi bilanci di esercizio al fine di valutare che gli stessi non presentino ripetute perdite di esercizio» (deliberazione 161/2022/PAR cit.). La motivazione del provvedimento in esame si diffonde in diversi passi su questi aspetti, manifestando tuttavia due punti critici.

3.1. Il primo riguarda l'efficacia, intesa come capacità del modello organizzativo proposto nel caso concreto di conseguire gli obiettivi che si propone. Il provvedimento in esame, infatti, in un passaggio del punto 2 (Sulla convenienza economica) espone quanto segue:

la società ha due dipendenti operativi, come risulta dal Libro unico del lavoro di Cogeser Servizi (L.U.L. allegato 8)

o Ing. A. D.N. Project Manager nel settore della riqualificazione e gestione di impianti di pubblica illuminazione;

o M. C., perito industriale specializzato in elettrotecnica, con il ruolo di progettista illuminotecnico.

La Sezione, anche dopo i chiarimenti forniti dal comune, non può ritenere sufficiente un simile organico per l'autoproduzione del servizio secondo il modello *in house providing*, anche alla luce di quanto più avanti precisato dalla motivazione della deliberazione consiliare:

- *Il fatto che la dotazione organica, composta da due dipendenti, sia ridotta non impedisce alla società di svolgere il servizio di illuminazione pubblica in modo efficiente. Infatti, si tratta di un servizio la cui gestione richiede un limitato numero di personale, dato che gli interventi iniziali di riqualificazione degli impianti di illuminazione e di sostituzione dei punti luminosi con luci a LED saranno eseguiti da appaltatori esterni scelti tramite gara.*
- *Il personale di Cogeser Servizi elaborerà il progetto per la riqualificazione degli impianti e verificherà la corretta esecuzione degli interventi. In seguito, il personale dovrà verificare solo il corretto funzionamento degli impianti ed effettuare gli interventi necessari per riparare guasti e sostituire i componenti deteriorati (es., sostituzione bracci o lampadine a LED non funzionanti).*

La Sezione, pertanto, ritiene non idoneo, e perciò non rispondente al criterio dell'efficacia, il modello organizzativo proposto, che appalesa invece una carenza di capacità tecnica della società resa esplicita dalla dichiarata necessità di esternalizzare

una parte essenziale del servizio in contraddizione con la scelta del modello dell'autoproduzione.

3.2. L'acquisizione di una partecipazione per esercitare il controllo analogo su Cogeser Servizi s.r.l., finalizzata all'autoproduzione del servizio di illuminazione pubblica *in house*, non è coerente, dunque, con il predetto limitato organico della società, che perciò da un lato risulta carente della necessaria capacità tecnica di eseguire direttamente il servizio in alternativa al mercato; dall'altro, non risulta conforme alla dialettica tra autoproduzione ed esternalizzazione contemplata dall'articolo 5, comma 1, ultima parte, che richiede di motivare anche la scelta tra la «*gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato*». Il provvedimento sottoposto all'esame della Sezione, infatti, espone esplicitamente e contraddittoriamente una prospettiva non consona al dettato normativo, laddove afferma che:

gli interventi iniziali di riqualificazione degli impianti di illuminazione e di sostituzione dei punti luminosi con luci a LED saranno eseguiti da appaltatori esterni scelti tramite gara.

L'operazione in esame, così come prospettata, costituisce una sorta di terza via ibrida e contraddittoria non prevista dal diritto europeo e dal diritto interno. Anche nelle scienze aziendalistiche e nella teoria delle organizzazioni, peraltro, l'alternativa tra *outsourcing* e *in house providing*, icasticamente riassunta nel noto *trade off* espresso dalla formula *make or buy*, non prevede una simile terza via. Il comune di Liscate, invece, non sceglie né la via dell'esternalizzazione, tramite l'acquisizione del servizio sul mercato, secondo le regole di derivazione europea in materia di appalti pubblici; né una reale autoproduzione secondo il modello *in house providing*, posto che Cogeser Servizi s.r.l. dichiaratamente non produrrà, ma esternalizzerà, una parte essenziale del servizio. La fattispecie delineata dalla motivazione del provvedimento in esame, dunque, pare piuttosto affine, per certi versi, a quella della centrale di committenza prevista dall'articolo 4, comma 2, lettera e, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, di cui tuttavia, per altri versi, non possiede comunque tutti i requisiti. Oppure ancora a quella di un ufficio tecnico consortile, la cui forma societaria si scontra a sua

volta con le fattispecie di gestione associata delle funzioni dei comuni previste dal capo V del titolo II del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Né si può ritenere, infine, un temperamento conforme al mercato la scelta di “subappaltare” una parte del servizio nell’ambito di un modello che per definizione si pone come radicalmente alternativo a quello dell’appalto e dell’esternalizzazione. A stretto rigore, infatti, nel caso di specie neppure si può parlare di subappalto, perché nel modello *in house providing* non è ravvisabile il contratto base di appalto così come definito dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e dal nuovo codice dei contratti pubblici

3.3. La dichiarata volontà di esternalizzare «gli interventi iniziali di riqualificazione degli impianti di illuminazione e di sostituzione dei punti luminosi con luci a LED», infine, pone un ulteriore problema di logicità della motivazione del provvedimento in esame sotto il profilo della convenienza economica dell’operazione. Non è chiaro, infatti, come possa essere confrontata con altre la proposta della Cogeser Servizi s.r.l. in mancanza dei prezzi unitari dei predetti interventi di riqualificazione, che solo l’aggiudicazione del relativo contratto può determinare e rendere certi.

P.Q.M.

La Corte dei conti – Sezione regionale di controllo per la Lombardia – esprime parere non favorevole, nei sensi di cui in motivazione, sull’istanza con la quale il comune di Liscate ha trasmesso la deliberazione del consiglio comunale n. 21 del 23 maggio 2023 ai fini dell’acquisizione del parere prescritto dall’articolo 5, commi 3 e 4, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

Dispone la trasmissione della presente deliberazione via PEC al sindaco di Liscate, anche in qualità di presidente del consiglio comunale, perché ne informi l’assemblea.

Così deliberato in camera di consiglio nell’adunanza del 20 luglio 2023.

L’estensore
(Francesco Liguori)

Il Presidente
(Maria Riolo)

Depositata in Segreteria il 24 luglio 2023

Il Funzionario preposto
al servizio di supporto
(Susanna De Bernardis)