

Sezioni regionali di controllo

Basilicata

29 – Sezione controllo Regione Basilicata; deliberazione 21 marzo 2023; Pres. Tagliamonte, Rel. Gattoni; Ministero dell'istruzione.

Amministrazione dello Stato e pubblica in genere – Ufficio scolastico regionale – Dirigenti – Provvedimento dell'Ufficio scolastico regionale di assegnazione in eccedenza rispetto alla dotazione organica, disposta in esecuzione di pronuncia del giudice del lavoro – Assenza di autorizzazione ministeriale – Illegittimità – Sussiste.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 3.

È illegittimo, e in quanto tale inidoneo all'ammissione al visto e alla registrazione della Corte dei conti, il decreto dell'Ufficio scolastico regionale che, in esecuzione di una pronuncia cautelare dal giudice del lavoro, disponga – in assenza di apposita autorizzazione ministeriale in deroga – l'assegnazione di un dirigente scolastico in eccedenza rispetto alla dotazione organica regionale. (1)

(1) I. - Il testo integrale della relazione si legge in <www.corteconti.it>.

II. - In sede di controllo preventivo di legittimità, la Sezione lucana ha scrutinato l'assegnazione di un dirigente scolastico presso un istituto comprensivo potentino in eccedenza rispetto alla dotazione organica dei dirigenti scolastici prevista per la Regione Basilicata.

Accogliendo il ricorso di un dirigente (immesso in ruolo nell'anno scolastico 2022/2023, a seguito del superamento del corso-concorso nazionale bandito nel novembre 2017 e finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici, e assegnato alla Regione Lombardia sulla base della graduatoria di merito), con ordinanza cautelare ex art. 700 c.p.c. il giudice del lavoro di Milano condannava l'amministrazione ad assegnare il ricorrente al ruolo dirigenziale nella Provincia di Potenza o, in subordine, presso altra sede scolastica della Basilicata o, comunque, più vicina alla residenza del ricorrente medesimo.

In esecuzione di tale pronuncia, con il decreto sottoposto al controllo preventivo l'Ufficio scolastico regionale (Usr) conferiva all'interessato un incarico dirigenziale in eccedenza, non solo rispetto alle unità assegnate dal Ministero alla Regione Basilicata quali vincitrici del citato corso-concorso nazionale ma anche rispetto alla consistenza complessiva della dotazione organica dei dirigenti scolastici della stessa regione definita per l'anno scolastico 2022/2023.

A fondamento del diniego del visto e della conseguente registrazione, la Sezione ha posto i seguenti argomenti.

In primo luogo, ferma restando la necessità per l'Usr di dare esecuzione alla citata ordinanza cautelare del giudice del lavoro, le modalità di esecuzione di quest'ultima avrebbero dovuto tenere conto della consistenza complessiva della dotazione organica dei dirigenti scolastici, con "conseguente impossibilità di attribuzione di un posto in eccedenza [...] in assenza di una espressa autorizzazione e/o rettifica in tal senso da parte dell'Ufficio della direzione generale per il personale scolastico"; ciò in quanto, in mancanza di direttive di segno contrario, "le disposizioni contenute negli atti innanzi indicati esplicano efficacia vincolante per l'Usr rivestendo natura normativa".

In tal senso, la deliberazione ha richiamato l'esplicita dichiarazione dell'amministrazione ministeriale, in base alla quale in nessun caso l'esecuzione della pronuncia del giudice del lavoro avrebbe potuto determinare l'autorizzazione ad aumentare l'organico assegnato.

Inoltre, secondo il collegio, nessun rilievo può assumere il prospettato collocamento a riposo d'ufficio di 4 dirigenti scolastici a decorrere dall'1 settembre 2023, che nella prospettiva dell'Usr avrebbe comportato il riassorbimento dell'incarico conferito in esubero; si tratta, infatti, di circostanza futura, inidonea a spiegare effetti per l'anno scolastico in corso.

In secondo luogo, la legittimità del decreto dell'Usr in esame è stata negata a motivo dell'assenza di una revoca espressa del decreto di conferimento all'interessato dell'incarico dirigenziale presso una scuola lombarda, disposto dal locale Usr.

In assenza di una revoca espressa (e/o di una caducazione in sede giurisdizionale) del decreto da ultimo citato, la registrazione del nuovo atto "si porrebbe in contrasto con il primo, con la conseguente contemporanea – e per certi versi contraddittoria – sussistenza di due decreti di conferimento di incarichi dirigenziali e di due (collegati) contratti individuali di lavoro validi ed efficaci".

III. - Per un primo commento alla deliberazione in esame, cfr. V. Giannotti, *Corte dei conti: diritti di precedenza sempre validi. Il preside non va immesso in ruolo solo perché lo ha ordinato il giudice*, in <www.Italiaoggi.it>, 4 aprile 2023.

IV. - In base all'art. 112 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo), l'azione di ottemperanza può essere proposta dinanzi al giudice amministrativo per conseguire l'attuazione, tra l'altro, "delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato" (c. 2, lett. c).

Sull'inammissibilità del ricorso per ottemperanza ai fini dell'esecuzione delle ordinanze cautelari ex art. 700 c.p.c., trattandosi di provvedimenti non equiparabili alle sentenze passate in giudicato, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2021, n. 1463, secondo cui "l'ordinanza cautelare ex art. 700 c.p.c., se da un lato è una forma di tutela cautelare urgente e atipica – utilizzabile anche in fattispecie non espressamente e tassativamente previste e disciplinate dal c.p.c. –, non per ciò solo s'appalesa scollegata dal giudizio di merito, servendo solo alla parte, che la richieda, di conservare lo *status quo ante* della *res litigiosa* e, in certi casi, d'anticipare per tempo pure un assetto dei diritti assicurandone a priori la fruttuosità, essendo tuttavia evidente che, per i caratteri di strumentalità, provvisoria ed anticipazione della misura cautelare al giudizio di merito, occorre poi instaurare quest'ultimo e giammai prescindere".

V. - La vicenda in esame integra una di quelle ipotesi che segnalano l'esigenza di momenti di raccordo fra i diversi plessi giurisdizionali, al fine di evitare che il pluralismo delle giurisdizioni si risolva in un fattore di freno per l'operare della pubblica amministrazione, chiamata a dare attuazione a pronunzieri fra loro in conflitto.

Sul punto merita segnalare che il *Memorandum* sulle tre giurisdizioni superiori – siglato il 15 maggio 2017 dal Primo presidente della Corte suprema di cassazione, dal presidente del Consiglio di Stato, dal presidente della Corte dei conti, dal Procuratore generale presso la Corte suprema di cassazione e dal Procuratore generale presso la Corte dei conti – prevede tra le proprie finalità quella di "rafforzare gli strumenti organizzativi e formativi diretti a rendere certa la capacità di ciascun giudice di pronunciarsi tenendo conto del complesso della giurisprudenza in qualsiasi modo attinente al caso in giudizio, tanto nella propria quanto nell'ambito di altre giurisdizioni, valorizzando l'apporto di ciascuna e assicurando, in modo particolare nei

Emilia-Romagna

48 – Sezione controllo Regione Emilia-Romagna; deliberazione 18 aprile 2023; Pres. Pozzato; Rel. Carlo, Scognamiglio.

Contabilità regionale e degli enti locali – Regioni – Regione Emilia-Romagna – Referto annuale sulle tipologie di copertura delle leggi regionali di spesa e sulle tecniche di quantificazione degli oneri.

Cost., art. 81; l. 31 dicembre 2009, n. 196, legge di contabilità e finanza pubblica, artt. 17, 19; d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 della l. 5 maggio 2009, n. 42, art. 38, allegato 4/1; d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla l. 7 dicembre 2012, n. 213, disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012, art. 1, cc. 2 e 5.

Con la pronuncia in esame, la Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna ha approvato la relazione annuale sulla legislazione onerosa 2022, soffermandosi sulla tipologia delle coperture finanziarie adottate nelle leggi regionali approvate nel corso dell'esercizio e sulle modalità di quantificazione degli oneri.

La sezione, infatti, dopo aver illustrato il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento e valutato positivamente il recepimento da parte del legislatore regionale delle osservazioni contenute nella precedente relazione, ha affermato, tra gli altri, i seguenti principi concernenti la centralità della relazione tecnica (che, nell'ordinamento della Regione Emilia-Romagna, assume la denominazione di "scheda tecnico-finanziaria"): 1) nel caso in cui la legge di stabilità preveda nuovi oneri finanziari, ancorché tali previsioni non siano incompatibili con le finalità che l'art. 38 del d.lgs. n. 118/2011 assegna alla legge di stabilità regionale, è comunque necessaria la predisposizione della relativa scheda tecnico-finanziaria. Ciò in quanto il momento logico della quantificazione dell'onere va tenuto distinto da quello dell'individuazione del mezzo di copertura. Pertanto, anche se, per la natura stessa della legge di stabilità, la copertura può essere individuata nella legge di bilancio, contestualmente approvata, ciò non implica che le norme introduttive di nuovi oneri non debbano provvedere alla quantificazione degli stessi. Tale quantificazione deve essere assistita da una puntuale analisi di tutte le variabili rilevanti, che trova la sua corretta collocazione istituzionale nella scheda tecnico-finanziaria di corredo alla disposizione di spesa; 2) la scheda tecnico-finanziaria, che accompagna la legge regionale con cui è disposta la modifica delle

passaggi evolutivi, la continuità dei principi e delle tradizioni giuridiche incorporate nella giurisprudenza". [G. NATALI]

aliquote dell'addizionale regionale all'Irpef, deve contenere una stima analitica delle conseguenti variazioni delle correlative entrate e, in particolare, dei dati quantitativi necessari a dimostrare la sostanziale invarianza del gettito atteso dalla norma. (1)

49 – Sezione controllo Regione Emilia-Romagna; deliberazione 18 aprile 2023; Pres. Pozzato, Rel. Scognamiglio; Comune di Concordia sulla Secchia.

Contabilità regionale e degli enti locali – Enti locali – Contributi pubblici – Modalità di rappresentazione contabile dei "contributi a rendicontazione" – Imputazione dell'intero importo al primo esercizio – Illegittimità – Esclusione.

D.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 l. 5 maggio 2009, n. 42, allegato n. 4/2.

La corretta rappresentazione contabile delle risorse rinvenienti dai c.d. "contributi a rendicontazione", costituiti da trasferimenti erogati annualmente a favore di un ente locale sulla base della rendicontazione delle spese sostenute e di una precedente deliberazione dell'ente finanziatore, richiede che le entrate siano accertate con imputazione ai medesimi esercizi in cui sono stati registrati gli impegni da parte del medesimo ente finanziatore, non rispetta quindi il suddetto principio contabile un'imputazione dell'intero importo del contributo al primo esercizio di rendicontazione; in questo modo, infatti, si sovrastimano le entrate di competenza dell'esercizio con l'effetto di determinare un illegittimo ampliamento delle capacità di spesa dell'ente beneficiario e mettere rischio la complessiva tenuta degli equilibri di bilancio.

Lazio

59 – Sezione controllo Regione Lazio; deliberazione 30 marzo 2023; Pres. Mezzera, Rel. Sucameli; Comune di Roma Capitale.

Enti locali – Comune – Società – Ristrutturazione proprietaria – Atto deliberativo di costituzione – Controllo della Corte dei conti – Difetto di necessità e sostenibilità finanziaria dell'operazione – Parere negativo.

(1) Sul tema del Referto annuale sulle leggi regionali di spesa sia consentito il rinvio a Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 1 aprile 2022, n. 30, in questa Rivista, 2022, 3, 120, con nota di F. Izzo, *Fate bene, ma fate presto: l'importanza del profilo temporale nelle nuove potenzialità informative delle relazioni annuali delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti sulle coperture finanziarie e le tecniche di quantificazione degli oneri della legislazione regionale*, 121, ove ampi richiami e giurisprudenziali (in particolare sulla rilevanza della relazione tecnica anche per la legislazione regionale v. nt. 11, p. 122).

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, artt. 5, cc. 3 e 4.

La Corte dei conti, previo contraddittorio con l'ente locale, riscontrata la natura di parametri di valutazione di stretta legalità con cui è chiamata a giudicare la fattispecie, accerta il difetto di "necessità" e "sostenibilità finanziaria" dell'operazione autorizzata di acquisto delle quote residue del socio privato; rilascia pertanto, parere negativo, con tutti gli effetti di legge previsti dall'art. 5, cc. 3 e 4, Tusp. (1)

Diritto – (Omissis). IV. Il giudizio

10. L'operazione, prospettata supera il test di legalità dell'oggetto. Essa, infatti, prevede la ristrutturazione proprietaria di un soggetto societario con oggetto esclusivo l'erogazione di "un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi" (art. 4, c. 2, lett. a, e art. 4, c. 4, Tusp). Si tratta, cioè, di uno degli oggetti previsti dalla legge.

11. Per la stessa ragione, l'operazione appare conforme, sul piano della legalità degli effetti, al principio d'inerenza, mirando a erogare il servizio scolastico integrato, ai sensi dell'art. 2, lett. o), Tusp. Del resto, da questo punto di vista, la deliberazione dell'Assemblea capitolina n. 49/2023 conferma i contenuti della revocata deliberazione n. 99/2018. Su tale punto, il giudice amministrativo, ha ritenuto che esso è "qualificabile quale 'servizio di interesse generale' ai sensi dell'art. 4, c. 1, d.lgs. n. 175/2016 e inteso quale servizio unico di supporto al regolare funzionamento delle strutture scolastiche. Il servizio è infatti composto da una serie omogenea di attività, le quali si pongono al servizio dell'attività educativa stricto sensu intesa, rendendola più fruibile e ottimizzandola" (Tar Lazio, Sez. II, n. 7888/2019).

12. Tuttavia, questi elementi non sono innovativi, in quanto riproducono, in buona sostanza, quelli della precedente deliberazione n. 99/2018. Il contenuto innovativo riguarda la scelta del modello gestorio *in house*, strumentalmente al quale si revoca la delibera di primo grado e si dispone che Ama acquisti la quota dei soci privati, utilizzando, come prezzo per l'acquisto, la cessione dei rami di azienda *non core*. L'operazione, così configurata, non supera il test di legalità degli effetti, sotto il profilo del principio di necessità e del criterio della sostenibilità finanziaria.

12.1. In proposito, in accordo con la costante giurisprudenza amministrativa, per necessità non si intende indispensabilità (necessità assoluta) ma una necessità relativa, nel senso di dimostrabile e dimostrata maggiore idoneità della partecipazione ad assolvere al compito pubblicistico di fornire un servizio di interesse generale in modo qualitativamente più adeguato e a condizioni economiche più favorevoli rispetto all'ordinaria modalità esternalizzatrice (un "qualifica-

to nesso", basata su "reali necessità istituzionali degli enti", Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011, nn. 1572 e 1573).

12.2. Gli argomenti spesi in tale senso da Roma Capitale per dimostrare la presenza del presupposto, infatti, risultano infondati.

13. Il primo argomento consiste nella sopravvenienza di una normativa statale per cui le istituzioni educative devono usare personale di supporto interno. Tale *ius superveniens*, richiamato nella motivazione, ha dato abbrivio, come riportato in fatto, all'istruttoria ordinata dalla giunta capitolina, che ha condotto alla revisione consiliare delle scelte effettuate nel 2018.

13.1. Più nel dettaglio, la deliberazione n. 49/2023 ritiene che la costituzione dell'organismo *in house* sarebbe imposta dalla sopravvenienza dell'art. 1, c. 760, della legge di bilancio 2019 (l. n. 145/2018). La disposizione richiamata ha novellato l'art. 58 d.l. n. 69/2013, stabilendo che "5-bis. A decorrere dal 1° gennaio 2020, le istituzioni scolastiche ed educative statali svolgono i servizi di pulizia e ausiliari unicamente mediante ricorso a personale dipendente appartenente al profilo dei collaboratori scolastici e i corrispondenti posti accantonati, ai sensi dell'art. 4 del regolamento di cui al d.p.r. 22 giugno 2009, n. 119, sono resi nuovamente disponibili, in misura corrispondente al limite di spesa di cui al comma 5. Il predetto limite di spesa è integrato, per l'acquisto dei materiali di pulizia, di 10 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2020".

13.2. L'amministrazione capitolina ha riconosciuto che si tratta di norma che concerne una fattispecie del tutto diversa e che non impone l'istituzione di un organismo *in house*. Essa, infatti, riguarda: a) istituzioni di livello statale, b) aventi come oggetto istituzionale l'erogazione del servizio educativo scolastico (non l'ente *dominus* a fini generali) e, in ogni caso, c) impone l'uso del personale con rapporto giuridico direttamente ascrivibile alla stessa istituzione educativa e non di organismi terzi. Come è evidente, Roma Capitale non è un'istituzione educativa né titolare diretta del rapporto di lavoro con i dipendenti di Rms.

13.3. Tuttavia, sulla motivazione della deliberazione n. 49/2023, il comune ha chiarito che il richiamo della legge di bilancio 2019 documenta un *favor* ordinamentale per l'utilizzo di personale scolastico ausiliario sotto il proprio controllo diretto, condizione che realizzerebbe attraverso il controllo analogo che il comune verrebbe a esercitare su un organismo *in house*. In quest'ottica, la legge di bilancio 2019 concorrerebbe a rendere "relativamente necessario" il ricorso a tale modello organizzativo.

13.4. L'argomento, anche con queste precisazioni, resta infondato per dimostrare la necessità di cui all'art. 5 Tusp. Oltre a riguardare una fattispecie diversa, la norma esprime un disfavore verso l'utilizzo di personale il cui rapporto di lavoro (e il relativo costo) si imputa sul bilancio di un ente autonomo. In altri termini, da un punto di vista contabile, la disposizione impone l'identità tra il bilancio su cui si imputa

(1) Segue la nota di A. Carapellucci, *Il "parere" ex art. 5 Tusp è un controllo successivo di legittimità?*

la spesa del rapporto di lavoro e la titolarità giuridica del rapporto medesimo. In questo modo, il principio che se ne ricava è che l'autoproduzione dei servizi in questione deve essere sia formale che sostanziale, garantendo un controllo completo del rapporto di lavoro e dei suoi costi.

13.5. Per contro, il ricorso all'intermediazione di una società *in house* per l'autoproduzione e l'erogazione di beni e servizi, anche strumentali, resta circondato da un chiaro sfavore ordinamentale, come risulta dall'art. 4, c. 4, Tusp e dall'art. 192 d.lgs. n. 50/2016 (richiamato, a sua volta, dall'art. 16, c. 7, Tusp), norme che dispongono limiti precisi alla costituzione e affidamento diretto di beni e servizi a tali soggetti. Tale approccio resta confermato dall'art. 17 d.lgs. n. 201/2022, il quale ha ribadito che gli “enti locali e gli altri competenti possono affidare i servizi di interesse economico generale di livello locale a società *in house*, nei limiti e secondo le modalità di cui alla disciplina in materia di contratti pubblici e di cui al d.lgs. n. 175/2016”.

14. La decisione di acquisto delle quote di minoranza per la costituzione di un organismo *in house*, in secondo luogo, viene motivata ritenendo che (con il dettaglio contenuto nell'allegato B) l'affidamento diretto a un organismo in controllo analogo, di per sé, per evidenza logica, “consentirebbe di raggiungere soprattutto l'obiettivo del miglioramento della qualità del servizio scolastico integrato, sia in ragione dell'innegabile caratterizzazione educativa del ruolo svolto dagli operatori del servizio stesso [...], sia mediante una costante e programmata attività di formazione del personale, di monitoraggio e controllo delle prestazioni” (p. 16 della deliberazione, richiamando l'allegato B).

14.1. In buona sostanza, si ritiene che la necessità della costituzione di una società *in house* deriverebbe da un sicuro ed evidente miglioramento della qualità dei servizi collegata, astrattamente, alla modalità gestoria. La gestione *in house*, mediante il controllo analogo, infatti, garantirebbe, oltre a un maggiore accentramento e controllo sulla formazione del personale, l'eliminazione dello storico contenzioso con Rms.

14.2. Il ragionamento risulta giuridicamente e concretamente infondato. Come detto, dal punto di vista giuridico, la preferenza per l'erogazione pubblica di beni e servizi per mezzo di organismi *in house* non può basarsi sul richiamo all'art. 1, c. 760, della legge di bilancio 2019. La società partecipata e *in house* integra una forma di autoproduzione soltanto indiretta, intermediata da una struttura con un proprio bilancio e un'autonomia di funzionamento assicurata dal diritto civile, specie sotto il profilo contabile. In secondo luogo, sussiste una preferenza verso il ricorso diretto al mercato.

14.3. In proposito, la preferenza per il ricorso al mercato o all'autoproduzione, per l'ordinamento europeo, è una scelta rimessa al legislatore interno (Corte giust. Ue, Sez. IX, ord. 6 febbraio 2020, cause C-89/19 a C-91/19, punti 41 e 47). La legislazione na-

zionale, per contro, a livello costituzionale, contempla il principio di sussidiarietà orizzontale, ai sensi dell'art. 118 Cost., secondo cui “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale”. A livello di legislazione ordinaria, sussistono numerose norme che, inoltre, esprimono uno sfavore per la costituzione di strutture pubbliche che derogano al principio dell'universalità del bilancio, attraverso sistemi contabili di diritto privato, che non prevedono gli stessi presidi pubblicistici a tutela dell'equilibrio di bilancio (contabilità autorizzatoria e controlli *ex 148-bis* Tuel). La costituzione di una società *in house*, infatti, da un lato, consente forme di controllo gestorio analoghe all'erogazione interna e in economia, ma, allo stesso tempo, consente di derogare alla regola dell'universalità di bilancio dell'ente *dominus* e di affidare risorse pubbliche a un soggetto che può operare sui mercati di destinazione, con finanziamenti pubblici, con rischio di alterare la concorrenza (Corte cost., n. 325/2010, punto 3.1.1.1. *in diritto*), attraverso una contabilità che non prevede un sistema autorizzatorio per la copertura delle spese (art. 81, c. 3, Cost.), alla stregua di quanto previsto per l'ente *dominus*.

14.4. In ragione dei principi richiamati, il legislatore statale ha optato per una disciplina restrittiva che pone limiti alla costituzione *ad hoc* di società a scopo di autoproduzione e all'attività contrattuale a valle (art. 4, c. 4, e 16, c. 7, richiamante l'art. 192 d.lgs. n. 50/2016). Tale ultima disposizione, più nel dettaglio, fornisce i criteri legali per effettuare la scelta tra affidamento diretto in autoproduzione e ricorso al mercato.

14.5. Ne consegue che il criterio normativo per riscontrare la necessità del ricorso alla costituzione di società *in house*, finalizzate, come nel caso di specie, al dichiarato fine di pervenire a un affidamento diretto, è proprio l'art. 192 del codice dei contratti, il quale opera come parametro interposto dell'art. 5, cc. 1 e 3, Tusp. In conclusione, non esiste nessuna preferenza né logica né ordinamentale per la costituzione di organismi *in house* nella forma di società partecipate.

14.6. Fatta questa premessa, che esclude qualsiasi validità dell'argomento astratto della garanzia di migliori servizi, in termini qualitativi e finanziari, attraverso la costituzione di un organismo *in house* (allegato B della delib. n. 49/2023), anche gli argomenti in concreto forniti risultano privi di riscontro. Il primo riguarda la prospettiva dell'eliminazione di un contenzioso che, dalla documentazione resa, non risulta affatto legata al modello precedentemente prescelto, ma a concrete opzioni manageriali dello stesso comune. Rms, infatti, è attualmente un organismo societario misto, sotto il controllo dell'amministrazione capitolina, con il 51 per cento della partecipazione. In quest'ottica, sono imputabili al comune sia l'abuso delle proroghe tecniche, sia la scelta di concentrare il *business* di Rms sul *global service* che ha creato, da un lato, una rendita di posizione su mercato per

l'attuale concessionario, per altro verso, una vera e propria dipendenza economica tra bilancio di Rms e continuità del *global service* per il servizio scolastico. In entrambe le scelte, il comune si pone come centro decisionale, ora delle committenze, ora quale baricentro della *governance* della società *target*. In buona sostanza, il contenzioso che Roma Capitale imputa a disfunzioni del mercato deriva da scelte manageriali che sono riconducibili allo stesso comune, quale socio di controllo, e non al modello di gestione prescelto.

14.7. La dipendenza economica dalla commessa comunale, infatti, è ampiamente documentata nella *due diligence*, che evidenzia l'assenza di un'adeguata diversificazione del *business*, per cui il *global service* per il servizio scolastico e il connesso ramo d'azienda si pongono come l'unico valore aziendale rilevante, a fronte della residualità degli altri rami d'azienda. Questa situazione economica e organizzativa ha indotto il consiglio di amministrazione di Rms a sollevare e proseguire il contenzioso per il mantenimento della commessa e per la partecipazione alla gara a doppio oggetto (verbali delle adunanze del consiglio di amministrazione del *target* tenutesi dal 9 luglio 2020 al 21 giugno 2022). In merito, Deloitte, nella relazione di *due diligence* osserva: “*si segnalano, con riferimento ai rapporti della società con Roma Capitale e, in particolare, alla richiesta dei soci Ama e Rekeep di abbandonare i contenziosi con Roma Capitale, le risultanze degli approfondimenti interni svolti dalle competenti strutture della società, secondo cui l'abbandono del contenzioso (dal quale si attende esito positivo) potrebbe: [...] a) privare la società del suo attuale asset principale, ossia il contratto di servizi con Roma Capitale; b) produrre seri effetti sulla continuità aziendale, poiché la società si troverebbe a dover fronteggiare un crollo verticale del fatturato senza un altrettanto crollo dei costi, il tutto a fronte di un'esposizione debitoria immutata*”.

15. Il secondo argomento utilizzato per dimostrare la necessità della costituzione dell'organismo *in house*, è il fallimento del mercato a fronte dell'evidente convenienza economica della gestione *in house*. Questa dimostrazione verrebbe fornita attraverso l'allegato A e il piano economico-finanziario della gestione *in house* di Rms riferita al solo *global service* del servizio scolastico integrato.

15.1. La consolidata giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102; Sez. IV, 19 ottobre 2021 n. 7023), sulla base dell'art. 192 del codice dei contratti, sottolinea che il ricorso all'*in house* presuppone il riscontro di due condizioni: a) la dimostrata incapacità del mercato di offrire il servizio *de quo* alle medesime condizioni qualitative, economiche, di accessibilità, garantite dal gestore oggetto del controllo analogo (fallimento del mercato); b) la sussistenza di specifici benefici per la collettività derivanti dall'affidamento diretto *in house*, come già detto, concretamente dimostrati.

15.2. Nel caso di specie, le condizioni non sono state dimostrate, risultando, per contro, evidenze a)

dell'esistenza di un mercato e, per altro verso, b) della comparabilità delle offerte tra operatori a controllo pubblico e operatori privati. In terzo luogo, c) la dimostrazione della maggiore efficienza e convenienza dell'operatore a controllo pubblico si è avvalsa di una metodologia che, *ab extrinseco* (senza entrare nel merito dei singoli parametri di costo), appare irragionevole.

15.3. Quanto al primo profilo, a valle della deliberazione dell'Assemblea capitolina n. 99/2018, si è pervenuti: a) alla manifestazione di interesse di 6 imprese; b) alla partecipazione effettiva di 1; c) all'aggiudicazione, sebbene non ancora definitiva, del servizio con prezzi comparabili a quelli con cui il servizio viene attualmente erogato da Rms. Esiste, pertanto, un mercato e anche un'evidente comparabilità delle offerte, per qualità e prezzi, tra operatori pubblici e privati.

15.4. Inoltre, la convenienza economica dell'offerta pubblica, nell'allegato A, viene dimostrata sulla base di un ragionamento che appare viziato dal punto di vista logico. L'amministrazione, infatti, si profonde in una comparazione tra l'offerta attualizzata di Cns (a suo tempo, provvisoriamente aggiudicataria) e l'offerta con cui Rms ha ottenuto l'affidamento in una gara-ponte sulla base di una diversa *lex specialis*.

15.5. A prescindere dalle considerazioni che, nel caso concreto, trattandosi di revoca di una precedente deliberazione che travolge gli atti di gara di un'altra procedura (con l'effetto di giustificare la revoca attraverso una procedura competitiva del tutto virtuale e senza possibilità di un confronto concreto a parità di condizioni), il raffronto tra le offerte di mercato utilizzate come *proxy* appare irragionevole, poiché la comparazione non tiene conto di elementi necessari, con l'effetto di rendere i risultati dell'allegato A inattendibili e iniqui. Ci si riferisce, in particolare: 1) al diverso contesto giuridico (*lex specialis* di riferimento) e temporale (situazione di mercato, durata della commessa) della gara a doppio oggetto e della gara-ponte; 2) al vantaggio competitivo derivante dalla posizione di mercato dell'attuale concessionario; 3) alla costruzione di un piano economico-finanziario senza tenere conto della precaria situazione economico-finanziaria di Rms, il cui risanamento determinerà un costo preliminare per il gruppo municipale. Infatti, è del tutto ragionevole immaginare che i debiti pregressi e le perdite non emerse nel patrimonio netto di Rms potranno essere accollate integralmente sull'attuale socio privato, al momento dell'acquisto delle partecipazioni e della cessione di rami di azienda *non core*.

15.6. Le offerte comparate, infatti, prendono a riferimento costi che si basano su situazioni di mercato distanti nel tempo, che hanno sicuramente l'effetto della fluttuazione dei prezzi dei fattori di produzione. In secondo luogo, la durata del contratto a gara su cui si sono formulate le offerte (6 anni la gara a doppio oggetto, 2 anni quella ponte) incide notevolmente sull'offerta, che deve potere ammortizzare i costi fissi di avviamento.

15.7. Inoltre, la seconda offerta (Rms nella gara-ponte), si avvale dell'indubitabile vantaggio competitivo di non dover subire tali costi di avviamento (in quanto Rms è già titolare del servizio); tale vantaggio competitivo abbatte, in modo occulto, tutti i costi considerati nell'allegato A e posti a raffronto.

15.8. Così ragionando, l'affidamento in proroga o con gara-ponte, più che ventennale, a Rms diventa ragione della prevalenza competitiva *a priori* dell'attuale affidatario e, quindi, della necessità di costituire una società *in house* per confermare il servizio in affidamento diretto.

16. Tale vantaggio completo, produttivo di minori costi, peraltro, è compensato in negativo dalla situazione economico-finanziaria di Rms del tutto sottaciuta dalla motivazione della deliberazione n. 49/2023, ma emergente dall'allegato di Deloitte, richiamato *per relationem* dalla deliberazione dell'Assemblea capitolina. Infatti, la deliberazione non supera nemmeno il test degli effetti sul piano di sostenibilità finanziaria, poiché la documentazione rassegnata (relazione di *due diligence* di Deloitte) e quella disponibile negli archivi pubblici (bilancio 2021), dimostrano una grave crisi finanziaria di Rms.

16.1. Un più attento esame dell'allegato C (relazione di *due diligence* di Deloitte), cui la deliberazione fa rinvio, contiene, infatti, informazioni che smentiscono la prospettiva di equilibrio e di produzione di utili del soggetto partecipato (sostenuta nell'allegato A), anche in caso di acquisto della quota partecipativa dei privati. Il comune sostiene che i due documenti non sono comparabili, poiché il piano economico-finanziario si sviluppa nel presupposto della cessione di rami *non core*, senza in nessun modo però chiarire a chi e come verranno accollati i debiti e le perdite occulte in sede di ripartizione dei rami di azienda e quale sarà il costo di rifinanziamento per la parte *core*. Pertanto, si deve presumere che perdite, costi e debiti resteranno prevalentemente a carico della nuova Rms, quanto meno in termini proporzionali.

16.2. Nel documento del consulente esterno, infatti, si sottolinea l'aleatorietà della valutazione della società *target*, in ragione dell'esistenza di possibili costi occulti non ancora registrati in poste di bilancio (accantonamenti, svalutazione, sopravvenienze passive). Infatti, la valutazione secondo il metodo del patrimonio netto rettificato conduce a un valore della partecipazione *target* più alto, di circa 6,8 milioni; la metodologia reddituale conduce, invece, a un valore più basso di circa 3,1 milioni. In tale senso è, infatti, l'incertezza sull'esigibilità di crediti con le parte correlate, segnatamente: "a) un ingente credito vantato nei confronti di Atac in procedura concorsuale, per circa 13,6 milioni; b) un credito riconosciuto dal Tar Lazio per adeguamento del corrispettivo contrattuale per il global service nei confronti del Dipartimento scuola di Roma Capitale, per circa 5,9 milioni; c) corrispettivi a canone e congruo costo orario dei servizi prestati per il global service nei confronti del Dipartimento scuola di Roma Capitale (aggiudicato a

canone e applicato invece a misura da Roma Capitale) per gli ultimi 4 anni scolastici, per circa 9,1 milioni".

16.3. In sede di concordato con Atac, in stato di profonda crisi finanziaria, l'ingente credito (per circa 13,6 mln), è stato di fatto ridotto a soli 4,2 milioni, da incassare, auspicabilmente, entro il 2023. I restanti 9,4 milioni si sono trasformati in strumenti finanziari partecipativi, costituenti passività subordinate, ossia capitale di rischio di Atac. Si tratta di strumenti finanziari che non danno più diritto all'incasso del capitale, se non in caso di liquidazione giudiziaria di Atac e, comunque, in modo postergato rispetto agli altri creditori, sull'eventuale residuo patrimoniale in caso di liquidazione della società. In buona sostanza, al credito di valuta, si sostituisce un credito di valore, incorporato in uno strumento finanziario che dà diritto solo a eventuali utili.

16.4. L'operazione, pertanto, realizza uno scambio reciproco di capitale di rischio tra partecipata (Rms) e partecipante (Roma Capitale, socio unico tanto di Ama che di Atac). In questo modo, Rms ha finanziato per 9,4 milioni il capitale di Atac e, allo stesso tempo, ha accettato di realizzare una sopravvenienza passiva che, una volta contabilizzata, peserà per il 51 per cento su Ama, quale socio pubblico di Rms (e quindi sul gruppo del Comune di Roma).

16.5. Le sopravvenienze non si sono peraltro ancora manifestate nel bilancio di Rms (e, quindi, non impattano sul patrimonio netto e sul conto economico). Infatti, il fondo svalutazioni crediti, ma anche il fondo rischi, non registrano alcunché di correlato a tale operazione. Di qui, la divergenza tra i due metodi di calcolo del valore nella *due diligence* e la non credibilità della prospettiva di produzione di utili.

16.6. Si riporta, di seguito, l'ammontare del fondo svalutazioni crediti verso i controllanti e i clienti:

Tabella 1. *Fondo svalutazione crediti verso controllanti. Estratto da bilancio 2021 Rms*

Tabella 2. *Fondo svalutazione crediti verso clienti. Estratto da bilancio 2021 Rms*

16.7. Per il fondo rischi e oneri, in nota integrativa risulta un accantonamento esiguo rispetto ai valori in gioco, che non tiene conto del valore fallimentare, allo stato, degli strumenti partecipativi in Atac (le cui prospettive di utile sono lontane e, comunque, non in grado di compensare l'immediata perdita di valore sul credito di valuta e sul capitale finanziario investito).

Tabella 3. *Estratto da nota integrativa bilancio Rms 2021. Fondo rischi ed oneri*

16.8. Il bilancio 2021, pertanto, incrociato con le altre informazioni disponibili (di cui si dà notizia, peraltro, nella relazione sulla gestione) evidenzia costi netti occulti, in grado di incidere sul conto economico di Rms e sul suo patrimonio netto. Infatti, per evitare che la partecipazione incrociata realizzi lo svuotamento del capitale di Rms, autorizzando distribuzioni di utile senza un effettivo aumento dell'attivo patrimoniale, la variazione patrimoniale dovrebbe generare un

prudenziale accantonamento per pari valore, fino a chiusura della fase esecutiva (art. 249 d.lgs. n. 14/2019) del concordato e pieno ripristino della condizione di impresa *in bonis* di Atac. In buona sostanza, il credito verso Atac si palesa come fonte di costi latenti per svalutazioni crediti o accantonamenti a fondo rischi che non hanno ancora avuto, a detta del documento allegato (*due diligence* di Deloitte) e del rendiconto 2021, una manifestazione di bilancio e che mina i risultati della stima della società *target*.

17. Inoltre, la documentazione riferisce di una crisi finanziaria non limitata a questi aspetti. La società è, infatti, esposta al rischio incombente di liquidazione giudiziaria, atteso che, nella stessa *due diligence*, si parla del ritiro dei fidi dei partner bancari e di una crisi di liquidità.

17.1. Ubi Banca (oggi Intesa San Paolo) ha, infatti, imposto un “piano di rientro di un affidamento in essere di 6,5 milioni per la cessione del credito concordatario Atac, dal verbale del 31 marzo 2021”.

17.2. Inoltre, “a detta del collegio sindacale, la situazione finanziaria di Rms è “prossima a non avere soluzioni” a causa della scarsa liquidità e dei debiti bancari che ammontano a circa 7,5 milioni nel breve termine, cui si aggiungono gli ulteriori 5 milioni incassati da Banca Progetto, quasi del tutto già assorbiti per azzerare debiti fiscali e previdenziale”. La situazione, si scrive nella *due diligence*, potrebbe peggiorare in quanto Rms è esposta “al rischio che l'accensione delle procedure di licenziamento collettivo possa determinare la decadenza dal beneficio del termine e l'obbligo di immediata restituzione delle somme di cui al contratto con Banca Progetto”.

17.3. Pertanto, lo stato economico-finanziario in cui versa la società *target*, in caso di acquisto del controllo analogo, mina la credibilità della produzione di utili, con *income* capace di determinare l'autofinanziamento del ciclo di bilancio del servizio scolastico (utili evocati nella motivazione). Anzi, l'acquisto della partecipazione cointestata a Rekeep e alla Veneta Servizi rischia di tradursi in una manleva dei privati da tali rischi e, allo stesso tempo, di accollare su Roma Capitale il risanamento della società partecipata, nella sua integralità.

18. La deliberazione n. 49/2023, infine, non tiene in nessun conto del costo aggiuntivo per il bilancio di Roma Capitale, in termini di accantonamenti necessari al fondo rischi per il contenzioso generato con Cns (ricorso notificato a gennaio, prima della deliberazione dell'Assemblea capitolina). Anche questo elemento, come detto sotto, genera un costo che, al momento, non rende sostenibile finanziariamente la scelta organizzativa compiuta dal punto di vista del bilancio dell'ente territoriale. Del resto, solo a seguito degli approfondimenti istruttori, è emerso che il comune ha accantonato nel proprio bilancio di previsione una somma riferita a tale contenzioso, attualmente pari a 270.501,86 euro.

18.1. Tale accantonamento, peraltro, non corrisponde all'intero costo latente per il bilancio dell'amministrazione civica. Infatti, la quantificazione del rischio si effettua sulla base degli Ias e Oic (oltre che dell'Ipsas n. 19, par. 20 ss.), secondo i quali si possono distinguere 4 categorie di rischio (certo, probabile, possibile, remoto). Secondo un percorso metodologico standard, consolidato nella giurisprudenza contabile (Sez. contr. reg. Lombardia, n. 95/2022/Par e n. 69/2020/Prsp; Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, n. 229/2021/Prse; Sez. contr. reg. Lazio n. 60/2021/Prsp; Sez. contr. reg. Campania, n. 240/2017/Prsp), occorre liquidare il valore del rischio, moltiplicando il valore del contenzioso per un coefficiente associato alla classe di rischio.

18.2. L'Avvocatura civica ha classificato il rischio di soccombenza come “possibile”. Secondo il documento Oic n. 31, è tale la passività per cui il grado di avveramento dell'evento che la può generare è inferiore al probabile; per lo Ias 37 il grado di possibile ricorre se è più verosimile che il fatto non si verifichi piuttosto che il contrario, cioè la probabilità che il fatto non si verifichi è maggiore della probabilità che si verifichi (un 51 per cento che non si verifichi contro un 49 per cento che si verifichi, un 52 per cento contro un 48 per cento e così via). Quindi, il *range* di accantonamento potrebbe essere da un massimo del 49 per cento fino a un minimo che si determina in base alla soglia del successivo criterio di classificazione. Come riportato in fatto, il comune ha classificato il rischio come possibile; in assenza di un'espressa quantificazione, si può ritenere che esso sia almeno del 10 per cento.

18.3. La quantificazione del valore di causa, peraltro, non è stata fornita, replicando argomentazioni che attengono al merito sperato della causa (probabile soccombenza, al massimo, rispetto al solo interesse negativo). Tuttavia, tale valore non è nella disponibilità del comune; esso è un dato oggettivo ricavabile dagli atti (ricorso di Cns, qui inviato il 3 marzo), mentre le valutazioni di merito hanno indotto la stessa Avvocatura a valutare solo come “possibile” il rischio di soccombenza. Considerato che la base d'asta della gara a doppio oggetto relativa all'erogazione per 6 esercizi aveva un valore totale di ricavi e che essa è stata aggiudicata a Cns, con ribasso a 265.017.956,80 euro, e che il *mark-up* presunto per l'imprenditore erogante, in base agli atti di gara prodotti (che tengono conto della partecipazione agli utili al 49 per cento), si può quantificare in circa il 5 per cento dei ricavi e che la richiesta di risarcimento del danno comprende danno emergente e lucro cessante, il valore del contenzioso è quantificabile in circa 13,5 milioni.

18.4. L'interesse positivo richiesto è quindi quantificabile in tale misura. Applicando il coefficiente di rischio indicato dalla stessa Avvocatura (possibile, con la percentuale più ottimistica) tale operazione comporta un onere di accantonamento immediato sul risultato di amministrazione presunto del bilancio in corso di esecuzione ben definibile, pari al 10 per cento

dell'importo presuntivo di 13,5 milioni, ossia di circa 1,35 milioni (oltre al rischio di soccombenza calcolato sull'interesse negativo).

18.5. Di tale accantonamento non vi è traccia di menzione nella deliberazione n. 49/2023. In ogni caso, il ragioniere generale ha riferito che sul bilancio di previsione 2023 è stato effettuato un accantonamento per euro “270.501,86 (Iva 22 per cento inclusa) riferito alla passività a titolo di potenziale indennità per i rischi derivanti dalle istanze di ricorso presentato dalla società Cns”. Inoltre, non è stato chiarito in quante annualità si prevede di procedere all'accantonamento complessivo, nel rispetto dei principi contabili, i quali stabiliscono che in “*presenza di contenzioso di importo particolarmente rilevante, l'accantonamento annuale può essere ripartito, in quote uguali, tra gli esercizi considerati nel bilancio di previsione o a prudente valutazione dell'ente*” (principio contabile applicato allegato 4/2, d.lgs. n. 118/2011, punto 5.2, lett. h). In quest'ottica, la ripartizione dell'accantonamento complessivo non può superare la durata degli archi temporali previsti dagli artt. 193-194 e 188 Tuel. Di questo processo di valutazione e della ripartizione di un rischio ragionevolmente di circa 1,35 milioni non è stato dato conto nella motivazione della deliberazione n. 49/2023, né tantomeno con riferimento al bilancio in corso di esecuzione, su cui gli approfondimenti verranno effettuati nelle competenti sedi di cui all'art. 148-bis Tuel.

V. Conclusioni.

19. La deliberazione n. 49/2023 è una deliberazione di secondo grado, i cui contenuti innovativi si limitano alla scelta del modello gestorio *in house*, strumentalmente al quale si revoca la delibera di primo grado del 2018 e si dispone che Ama acquisti la quota dei soci privati (utilizzando, come prezzo, la cessione dei rami di azienda *non core*).

20. Come evidenziato dalle Sezioni riunite in sede di controllo (delib. n. 16/2022/Qmig), nell'esame “*previsto dall'art. 5, c. 3, Tusp sui parametri della sostenibilità finanziaria e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, la competente sezione della Corte dei conti verifica la completezza e l'adeguatezza degli approfondimenti condotti dall'amministrazione, anche in ragione della complessità dell'operazione sottoposta ad esame, nonché l'affidabilità e attendibilità delle stime effettuate, ai fini di una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni cui perviene l'amministrazione*”. I molteplici e complessivi elementi di incoerenza con i precetti di ‘necessità’ e ‘sostenibilità finanziaria’ sopra evidenziati impediscono di esprimere parere positivo ai sensi dell'art. 5, c. 3, Tusp, in ordine alla sopra descritta operazione.

21. In particolare, la scelta per la costituzione di una società *in house* (in uno con l'obiettivo del futuro l'affidamento diretto) è avvenuta ignorando l'esistenza di un mercato e argomentando, in ogni ca-

so, il suo fallimento sulla base di un astratto *favor* logico e normativo per l'affidamento diretto (insussistente). Da tale argomento l'amministrazione ricava che il controllo analogo sarebbe in sé capace di assicurare il miglioramento qualitativo del servizio rispetto a quanto può essere offerto dal mercato. Per contro, laddove la motivazione prova a dimostrare in concreto la preferenza per tale opzione, l'amministrazione si avvale di una comparazione virtuale logicamente viziata, in quanto non considera adeguatamente: a) il diverso contesto giuridico (*lex specialis* di riferimento) e temporale (situazione di mercato, durata della commessa) della gara a doppio oggetto e della gara-ponte; b) il vantaggio competitivo derivante dalla posizione di mercato dell'attuale concessionario; c) i costi economici e finanziari del necessario, preliminare, risanamento del bilancio di Rms, nonché gli effetti diretti sul bilancio di Roma Capitale.

22. La motivazione, infatti, ignora gli attuali problemi finanziari della società partecipata che hanno un potenziale impatto di circa 13 milioni, a fronte di un patrimonio netto di Rms di circa 6 milioni. Per quanto attiene al bilancio di Roma Capitale, la deliberazione non ha tenuto conto del costo connesso al prevedibile contenzioso sorto per effetto delle decisioni assunte.

23. Infine, sulla base delle considerazioni che precedono, l'operazione negoziale per l'acquisto delle partecipazioni dei privati in Rms si prospetta tutt'altro che finanziariamente neutra, sia per i costi non considerati, sia per la necessità preliminare di risanare il bilancio di Rms (nel rispetto dell'art. 14 Tusp) e, comunque, per l'impossibilità di comprendere come il debito e i costi latenti di Rms saranno distribuiti e assorbiti nella trattativa tra Ama e Rms che, in ogni caso, deve essere rispettosa delle leggi in materia di contratti pubblici.

P.q.m., la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio:

- esprime, per le ragioni indicate in parte motiva, parere negativo in ordine all'acquisizione di quote di Rms; (*omissis*).

Il “parere” ex art. 5 Tusp è un controllo successivo di legittimità?

Sommario: 1. *Premessa. Una norma di compromesso.* – 2. *Il contributo della Sezione regionale di controllo per il Lazio.* – 3. *Il problema dell'oggetto del controllo, fra atto e motivazione.* – 4. *Gli effetti del parere negativo: autotutela vincolata?* – 5. *Una possibile lettura alternativa.*

1. *Premessa. Una norma di compromesso*

La pronuncia in commento rappresenta uno dei contributi più significativi nella direzione di individuare, per il parere previsto dall'art. 5 Tusp sugli atti deliberativi in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, una collocazione nel

quadro dei controlli intestati alla Corte dei conti e, in particolare, alle sezioni regionali di controllo.

Le Sezioni riunite, con la deliberazione n. 16/2022, hanno chiarito che la novella legislativa ha affidato alla Corte una nuova forma di controllo, non riconducibile alla funzione consultiva. Molti dubbi permangono, tuttavia, circa la natura del controllo, i suoi limiti e le concrete modalità operative dell'istituto. La deliberazione della Sezione Lazio tenta di fornire una risposta ad alcuni di questi interrogativi.

Prima di affrontare la sua analisi è opportuno, tuttavia, spendere alcune parole sulla genesi della norma attribuita della nuova competenza, che può offrire elementi utili alla sua interpretazione.

La legge per la concorrenza 2021 (l. 5 agosto 2022, n. 118), all'esito di un complesso viatico parlamentare (1), sembra infatti aver optato, sul punto, per una soluzione di compromesso.

La versione iniziale del disegno di legge governativo (2) prevedeva – in materia di servizi pubblici locali – un ruolo estremamente incisivo dell'Agcm, chiamata ad esprimersi in via preventiva sulla decisione dell'ente di ricorrere all'autoproduzione, nonché – sugli atti deliberativi in materia di partecipazioni societarie – un parere della Corte dei conti “in ordine alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficacia, efficienza ed economicità”.

Nel corso dell'esame del disegno di legge, la nuova competenza dell'Agcm veniva eliminata ma, parallelamente, erano avanzate proposte emendative nelle quali al parere della Corte si sostituiva una deliberazione con effetti vincolanti, espressamente qualificata come impugnabile innanzi alle Sezioni riunite in speciale composizione (3).

Diversa e, in un certo senso, “ibrida” è la soluzione accolta nel testo definitivo, probabilmente frutto di un compromesso raggiunto in sede parlamentare.

L'invio dell'atto deliberativo alla Corte dei conti, già previsto a fini conoscitivi (4), diviene funzionale all'emissione di un parere, il cui oggetto è rappresentato essenzialmente dalla conformità a norme giuridiche. Il parere della Corte dev'essere reso entro un termine perentorio (60 giorni), non ha carattere vincolante ma obbliga, se negativo, a “motivare analiticamente” le ragioni per le quali l'amministrazione intende discostarsene, dandone adeguata pubblicità.

(1) Sul quale v. *Iter parlamentare del d.d.l. S. 2469*, e i relativi dossier, in <www.senato.it>.

(2) D.d.l. n. 2469, XVIII legislatura, in <www.senato.it>.

(3) Cfr., oltre agli atti parlamentari già citati, Confindustria, *Nota di aggiornamento sul d.d.l. concorrenza 2021*, in <www.confindustria.it>, 4 agosto 2022, nonché C. Fotina, *Pnrr, il D.d.l. concorrenza arranca frenata sui servizi pubblici locali*, in <www.ilsole24ore.com>, 5 maggio 2022.

(4) Sulla sua integrazione nell'esistente sistema dei controlli v. F.A. Cancilla, *Le società a partecipazione pubblica*, Roma, Direkta, 2019, 63 ss.

Appare chiara la finalità del parere, volto a presidiare il rispetto dei limiti e delle condizioni che il legislatore ha posto all'utilizzo dello strumento societario, in coerenza con le finalità generali del testo unico. La possibilità di ricorrere allo strumento societario per perseguire i fini istituzionali dell'ente pubblico è infatti fortemente limitata sotto il profilo sostanziale e procedurale dalle norme del d.lgs. n. 175/2016 (5).

A tale scopo, il legislatore ha dapprima assoggettato l'atto deliberativo a motivazione rafforzata (“onere di motivazione analitica”) (6) e precisato il rapporto tra questo e gli atti negoziali attuativi: l'invalidità dei primi determina l'inefficacia dei secondi (7).

Tra la fase pubblicistica e quella privatistica, si inserisce ora la pronuncia della Corte, a garanzia della quale è previsto un termine di *standstill* in cui sembra preclusa all'amministrazione la possibilità di dare seguito alle proprie determinazioni (così, espressamente, la deliberazione in commento).

Inevitabile domandarsi in cosa consista, concretamente, il nuovo controllo “in forma” di parere. Il legislatore non ha voluto sottoporre al controllo preventivo di legittimità gli atti in questione, né assoggettarli esplicitamente a un controllo successivo. Allo stesso tempo, ha però scartato la soluzione inizialmente proposta dal Governo, quella di un parere relativo alla sostenibilità finanziaria della scelta, più facilmente riconducibile alla funzione consultiva.

2. Il contributo della Sezione regionale di controllo per il Lazio

Nella pronuncia in commento, il controllo *ex art. 5 Tusp* è esplicitamente ricondotto alla categoria dei controlli di legittimità-regolarità (par. 4.5 della motivazione in diritto) e descritto quale controllo successivo agganciato a parametri di sostenibilità finanziaria, ai sensi dell'art. 20 della l. n. 243/2012 (par. 4.2).

L'oggetto del controllo è individuato nella legittimità della scelta compiuta dall'amministrazione, sia pure per il tramite dello scrutinio sulla “motivazione analitica”. Afferma infatti la Sezione Lazio (par.

(5) Per questa lettura del d.lgs. n. 175/2016, in relazione alla generale capacità giuridica di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, v. A. Blasini, *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica* in *Dir. amm.*, 2018, in particolare 433-435.

(6) Il generale obbligo (o dovere) di motivazione (art. 3 l. n. 241/1990) diviene “onere”, nelle parole del legislatore, tradendo lo sfavore per lo strumento societario, la cui ammissibilità è assoggettata al soddisfacimento di un *onere probatorio* circa la sussistenza di sufficienti ragioni per farvi ricorso.

(7) Art. 8, c. 2, Tusp. Secondo la lettera della disposizione, sia la totale mancanza dell'atto deliberativo che l'esistenza di un atto illegittimo ma efficace (ad esempio, perché divenuto inoppugnabile) priverrebbero comunque di efficacia l'atto negoziale attuativo (da considerarsi nullo?). La scarsa attenzione per le categorie giuridiche, che interessa ormai anche gli interventi sulla legge sul procedimento amministrativo, è fortemente stigmatizzata dalla dottrina: v. M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2019, in particolare 589 ss.

7.2.2) che il controllo sull'atto deliberativo “non può essere meramente formale, ossia consistente nel solo riscontro dell'esistenza di una motivazione analitica del provvedimento”, ma che esso si concreta in un “rigoroso sindacato estrinseco del percorso ragionativo della motivazione e della documentazione data” (sul punto si tornerà nel prosieguo)

Circa gli effetti del parere negativo della Corte, la pronuncia afferma che esso obbligherebbe l'amministrazione (par. 4.1) al riesame in senso tecnico dell'atto deliberativo, nell'esercizio di autotutela vincolata. In questo senso il controllo produrrebbe i suoi effetti non nei confronti dell'atto, ma nei confronti dell'ente, in coerenza con l'art. 20 della l. n. 243/2012 (par. 4.2).

Si tratterebbe, quindi, di un peculiare controllo sugli atti, che produce i suoi effetti sull'amministrazione che li ha adottati, riconducibile – per i parametri e per la natura dicotomica dell'esito – alla categoria dei controlli di legittimità-regolarità (8).

Un controllo, tuttavia, che per l'oggetto e il particolare effetto prodotto, mostra evidenti affinità con la categoria dei controlli successivi di legittimità. È rispetto a questi ultimi, in effetti, che si è prospettata la doverosa rimozione dell'atto in autotutela quale conseguenza dell'esito negativo (9).

3. Il problema dell'oggetto del controllo, fra atto e motivazione

L'art. 5 Tusp individua l'oggetto del controllo nella conformità dell'atto deliberativo a norme giuridiche, ma non risparmia un richiamo alla sostenibilità finanziaria e ai principi di efficienza, efficacia ed economicità, cui faceva esclusivo riferimento la versione originaria del disegno di legge.

In proposito, la deliberazione in commento si limita a evidenziare come la posizione costituzionale della Corte impedisca una valutazione delle possibili scelte alternative dell'amministrazione, precisando peraltro che a tale conclusione si giunge “considerata la natura giudiziaria del controllo” (par. 7.2).

La Sezione Lazio, in concreto, esercita un controllo non distinguibile, sul piano dell'oggetto, delle modalità e dei parametri, dal controllo di legittimità sugli atti (nel caso di specie, successivo), svolto attraverso un “rigoroso sindacato estrinseco del percorso ragio-

nativo della motivazione e della documentazione data”.

Sul punto è opportuno soffermarsi.

Nel mai sopito dibattito sul rapporto tra potere amministrativo e sindacato giurisdizionale, le locuzioni “sindacato debole/sindacato forte” hanno ormai soppiantato la più tradizionale dicotomia tra sindacato estrinseco ed intrinseco. Si ritiene infatti comunemente che i poteri oggi attribuiti al giudice amministrativo consentano l'accesso diretto al fatto, superando lo “schermo” del provvedimento (10). È proprio l'accesso diretto al fatto a sollevare il problema del sindacato c.d. forte o sostitutivo, della cui ammissibilità si discute con particolare riferimento alle valutazioni tecniche (11).

La Corte dei conti, nel tradizionale controllo preventivo di legittimità sugli atti, come nelle ipotesi di controllo successivo, non dispone di mezzi istruttori né di tempi analoghi a quelli del giudice amministrativo. Da ciò si potrebbe dedurre che il suo sindacato sugli atti sia necessariamente di tipo estrinseco.

Le Sezioni riunite, nella deliberazione n. 16/2022, hanno delineato i criteri generali per l'esercizio del controllo ex art. 5 Tusp richiamando le acquisizioni della giurisprudenza in materia di sindacato sulle valutazioni tecniche e concludendo nel senso di un sindacato che potrebbe definirsi intrinseco, riguardando l'attendibilità delle valutazioni effettuate, ma che è pur sempre riferito all'adeguatezza dell'istruttoria e alla complessiva ragionevolezza delle conclusioni dell'amministrazione (12). In un contesto in cui è esclusa la consulenza tecnica, del resto, è difficile immaginare un sindacato intrinseco nel senso in cui la giurisprudenza amministrativa normalmente lo intende.

Più delle definizioni, è però il concreto atteggiarsi del sindacato sulle scelte dell'amministrazione ad assumere rilievo.

(10) *Ex multis*, M. D'Orsogna, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, 290. L'origine della svolta è ricondotta alla decisione del Consiglio di Stato n. 610/1999.

(11) Senza che siano state, ad oggi, individuate soluzioni soddisfacenti. L'approccio casistico e settoriale della giurisprudenza è ben illustrato in un recente saggio: A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, Jovene, 2021.

(12) “Nell'esame previsto dall'art. 5, c. 3, Tusp sui parametri della sostenibilità finanziaria e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, la competente sezione della Corte dei conti verifica la completezza e l'adeguatezza degli approfondimenti condotti dall'amministrazione, anche in ragione della complessità dell'operazione sottoposta ad esame, nonché l'affidabilità e attendibilità delle stime effettuate, ai fini di una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni cui perviene l'amministrazione” (Corte dei conti, Sez. riun. contr., 3 novembre, 2022, n. 16, in questa *Rivista*, 2022, 6, 85).

(8) Ricondurre il parere ex art. 5 Tusp alla categoria dei controlli di legittimità-regolarità solleva il problema della sua impugnabilità ai sensi dell'art. 11 c.g.c., espressamente affrontato nella discussione parlamentare, ma con riferimento alle proposte in cui la pronuncia della corte non era qualificata come parere ed era vincolante per l'amministrazione (v. memoria delle Sezioni riunite in sede di controllo alla 10ª Commissione permanente del Senato della Repubblica, n. 1/2022/Aud). Si ritornerà sul punto nelle conclusioni.

(9) V. M. Atelli, *I controlli successivi di legittimità su atti della Corte dei conti: effettività e portata*, in questa *Rivista*, 2021, 5, 25, che affronta il problema anche con riferimento ai controlli sui provvedimenti di revisione straordinaria delle partecipazioni societarie, previsti dallo stesso Tusp.

Nella deliberazione in commento, la Sezione Lazio esercita un sindacato piuttosto incisivo, che certamente si estende, oltre che al vizio di violazione di legge, all'eccesso di potere nella sua più moderna accezione, quella di vizio della funzione, che consente il controllo del percorso logico-argomentativo seguito dall'amministrazione nel controllo del perseguimento del fine pubblico (13).

È opportuno ricordare come, in passato, si dubitasse che lo stesso controllo preventivo di legittimità potesse estendersi all'eccesso di potere (14). Il problema, più che teorico, è pratico, attenendo alla effettiva possibilità di scrutinare la scelta dell'amministrazione alla luce degli elementi disponibili.

È forse per questo motivo che altre sezioni della Corte, nel rendere il parere negativo, hanno precisato che l'oggetto del proprio controllo *ex art. 5 Tusp* è rappresentato principalmente dalla motivazione (15).

L'idea di un controllo sulla motivazione (16) – e conseguentemente sull'istruttoria i cui esiti la stessa richiama – consente, fra l'altro, di valorizzare la scelta del legislatore di prevedere un supplemento di motivazione in caso di parere negativo.

Secondo le categorie tradizionali del diritto amministrativo, una motivazione viziata è infatti *sintomo* di eccesso di potere, cioè di cattivo esercizio della discrezionalità, da cui può discendere il giudizio di illegittimità del provvedimento, in assenza di elementi di segno contrario (17). Nel caso di specie, l'esito negativo del controllo può essere superato, per espressa previsione legislativa, da un supplemento di motivazione, dal quale possono emergere elementi che dimostrino il corretto perseguimento dell'interesse pubblico nel caso concreto. (si tratterebbe, in questo senso, di una motivazione "postuma", pur al di fuori del contesto processuale).

Diversa è però la prospettiva adottata dalla Sezione Lazio, che attribuisce alla motivazione sul superamento del parere negativo la natura di atto di secondo grado.

(13) V. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, 447.

(14) M. Sciascia, *La Corte dei conti*, Milano, Giapeto, 2020, 57 ss.

(15) Così Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, n. 31/2023, ove si parla di controllo "rapportato principalmente all'onere motivazionale [...] in linea con il principio generale immanente all'ordinamento giuridico, secondo il quale ogni decisione amministrativa deve essere debitamente motivata".

(16) La distinzione fra vizi della motivazione in quanto tale e vizi della funzione è concettualmente possibile: v. G. Bergonzi, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, 317.

(17) P. Lazzara, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in A. Romano (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, 208. Sul punto v. anche R. Cavallo Perin, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento dell'atto amministrativo per violazione di legge*, in *Dir. amm.*, 2022, 126.

4. Gli effetti del parere negativo: autotutela vincolata?

La pronuncia in commento considera l'ipotesi dell'esito negativo del controllo e del suo superamento da parte dell'amministrazione nella prospettiva del riesame.

Il parere negativo obbligherebbe infatti a un nuovo esercizio del potere, risultante in un provvedimento di secondo grado (quindi in un atto che sostituisce il precedente, esaminato dalla Corte).

Il riesame potrebbe avere esito caducatorio ma anche confermativo, in ciò concretandosi la possibilità di "procedere egualmente" prevista dalla norma. È l'attivazione del procedimento di riesame (18), quindi, ad essere (in tesi) doverosa.

Tale ricostruzione, certamente suggestiva, suscita alcune perplessità.

Di "autotutela vincolata" si è dibattuto, nella dottrina amministrativistica, in due contesti piuttosto diversi.

Il primo, più tradizionale, è quello in cui, trattando del fondamento del potere di autotutela e in particolare dell'annullamento d'ufficio, ci si interrogava sulla sua natura discrezionale o vincolata e si enunciavano ipotesi nelle quali esso risulterebbe doveroso. Archetipo di queste ipotesi è l'accertamento dell'illegittimità da parte del giudice ordinario, privo del potere di annullare l'atto ai sensi della legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865 (19).

Il contesto in cui tali riflessioni venivano sviluppate è di molto precedente alla codificazione del potere di annullamento d'ufficio e di convalida (art. 21-*nonies* l. n. 241/1990), in cui il legislatore ha optato per una concezione dell'autotutela come potere latamente discrezionale, sottoposto a limiti temporali ed esercitabile solo in presenza di un interesse pubblico specifico alla rimozione dell'atto (20). A fronte di tale previsione generale, si è evidenziato che le eccezioni, pur ipotizzabili, richiederebbero un'espressa previsione di legge (21).

La dottrina tradizionale, inoltre, si misurava con un processo amministrativo nella quale non erano previsti azioni e poteri di condanna pubblicistica: non era

(18) Sulla necessaria distinzione tra obbligo di procedere e obbligo di provvedere, anche in relazione all'autotutela, v. S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, Esi, 2017, 121 ss.

(19) V. ad esempio, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, 14^a ed., 710.

(20) In dottrina si è autorevolmente affermato come anche nei casi di autotutela doverosa il potere di annullamento d'ufficio comporta la valutazione dell'interesse pubblico: non circa l'esistenza – in positivo – di un interesse alla rimozione dell'atto, bensì – in negativo – sull'assenza di ragioni per la sua conservazione. V. ancora R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit.*, 560, che richiamano, in proposito, V. Cerulli Irelli, *Principii del diritto amministrativo*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2005, 261.

(21) V. in proposito, M. Immordino, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, cit., 311.

quindi ipotizzabile alcuna forma di coercibilità dell'autotutela da parte del privato.

Proprio per questo motivo il dibattito attuale si concentra, invece, sulla (eventuale) doverosità del riesame alla luce di istanze del privato, in funzione di tutela di interessi individuali qualificati, nelle ipotesi in cui il provvedimento sia divenuto inoppugnabile (22).

La giurisprudenza in materia ammette, a livello teorico, che in particolari circostanze l'autotutela sia doverosa (23), ma sono rare le pronunce in cui tali circostanze sono accertate. Ciò per l'evidente ragione che l'autotutela doverosa (quindi coercibile) si presta all'elusione del termine il cui decorso conferisce all'atto amministrativo l'inoppugnabilità, con conseguenze indesiderabili sul piano della certezza dei rapporti giuridici.

Nel caso del controllo previsto dall'art. 5 Tusp, ci si deve, in primo luogo, domandare se un'ipotesi di autotutela vincolata sia configurabile alla luce del dettato normativo. Si può sostenere – sul piano dell'interpretazione letterale – che una norma siffatta, priva di alcun riferimento espresso a un nuovo esercizio del potere (“ove l'amministrazione interessata *intenda procedere egualmente*”), configuri un'eccezione alla regola dell'autotutela discrezionale di cui all'art. 21-*nonies*?

Ancora, ci si deve chiedere se sia realmente riconducibile alle ipotesi di annullamento d'ufficio a seguito di controllo con esito negativo un riesame (in tesi) doveroso nell'*an*, ma con possibile esito conservativo, cioè di conferma della decisione adottata. La dottrina tradizionale si soffermava, infatti, su ipotesi di *annullamento* doveroso, frequentemente connesso al problema dell'estensione degli effetti del giudicato, della possibilità di rinunciarvi o di approfittarne (24).

Non vanno inoltre trascurate le conseguenze di tale interpretazione sulla tutela dei terzi.

Esistono soggetti controinteressati rispetto all'annullamento in autotutela dell'atto deliberativo: la società (già esistente) destinataria dell'acquisto delle partecipazioni; i suoi soci, pubblici e privati; i molti *stakeholders*, almeno qualora l'intervento configuri, come nel caso affrontato dalla pronuncia in commento, un sostanziale salvataggio.

Per tali soggetti, non è indifferente che ci si trovi dinnanzi a un'autotutela vincolata, esperibile in modo automatico, senza considerazione delle ragioni di inte-

resse pubblico e dell'affidamento ingenerato nei privati (25).

Si potrebbe obiettare che l'autotutela si attiverebbe immediatamente, prima della stessa esecuzione dell'atto deliberativo, che non potrebbe quindi ingenerare alcun affidamento tutelabile.

Così opinando, si trascurerebbero però le ipotesi patologiche di inerzia dell'amministrazione, nonché i suoi eventuali comportamenti elusivi.

Se l'ente, a fronte del parere negativo della Corte, rimanesse inerte o si affrettasse ad adottare un formale supplemento di motivazione per poi procedere con l'esecuzione della deliberazione, si aprirebbe la possibilità, per i soggetti a ciò interessati, di ricorrere al giudice amministrativo al fine di obbligare al riesame dell'atto. Si immagini l'impresa interessata alla messa a gara di un contratto oggetto di affidamento diretto a una società *in house*: nel termine di un anno potrebbe esperire il ricorso avverso il silenzio-inadempimento (art. 31 c.p.a.), mettendo in discussione la stabilità degli atti di diritto societario con i quali l'amministrazione ha nel frattempo dato attuazione alla propria delibera.

Sono quindi diverse le ragioni per cui l'autotutela vincolata – *rectius* il riesame doveroso, con esito caducatorio o confermativo – a fronte del parere negativo della Corte appare problematica.

5. Una possibile lettura alternativa

Una possibile lettura alternativa della norma valorizza il ruolo – autonomo e del tutto peculiare – della motivazione, in coerenza con la rubrica dell'art. 5 Tusp (“Oneri di motivazione analitica”) e muove dalla considerazione che le numerose ipotesi di “motivazione postuma” conosciute nella prassi non configurano necessariamente ipotesi di riesame, cioè di nuovo esercizio del potere (26).

Con la novella legislativa è stato introdotto un aggravamento procedurale al ricorso allo strumento societario da parte delle pubbliche amministrazioni, che consiste nell'acquisizione del parere della Corte e nel successivo, eventuale, supplemento di motivazione.

La finalità perseguita è quella del rispetto dei vincoli posti dall'ordinamento al ricorso allo strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche e una maggiore responsabilizzazione (*accountability*) del decisore, presidiata dagli obblighi di pubblicazione.

Se ogni provvedimento amministrativo è necessariamente motivato (art. 3 l. n. 241/1990), gli atti deliberativi in questa materia sono assoggettati a un obbligo motivazionale rafforzato: i commi primo e se-

(22) C. Micciché, *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati: tra partecipazione e organizzazione*, in <www.federalismi.it>, 4 maggio 2022.

(23) Di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2022, n. 2564.

(24) E. Casetta, *Sulla potestà d'annullamento d'ufficio, di revoca e di rinuncia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo*, in *Rass. dir. pubb.*, 1951, 3, 178 (oggi in Id., *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2015, 19).

(25) L'esistenza di un interesse pubblico all'annullamento assume rilievo, infatti, innanzitutto nella sua comparazione con gli interessi dei privati coinvolti alla conservazione dell'atto.

(26) N. Berti, *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385), in *Dir. proc. amm.*, 2022, 198.

condo dell'art. 5 delineano il contenuto della motivazione in termini ben più specifici e rigorosi della norma generale della legge sul procedimento. L'eventuale sindacato del giudice amministrativo (certamente "intrinseco") è reso più penetrante dalla motivazione analitica.

Il controllo intestato alla Corte si incentra sulla motivazione dell'atto deliberativo ed esprime, in questo senso, un sindacato di tipo estrinseco, coerente con i tempi, i poteri istruttori e la struttura del controllo.

In caso di parere negativo, l'amministrazione è chiamata a un supplemento di motivazione, che ha come riferimento esclusivo i rilievi contenuti nel parere. L'onere motivazionale dell'atto deliberativo è così *ulteriormente* aggravato e proprio in ciò consiste l'effetto giuridico del parere negativo.

Il giudice amministrativo potrà annullare la deliberazione, viziata da eccesso di potere, per il solo fatto che il supplemento di motivazione non è idoneo a superare i rilievi della Corte dei conti, mentre la totale inerzia a fronte del parere negativo potrebbe addirittura integrare il vizio di violazione di legge: l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 l. n. 241/1990, nel caso di specie, si sostanzia infatti in due atti successivi.

Resta naturalmente possibile, in base alle regole generali, che l'amministrazione opti, in alternativa, per il riesame, finalizzato all'annullamento d'ufficio dell'atto o alla sua convalida, con eliminazione del vizio di legittimità (nei casi in cui ciò è possibile). L'ipotesi della conferma in senso tecnico è parimenti ammissibile.

L'eventuale annullamento dovrà essere motivato, oltre che con le ragioni dell'illegittimità, anche con riferimento all'interesse pubblico: ad esempio, con l'inopportunità dell'investimento a fronte del rischio di future contestazioni dell'affidamento diretto di contratti (in un caso come quello di specie, in cui l'operazione societaria è finalizzata all'affidamento *in house* del servizio scolastico integrato). Dovrà inoltre tenersi conto, in ragione del tempo effettivamente trascorso, dell'affidamento ingenerato nei soggetti controinteressati.

Il riesame della decisione è quindi discrezionale, non coercibile e assoggettato ai limiti di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990.

In questa diversa prospettiva, il controllo della Corte dei conti resta pienamente efficace, senza però identificarsi, nella sostanza, con il controllo di legittimità sugli atti né sollevare il problema dell'impugnabilità del parere negativo che, secondo la pronuncia in commento, pur senza vincolare l'amministrazione a una specifica scelta, le imporrebbe di rimuovere o sostituire l'atto deliberativo.

ANDREA CARAPPELLUCCI

* * *

Lombardia

80 – Sezione controllo Regione Lombardia; deliberazione 27 marzo 2023; Pres. Riolo, Rel. Cucuzza; Comune di Cornaredo.

Enti locali – Comune – Società – Delibera di conferma della decisione di acquisire una partecipazione societaria già sottoposta al controllo della Corte dei conti ai sensi dell'art. 5, c. 3, Tusp – Non luogo a deliberare.

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, art. 5, cc. 3 e 4; l. 5 agosto 2022, n. 118, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, art. 11.

Non vi è luogo a provvedere sulla delibera del consiglio comunale che conferma una precedente decisione di acquisizione di una partecipazione societaria finalizzata all'affidamento in house del servizio di igiene urbana ed ambientale, già precedentemente sottoposta al controllo della Corte dei conti nelle forme del parere di cui all'art. 5, cc. 3 e 4, d.lgs. n. 175/2016 (Tusp). (1)

(1) I. - La massima fornisce alcune coordinate interpretative in merito ai limiti della nuova funzione assegnata alla Corte dei conti dall'art. 11 l. n. 118/2022 che ha modificato l'art. 5, cc. 3 e 4, Tusp. In base al nuovo quadro normativo, gli atti deliberativi di costituzione di una società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta, da parte di una pubblica amministrazione, devono essere trasmessi, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'art. 21-*bis* l. 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti; diversamente dal testo precedente alla modifica, che qualificava l'invio alla magistratura contabile ai soli fini conoscitivi, la novella legislativa dispone che la Corte dei conti delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto ai vincoli normativi in materia, 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. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni.

II. - Le modalità e i confini del sindacato rimesso alla Corte dei conti sono stati definiti, in via nomofilattica dalle Sezioni riunite in sede di controllo: Corte conti, Sez. riun. contr., 18 novembre 2022, n. 16 e 23 novembre 2022 n. 19, entrambe, in questa *Rivista*, 2022, 6, 85 e 97, con nota di P. Cosa.

III. - Sul punto, la massima in commento esclude che possa essere nuovamente sottoposto a parere l'atto con cui il comune conferma la decisione di acquisto di partecipazioni societarie già esaminato dalla Corte dei conti. In materia di esercizio del controllo sugli atti deliberativi di costituzione societarie o di acquisto di partecipazioni, v. anche:

- Corte conti, Sez. contr. reg. Toscana, 21 dicembre 2022, n. 289, che ha escluso dall'assoggettamento al parere *ex art.* 5 Tusp gli atti deliberativi con cui un comune esercita il diritto di prelazione per l'acquisto di partecipazioni in una società di cui è già socio;

Rilevato – che il Comune di Cornaredo ha trasmesso la delibera di Consiglio comunale n. 8 del 28 febbraio 2023, avente ad oggetto «Conferma deliberazione c.c. n. 44 del 24 ottobre 2022 avente ad oggetto “ingresso nel capitale sociale di Amga Legnano s.p.a. mediante conferimento del 100 per cento delle quote societarie di Acsa s.r.l., finalizzato all’affidamento *in house* a società del gruppo Amga del servizio di igiene urbana ed ambientale e servizi collegati nel comune di Cornaredo - approvazione atti e documenti necessari e adempimenti conseguenti”»;

che nella medesima delibera il comune, dando atto che gli effetti della predetta delibera sono meramente “confirmatori del provvedimento già approvato”, espressamente esclude di dover reiterare, con riferi-

- Corte conti, Sez. contr. reg. Toscana, 19 dicembre 2022, n. 245, la quale ha statuito che la magistratura contabile non può esprimersi ai sensi dell’art. 5 Tusp su atti amministrativi che, con riferimento a specifiche operazioni societarie, abbiano natura di deliberazione meramente programmatica, in quanto prefiguranti vicende societarie solamente prospettive ed eventuali, ovvero condizionate al previo perfezionamento di altre operazioni dalle stesse presupposte, ma non ancora definite. Il controllo attribuito alla Corte dei conti dalla novella legislativa del 2022 si colloca proprio nel passaggio tra la fase pubblicistica, finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell’ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari, tra quelli ammessi dal Tusp, e quella privatistica volta a tradurre in attuazione la determinazione amministrativamente assunta, 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); esso ha 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;

- Corte conti, Sez. contr. reg. Toscana, 6 febbraio 2023, n. 27, che ha escluso dall’assoggettamento al parere *ex art. 5 Tusp* gli atti deliberativi con cui un comune prendeva parte ad un’operazione di azzeramento del capitale di una società con contestuale ricostituzione dello stesso *ex art. 2482-ter c.c.*;

- Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 6 ottobre 2022, n. 141, *ibidem*, 5, 158, con nota di A.M. Quaglini, la quale ha affermato il principio che non vi è luogo a provvedere sulla richiesta di parere ai sensi dell’art. 5, cc. 3 e 4, d.lgs. n. 175/2016, concernente la decisione di un comune di aderire ad un consorzio ai sensi dell’art. 2602 c.c., in quanto il negozio consortile non genera una società ed è pertanto estraneo all’applicazione del Tusp;

- Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 31 gennaio 2023, n. 17, *ivi*, 2023, 1, 152, con nota di richiami, secondo cui sono soggette a controllo *ex art. 5 Tusp* le deliberazioni di costituzione o acquisto di partecipazioni da parte dei consorzi di enti locali *ex art. 31 Tuel*, in quanto questi ultimi sono espressamente previsti nella definizione di “amministrazioni pubbliche” soggette alle disposizioni dell’art. 2, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 175/2016.

In tema di competenza a conoscere degli atti deliberativi di acquisto di partecipazioni o di costituzione societaria si veda Corte conti, Sez. riun. contr., 18 novembre 2022, n. 18, *ivi*, 2022, 6, 97, secondo cui la competenza per l’espletamento del controllo di cui art. 5 Tusp in merito ad un provvedimento relativo ad un’operazione di acquisizione di partecipazioni societarie da parte di una camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura spetta alla sezione regionale di controllo, competente per territorio ai sensi del citato art. 5, c. 4, Tusp. [A.M. QUAGLINI]

mento alla nuova delibera, gli adempimenti previsti dall’art. 5, c. 3, d.lgs. n. 175/2016 nei confronti della Corte dei conti e dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato; che, sulla deliberazione del consiglio comunale n. 44/2022, questa sezione si è già pronunciata con deliberazione n. 209/2022;

ritenuto – che, con riferimento ai casi in cui il decisum amministrativo rimane sostanzialmente inalterato a seguito di nuova deliberazione assunta dall’ente successivamente alla pronuncia adottata dalla Corte dei conti *ex art. 5, c. 3, d.lgs. n. 175/2016*, la Sezione non debba procedere ai sensi del medesimo art. 5 Tusp (cfr. Sez. contr. reg. Lombardia n. 56/2023); che restano comunque fermi gli altri poteri di controllo attribuiti alle sezioni regionali della Corte dallo stesso Tusp, con particolare riferimento ai controlli sulla razionalizzazione periodica delle partecipazioni, nonché dall’art. 1, c. 166, l. n. 266/2005 e dall’art. 148-*bis*, c. 2 Tuel cit., nell’ambito dei controlli di legittimità-regolarità sui bilanci dell’Ente locale;

P.q.m., la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, dichiara il non luogo a deliberare, ai sensi dell’art. 5, cc. 3 e 4, d.lgs. n. 175/2016, come modificato dall’art. 11 della l. 5 agosto 2022, n. 118, in ordine alla deliberazione del consiglio comunale n. 8 del 28 febbraio 2023 del Comune di Cornaredo.

Marche

53 – Sezione controllo Regione Marche; deliberazione 20 marzo 2023; Pres. Palomba, Rel. Marsico; Comune di Castelpiano.

Enti locali – Comune – Società – Acquisto di partecipazione indiretta – Costituzione di una nuova società – Società *in house* – Valutazione della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria dell’operazione ai sensi dell’art. 5 Tusp – Motivazione analitica riferita all’ente locale – Necessità.

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, artt. 4, 5, 16; l. 5 agosto 2022, n. 118, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, art. 11.

La delibera, con cui l’ente locale, nel prevedere l’acquisto di una partecipazione indiretta in una società consortile, che, non ancora costituita, risulta già affidataria, secondo il modello dell’“in house”, del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani da parte dell’ente di governo dell’ambito territoriale ottimale, si limita a rinviare alle valutazioni e alle decisioni adottate dall’assemblea dell’ente di governo del medesimo ambito territoriale, non è conforme al modello legale stabilito dall’art. 5 del d.lgs. n. 175/2016, secondo cui è l’amministrazione comunale, interessata all’acquisto della partecipazione, a dover valutare la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria

dell'operazione con riguardo agli effetti e alle ricadute della stessa sul proprio bilancio. (1)

Fatto – Con nota del Comune di Castelpiano in data 27 gennaio 2023 è stata trasmessa a questa sezione, ai sensi dell'art. 5, c. 3, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, d'ora innanzi anche Tusp), la delibera di consiglio comunale n. 2 del 26 gennaio 2023 avente ad oggetto "approvazione costituzione di società consortile a partecipazione indiretta per la gestione del servizio di igiene urbana affidato dall'assemblea territoriale d'ambito n. 2 Ancona".

Considerato in Diritto – (Omissis). La deliberazione consiliare n. 2/2023 ha per oggetto l'assunzione da parte del Comune di Castelpiano di una "partecipazione di capitale" nella costituenda società consortile, denominata Corum s.c.a.r.l., in regime c.d. "in house providing", per il tramite della propria partecipata "Viva servizi s.p.a.": quest'ultima, unitamente alle società Ecofon Conero s.p.a. e Jesiservizi s.r.l., intende costituire il nuovo organismo societario denominato appunto Corum s.c.a.r.l. Tale organismo societario, sebbene ancora in via di costituzione da parte delle tre menzionate società partecipate dagli enti locali della provincia di Ancona, risulta già affidatario del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani in forza del provvedimento n. 28 del 27 dicembre 2022 dell'Ata che aveva fatto seguito al provvedimento della stessa Ata in data 7 dicembre 2022, n. 23, volto ad approvare la "Relazione illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti per l'affidamento del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani alla società NewCo (relazione ex art. 34) quale esito della attività istruttoria dell'Ata a supporto della scelta della forma di gestione in house secondo l'indirizzo richiamato da ultimo in delib. n. 7/2022 e, dunque, quale relazione che assolve all'onere motivazionale prescritto dal combinato disposto degli artt. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 e 34, c. 20, d.l. n. 179/2012 per gli affidamenti in house providing".

Occorre, al riguardo, premettere che gli artt. 200 ss. del d.lgs. n. 152/2006 prevedono che il servizio di igiene urbana venga organizzato sulla base di ambiti territoriali ottimali delineati dalle regioni e che l'affidamento venga disposto dalle autorità d'ambito; precisamente, ai sensi dell'art. 202 d.lgs. n. 152/2006, "L'Autorità d'ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, secondo la disciplina vigente in tema di affidamento dei servizi pubblici locali [...]". In attuazione di tali disposizioni, la legge regionale Marche n. 24/2009, recante "Disciplina regionale in materia di gestione integrata dei rifiuti e bonifica dei siti inquinati", ha istituito, all'art. 6, c. 2, lett. b), l'Ato2-Ancona, coincidente con il territorio della provincia di Ancona, al quale partecipano obbligatoriamente i comuni e la provincia ricadenti

nel territorio di riferimento. Il successivo art. 7 disciplina le funzioni dell'Assemblea territoriale d'ambito (Ata), tra le quali sono ricomprese "l'organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati, secondo criteri di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza" (c. 4, lett. a) e "l'affidamento, secondo le disposizioni statali vigenti, del servizio di gestione integrata dei rifiuti, comprensivo delle attività di realizzazione e gestione degli impianti, della raccolta, della raccolta differenziata, della commercializzazione, dello smaltimento e del trattamento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti nell'Ato" (c. 4, lett. d). L'art. 7 l. reg. n. 24/2009 stabilisce anche che "le funzioni già esercitate dalle Autorità d'ambito di cui all'art. 201 d.lgs. n. 152/2006 sono svolte dall'Assemblea territoriale d'ambito (Ata) alla quale partecipano obbligatoriamente i comuni e la provincia ricadenti in ciascun Ato [...]". In tale contesto, è opportuno, altresì, richiamare quanto previsto dall'art. 3-bis, c. 1-bis, d.l. n. 138/2011, il quale dispone, tra l'altro, che "le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del c. 1 del presente articolo cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente".

Con riferimento all'atto consiliare del Comune di Castelpiano pervenuto a questa sezione, per quanto si può evincere dalla documentazione trasmessa, le tre società partecipate dagli enti locali della provincia di Ancona (Viva servizi s.p.a., Jesiservizi s.r.l., Ecofon Conero s.p.a.) che andrebbero a costituire la nuova società ("Corum s.c.a.r.l.") hanno presentato all'Ata la candidatura a svolgere il servizio di gestione integrata dei rifiuti; tale candidatura, secondo quanto rappresentato in atti, comporterebbe la nascita di un nuovo e ulteriore organismo societario, la c.d. *NewCo* denominata "Corum scarl" cui è stato affidato il servizio secondo il modello "in house providing" (delibere Ata nn. 23 e 28/2022). Dunque, la delibera del consiglio comunale di Castelpiano n. 2/2023 pervenuta a questa sezione è stata adottata a seguito della presentazione della candidatura a svolgere il servizio da parte di una sua società partecipata (Viva servizi s.p.a.) congiuntamente ad altre società nell'ambito della *NewCo* (delib. Ata n. 23/2022) cui è seguito l'affidamento del servizio alla costituenda società (delib. Ata n. 28/2022).

Orbene, a margine della complessa sequenza di atti brevemente tratteggiata (cfr. anche par. 2) è significativo, innanzitutto, constatare come nella deliberazione consiliare in argomento si affermi che "questo consiglio comunale non può che prendere atto e recepire gli argomenti istruttori, elaborati ed apprezzati dall'Autorità di ambito in sede di redazione della relazione ex art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012 e s.m.i."

(1) Segue nota di F. Izzo.

Tanto premesso, deve constatarsi come la decisione assunta dal consiglio comunale di Castelpiano con la citata d.c.c. n. 2/2023 appaia carente di un autonomo apprezzamento in merito alle circostanze legittimanti l'operazione societaria, trovandosi l'ente quasi a "ratificare" una volontà già formatasi in precedenza ed in altra sede (Assemblea Ata). Del resto, anche la motivazione c.d. *per relationem* dell'atto consiliare rispetto ad altro provvedimento in esso citato (delibere Ata), non dovrebbe limitarsi alla mera indicazione della fonte di riferimento, ma esplicitare, sia pure in via sintetica, i contenuti rilevanti ai fini della decisione di modo che gli stessi siano oggetto di autonoma valutazione da parte dell'ente procedente. In proposito, sembra potersi rilevare come l'atto consiliare pervenuto a questa sezione appaia non esprimere alcuna effettiva volontà decisionale nel senso dell'adozione dello strumento societario, tenuto conto che il provvedimento del comune prende atto dell'"*intervenuto affidamento*" del servizio alla costituenda società in regime c.d. "*in house providing*". In questa ottica, pare emergere una ambigua sequenza di atti volti alla definizione e all'approvazione dell'operazione societaria, senza che sia possibile cogliere esattamente in che termini si sia perfezionato il procedimento formativo della volontà dell'ente, anche con riferimento alla stessa scelta di ricorrere ad un ulteriore strumento societario in regime c.d. *in house providing*. Dunque – pur prendendo atto che, in ragione del quadro normativo e dell'iter decisionale sopra richiamati, vi fossero limitati margini di discrezionalità per la deliberazione del consiglio comunale – la successione e la cronologia degli atti di cui fa menzione il provvedimento consiliare all'esame ed il tenore letterale dei richiami contenuti nello stesso provvedimento a precedenti atti adottati in altra sede (Assemblea Ata) non consentono a questa sezione di esprimere una valutazione di conformità sul punto.

Ad ogni modo, in relazione a quanto precede, il collegio, pur considerando le poc'anzi descritte caratteristiche dell'iniziativa all'esame, formula il proprio parere ai sensi dell'art. 5 Tusp nelle considerazioni che seguono.

3.2. "Vincoli di scopo" e "vincoli di attività" (art. 5, c. 1, e art. 4 Tusp)

Nella materia delle partecipazioni pubbliche trova applicazione il principio della funzionalizzazione della capacità negoziale della pubblica amministrazione allo scopo istituzionale, sicché, nel declinare il contenuto dell'onere motivazionale posto in capo all'amministrazione, l'art. 5, c. 1, Tusp esige, innanzitutto, una analitica motivazione "*con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4*". Il combinato disposto dei cc. 1 e 2 dell'art. 4 Tusp individua per le partecipazioni societarie degli enti pubblici un "vincolo di scopo pubblico" e un "vincolo di attività" (cfr. Corte cost. n. 86/2022).

In particolare, l'art. 4 Tusp introduce un "vincolo di scopo" al c. 1 – ai sensi del quale "*Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*" – cui si accompagna al c. 2 un "vincolo di attività" in base al quale le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle seguenti attività: a) produzione di un servizio di interesse generale; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra pubbliche amministrazioni; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio d'interesse generale, attraverso un contratto di partenariato; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, o allo svolgimento delle loro funzioni; e) servizi di commitenza.

Le disposizioni dell'art. 4 Tusp – cui fa puntuale rinvio l'art. 5, c. 3, Tusp ai fini della pronuncia di cui trattasi – costituiscono norme espressive di principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica (cfr. Corte cost. n. 201/2022; Corte conti, Sez. reg. contr. Emilia-Romagna n. 110/2022).

Con riferimento alla verifica della "stretta inerenza" dell'acquisizione della partecipazione di cui trattasi con le finalità istituzionali del comune, la deliberazione consiliare all'esame, in correlazione con la disciplina del citato art. 4 Tusp afferma che "*le amministrazioni pubbliche possono costituire una società di capitali e mantenerne la partecipazione qualora la società debba essere adibita alla "produzione di un servizio di interesse generale", come, nel caso in esame, sicuramente è il c.d. "ciclo integrato dei rifiuti"*

Sul punto, la valutazione di conformità può essere positiva in quanto i servizi in oggetto sono di interesse generale oltre che di stretta inerenza con le finalità istituzionali dell'ente comunale.

Nondimeno, tenuto conto che l'acquisizione di partecipazioni societarie pubbliche deve essere rigorosamente ascrivibile alle fattispecie tipiche individuate dall'art. 4, c. 2, Tusp, non può non constatarsi come, sul versante organizzativo e funzionale, dalla documentazione disponibile (cfr. all. A – "Domanda di candidatura" – delib. Ata n. 23/2022) emerga che solo Jesiservizi s.r.l. svolge ed ha svolto direttamente nel triennio 2019-2021 il servizio di igiene urbana, mentre per Ecofon Conero s.p.a. si dichiara che "*acquisirà la dotazione impiantistica utile per assolvere il Servizio mediante la configurazione del titolo partecipativo sottoscritto dalla società Astea s.p.a.*" e per Viva Servizi s.p.a. si attesta che "*nelle more della definitiva acquisizione della dotazione impiantistica utile ad assolvere il servizio, sottoscriverà appositi contratti di affitto di ramo d'azienda*". Inoltre, sul piano della

completezza del corredo informativo e motivazionale posto a giustificazione dell'operazione e considerato, altresì, che tale operazione avviene esclusivamente in funzione di un affidamento *in house*, si deve rilevare come dalla deliberazione consiliare non emerga chiaramente quale sia, per le società consorziate/candidate, la situazione rispetto agli adempimenti ex art. 192 del d.lgs. n. 50/2016, anche con riferimento all'eventuale provvedimento di iscrizione da parte di Anac nell'elenco di cui al citato art. 192. La Relazione ex art. 34 d.l. n. 179/2012 (cfr. all. B-delib. Ata n. 23/2022), con riferimento ai requisiti per l'affidamento *in house* ("1. Partecipazione totalmente pubblica 2. Controllo analogo 3. Attività prevalente"), dopo aver precisato che "[...] pur potendo influire sull'affidamento che sta facendo l'Ega, la competenza all'attestazione della sussistenza dei requisiti per il modello *in house* / all'iscrizione all'elenco Anac delle consorziate è riconducibile ai rispettivi comuni soci", riferisce che per Viva servizi s.r.l. e Jesiservizi s.r.l. "Con rilevanza su tutti e tre i requisiti è avviata istruttoria Anac [...] per cui si rinvia al relativo esito istruttorio" e che per Ecofon Conero s.p.a. "Non risulta né in corso l'istruttoria Anac né risulta già l'iscrizione".

La situazione così rilevata mostra criticità sotto il profilo della funzionalità e della razionalità operativa ed appare, quindi, in grado di frustrare in origine proprio lo scopo di tale complessa operazione societaria finalizzata unicamente all'affidamento *in house*, poiché, da quanto emerge in atti, neppure per tutti i soggetti consorziati già partecipati dai vari enti locali vi è piena contezza della effettiva situazione rispetto ai sopra richiamati adempimenti, mentre la NewCo risulta già affidataria del servizio in regime di *in house providing* in forza della delib. Ata n. 28 del 27 dicembre 2022.

3.3. *Adempimento dell'onere di motivazione sulla "compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese". Adempimento relativo all'indicazione, qualora l'amministrazione sia un ente locale, che "lo schema di atto deliberativo" sia stato sottoposto "a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate" (art. 5, c. 2, Tusp)*

L'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 175/2016 dispone quanto segue: "L'atto deliberativo di cui al c. 1 dà atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate."

Sotto il primo profilo è possibile constatare che il provvedimento consiliare nulla riferisce al riguardo. Va altresì evidenziato, in questo ambito, che la delibera dell'ente di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta, conte-

stualmente all'invio alla sezione di controllo competente, deve essere trasmessa anche "all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'art. 21-bis della l. 10 ottobre 1990, n. 287".

Con riferimento al secondo aspetto, ossia la consultazione pubblica, nel dispositivo della deliberazione consiliare n. 2/2023 viene dato atto che "lo schema di atto è stato sottoposto a forme di consultazione pubblica, ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 175/2016, mediante pubblicazione all'Albo Pretorio comunale e nella Sezione amministrazione trasparente – enti controllati – Società partecipate del sito web istituzionale dell'ente".

3.4. *Adempimento degli oneri di motivazione analitica con riguardo alla "sostenibilità finanziaria", alla "convenienza economica" e alla "compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa" (art. 5, cc. 1 e 3, Tusp)*

La sostenibilità finanziaria, come osservato dalle sezioni riunite di questa Corte, "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" (delib. n. 16/2022).

Sotto il profilo oggettivo, la sostenibilità finanziaria sottende la capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale. Questa deve essere puntualmente analizzata da parte dell'amministrazione procedente. In tal senso, le Sezioni riunite, nella più volte menzionata delib. n. 16/2022, hanno osservato come l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione delle partecipazioni dovrebbe essere, quantomeno, suffragato dallo sviluppo di un approfondito *business plan* (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende espletare, accompagnato da apposite note esplicative che ne esponano le ipotesi di sviluppo (es. natura dei ricavi e relativa struttura, evoluzione dei costi, indicatori di bilancio quali redditività, liquidità ed indebitamento).

Per quanto attiene, poi, al profilo soggettivo, la sostenibilità finanziaria dell'operazione di costituzione della società o di acquisto delle partecipazioni deve essere valutata con riguardo alla situazione specifica dell'amministrazione procedente, al fine di vagliare la compatibilità dell'investimento iniziale e dei possibili successivi trasferimenti all'organismo societario con la situazione finanziaria dell'ente (ci si riferisce, ad esempio, alla possibilità per l'ente di procedere ad effettuare i necessari accantonamenti, ai sensi dell'art. 21 Tusp, in caso di perdite registrate dalla società).

È, parimenti, importante verificare che la motivazione analitica dell'atto deliberativo esterne le ragioni

di convenienza economica sottese alla scelta di fare ricorso allo strumento societario; anche tale nozione trova una definizione nel codice dei contratti pubblici, il quale, all'art. 3, c. 1, lett. fff), descrive la convenienza economica – in tema di contratti di concessione e di operazioni di partenariato – come “*la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito*”.

Dunque, occorre siano motivati la funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'amministrazione (profilo dell'efficacia) e il corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità) (cfr. Sez. reg. contr. Toscana n. 227/2022; Sez. reg. contr. Molise n. 186/2022; Sez. reg. contr. Lombardia n. 194/2022).

Da ultimo, la “*convenienza economica*” deve essere esplicitata anche sotto il profilo della scelta della modalità di erogazione del servizio. La concreta fattispecie di affidamento a società *in house* deve essere supportata da una valutazione sulla “*congruità economica dell'offerta*” predisposta dai soggetti *in house* rispetto all'oggetto e al valore della prestazione, nonché da una motivazione aggravata sul “*fallimento del mercato*” e sui benefici per la collettività che la gestione *in house* riuscirebbe a perseguire rispetto agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche” (cfr. Sez. reg. contr. Lombardia nn. 161 e 209/2022; Sez. reg. contr. Molise n. 190/2022). Peraltro, in base al già citato d.lgs. n. 201/2022 (cfr. par. 3), in vigore dal 31 dicembre 2022, “*Nel caso di affidamenti in house di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici [...] gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando [...] i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'art. 30*” (cfr. art. 17 d.lgs. n. 201/2022; Sez. reg. contr. Lombardia n. 13/2023).

In questo ambito, è bene, poi, ricordare come le Sezioni riunite di questa Corte abbiano avuto modo di precisare che “*lo scrutinio dell'atto deliberativo è teso ad accertare che l'istruttoria dell'amministrazione abbia confrontato i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione tenendosi conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l'uno o l'altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e dei benefici di ciascuno di essi*”

(Sez. riun. n. 16/2022). In tal senso, la valutazione di convenienza economica non si riduce alla dimostrazione di redditività dell'investimento nella prospettiva lucrativa, ma implica che la motivazione dell'atto dia conto sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'amministrazione (profilo dell'efficacia) sia del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità), anche attraverso il raffronto con soluzioni gestionali diverse (Sez. riun. n. 27/2022).

Ciò posto, in riferimento ai richiamati oneri motivazionali, la deliberazione consiliare in argomento rinvia, massicciamente, alle delibere Ata n. 23/2022 (di approvazione della relazione *ex art.* 34 d.l. n. 179/2012) e n. 28/2022 (di affidamento del servizio alla *NewCo*) nonché ai documenti allegati alle predette delibere Ata. Fermo restando quanto già sopra riportato, nell'illustrare le ragioni e le modalità dell'operazione societaria in argomento, la deliberazione del consiglio comunale di Castelpiano n. 2 del 26 gennaio 2023 afferma, tra l'altro, quanto segue:

- «*questo consiglio comunale è chiamato – nel liberare circa la congruità della assunzione della partecipazione sociale rispetto allo scelta di organizzazione del servizio di interesse economico generale costituito dal c.d. “ciclo integrato dei rifiuti” – ad evitare duplicazioni di valutazioni e comunque sovrapposizione od interferenze di competenze ed attribuzioni in ordine, in particolare, precisamente alla modalità di organizzazione e conseguente scelta del modello di affidamento; [...] ferma rimanendo tale esigenza di salvaguardia delle prerogative delle amministrazioni competenti, questo consiglio comunale non può che prendere atto e recepire gli argomenti istruttori, elaborati ed apprezzati dall'Autorità di ambito in sede di redazione della relazione *ex art.* 34, c. 20, d.l. n. 179/2012 e s.m.i. [...]; in particolare, tale relazione – nel giungere a determinarsi in favore della scelta del modello c.d. “in – house providing” – evidenzia, in particolare che: la costituzione della società consente la formazione di un centro unico di interesse d'impresa in cui viene resa possibile la confluenza – e quindi il mantenimento e la non dispersione – delle pregresse esperienze di qualificazione professionale e competenza tecnica, così come, nel tempo e nel territorio, maturate; la forma consortile di tale società assicura, evitando duplicazioni tra le società partecipate, che vi sia una appropriata ripartizione di compiti tra la direzione d'impresa e la conduzione operativa del servizio nei rispettivi territori interessati; l'andamento della società – come si evince dal Piano economico finanziario – può svolgersi, in condizioni di equilibrio economico e finanziario nonché in termini sostenibilità, nel tempo, di tale equilibrio; la partecipazione c.d. “indiretta” nella “NewCo” – nell'accomunare tutti i comuni componenti dell'Assemblea territoriale di ambito di riferimento – concorre ad assicurare l'osservanza dei requisiti di esatta configurazione istituzionale del modello c.d. “in – house providing”;*

- “questo consiglio comunale – ai fini degli argomenti a sostegno della propria decisione favorevole all’assunzione della partecipazione indiretta in esame – ritiene di condividere quelli svolti nella relazione ex art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012 e s.m.i., rinviando ai contenuti della medesima, specificamente ai sensi e per gli effetti dell’art. 3, c. 3, l. n. 241/1990 e s.m.i.”;

- “le risultanze dei documenti sopra citati evidenziano (1) una marcata convenienza economica del “Pef” della costituenda NewCo rispetto ai riferimenti rappresentati dalle altre procedure di gara di ATO/SubATO, con uno scarto di ca. il 25 per cento ed altresì (2) una, sia pur quantitativamente contenuta, convenienza economica del Pef della costituenda “NewCo” rispetto al Pef predisposto da Ata per la gara (scarto dell’1,06 per cento) nonché (3) una sostanziale equivalenza del Pef della costituenda “NewCo” rispetto al Pef 2022 del bacino Ata (scarto dello 0,03 per cento); ed infine (4) un maggior costo del Pef della costituenda “NewCo” rispetto ai fabbisogni standard (scarto del 7,3 per cento), in modo analogo peraltro a quanto già in essere, come evidenziabile confrontando i Pef 2022 approvati da Ata con i suddetti fabbisogni standard nonché (5) un esito discordante rispetto alle rilevazioni dei diversi riferimenti di costo Ispra, con una convenienza del Pef della “NewCo” rispetto al costo Ispra del centro Italia (scarto del 18,6 per cento) e per contro un maggior costo del Pef della “NewCo” rispetto al costo Ispra della Regione Marche (scarto del 5,5 per cento) e a quello nazionale (+0,7 per cento)”;

- “[...] complessivamente i dati rinvenibili sono coerenti rispetto alla valutazione di opportunità istituzionale nonché di vantaggiosità economica a fondamento del favorevole orientamento verso la costituzione di tale “NewCo” e la contestuale assunzione della partecipazione c.d. “indiretta” in capo a questa amministrazione comunale; [...] tale organizzazione di società consortile a partecipazione indiretta con servizi a rete consente una razionalizzazione delle partecipazioni societarie di tutti i comuni interessati poiché tende a riorganizzare le società che attualmente gestiscono il servizio e consente il miglioramento organico e sistematico del servizio di igiene urbana su base di ambito territoriale”.

Il suddetto provvedimento consiliare delibera, altresì, “di dare atto che la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria, ex art. 5 d.lgs. n. 175/2016, sono dimostrate, come dettagliatamente esplicitato nel documento istruttorio, nelle deliberazioni dell’Assemblea territoriale dell’Ato n. 2 Marche n. 23 del 7 dicembre 2022 e n. 28 del 27 dicembre 2022, di affidamento a livello d’ambito del servizio integrato dei rifiuti, cui si fa espresso rinvio, anche ai fini dell’art. 3 l. n. 241/90 e s.m.i. [...]”.

In relazione a tutto quanto precede – ferme le osservazioni già svolte nei precedenti paragrafi e pur considerando che, in ragione del quadro normativo e dell’iter decisionale sopra richiamati, vi fossero limitati margini di discrezionalità per il provvedimento del

consiglio comunale – la sezione rileva la non conformità della deliberazione consiliare in argomento e dell’operazione societaria complessivamente considerata alle norme del Tusp e, in particolare, all’art. 5 Tusp, con riguardo ai profili di seguito rappresentati.

Sotto un profilo generale, la deliberazione consiliare non fornisce una motivazione analitica della decisione assunta ai sensi dell’art. 5 Tusp, ma appare indirizzata, più che altro, ad approvare valutazioni istruttorie contenute in documenti e atti adottati dall’Ata (delibere Ata, relazione ex art. 34 d.l. n. 179/2012, candidatura società consorziate) (cfr. *supra* par. 3.1). In proposito, la sezione sottolinea come tali valutazioni non possano, in ogni caso, sollevare l’amministrazione procedente dal suo specifico e peculiare obbligo istituzionale di vagliare la congruità e la convenienza economico-finanziaria dell’operazione, sia in considerazione delle risorse pubbliche utilizzate per l’acquisizione societaria e per il successivo affidamento del servizio, sia in considerazione delle ricadute sulla collettività amministrata delle scelte gestionali effettuate.

Non può, inoltre, ritenersi aprioristicamente adeguata, da parte delle amministrazioni comunali interessate, la scelta della creazione di un nuovo ulteriore organismo a partecipazione pubblica per il solo fatto che l’Autorità d’ambito decida di affidargli il servizio, così rischiando di pretermettere, in via pressoché sistematica, una concreta valutazione delle possibilità di assegnazione, tramite gara pubblica, di servizi potenzialmente contendibili sul mercato.

Dalla documentazione disponibile in atti (v. *supra* par. 3.2) risulta, peraltro, che due delle tre società consorziate candidatesi a svolgere il servizio, devono ancora acquisire o completare l’acquisizione della dotazione impiantistica necessaria allo svolgimento del servizio di cui la NewCo, da esse in prospettiva derivante, risulta già affidataria.

La situazione così rilevata evidenzia criticità di carattere funzionale poiché appare in grado di frustrare in origine proprio lo scopo di tale complessa operazione societaria preordinata unicamente all’affidamento *in house*. D’altra parte, anticipando quanto precisato nel prosieguo, il citato provvedimento del consiglio comunale non sembra mostrare chiari riferimenti al raffronto tra i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione del servizio pubblico (cfr. n. 16/2022).

La deliberazione consiliare in esame manca, comunque, di richiamare le ragioni del mancato ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica e agli elementi che in concreto ne avrebbero precluso lo svolgimento, posto che la competenza ad aggiudicare il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, “mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie”, sembra tradurre le stesse ragioni di esistenza dell’Autorità d’ambito (cfr. art. 202, d.lgs. n. 152/2006; v. *supra* par. 3.1).

Sotto il profilo della sostenibilità soggettiva, la deliberazione consiliare in oggetto non fornisce specifi-

che argomentazioni in punto di sostenibilità finanziaria dell'operazione da parte dell'amministrazione comunale né si esprime compiutamente su aspetti di assoluta rilevanza economico-finanziaria e patrimoniale per l'ente locale (a cominciare dagli stessi costi connessi alla creazione e al mantenimento di un ulteriore veicolo societario in mano pubblica). Trattasi di una significativa carenza in considerazione, quantomeno, dei seguenti aspetti: lo statuto della *NewCo* (cfr. art. 12) prevede che *“I soci dovranno deliberare la corresponsione di contributi in denaro e/o in natura per l'organizzazione comune dei mezzi necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale. I soci dovranno altresì concorrere all'attività della società consortile fornendo tutte quelle prestazioni, il cui contenuto, tempi e modalità di esecuzione saranno determinati in un regolamento consortile predisposto dagli amministratori e approvato con decisione dei soci”*; due dei tre consorziati già partecipati da svariati enti locali (*Viva servizi s.p.a.* ed *Ecofon Conero s.p.a.*) devono ancora acquisire la dotazione impiantistica necessaria allo svolgimento dello stesso servizio (v. *supra*) che, nondimeno, risulta già affidato da Ata alla *NewCo* con delib. n. 28/2022; la deliberazione consiliare in parola non contiene una qualche attestazione relativamente al rispetto delle prescrizioni dell'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011 (convertito con modificazione dalla l. n. 148/2011) in base al quale *“Nel caso di affidamento in house, gli enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario in house”*.

Inoltre, nulla viene riferito in ordine ai possibili effetti finanziari sul bilancio comunale correlati agli aspetti di gestione e riscossione della tariffa: in particolare, nella deliberazione consiliare non sembrano potersi rinvenire puntuali indicazioni riguardo allo svolgimento di tale attività da parte dell'affidatario del servizio (*NewCo*) in quanto dalla documentazione disponibile risulta che, dopo un periodo transitorio, a partire dall'1 gennaio 2026 *“NewCo assumerà la Gestione della Tariffa per il tramite di gestione diretta del servizio e/o affidamento a società autorizzate alla gestione di tale servizio direttamente – ove ne ricorrano le condizioni – o mediante gara”* (cfr. all. A – “Domanda di candidatura” – delib. Ata n. 23/2022); ciò fa emergere anche sul versante della gestione e della riscossione della tariffa, il rischio di una ulteriore esternalizzazione di attività da parte della *NewCo* che, da quanto risulta in atti, già non provvederebbe direttamente allo stesso servizio di igiene urbana (v. *infra*).

Anche sotto il profilo della sostenibilità oggettiva dell'operazione, alcune significative incertezze sembrano emergere dalla stessa *“Asseverazione del piano economico finanziario relativo all'affidamento del servizio spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti urbani nel territorio dell'Ata Ancona”* rilasciata in da-

ta 28 novembre 2022 (cfr. all. B delib. Ata n. 23/2022) in cui si dichiara, tra l'altro, che: *«Il Piano è stato predisposto nell'ambito dell'affidamento con modalità “in house providing” della gestione del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto rifiuti nel territorio dell'Ata 2 di Ancona. Il Piano è basato su un insieme di ipotesi che includono assunzioni ipotetiche relative ad eventi futuri ed azioni descritte nella relazione di accompagnamento del progetto e qui di seguito sinteticamente riepilogate, che non necessariamente si verificheranno. [...] i dati prospettici essendo basati su ipotesi di eventi futuri e azioni degli organi amministrativi, sono caratterizzati da connotati elementi di soggettività e da incertezze e, in particolare, dalla rischiosità connessa al fatto che eventi preventivati ed azioni dai quali traggono origine possano non verificarsi, ovvero possano verificarsi in misura diversa da quella prospettata, mentre potrebbero verificarsi eventi ed azioni non prevedibili al tempo della loro preparazione [...]»*.

La deliberazione consiliare non fornisce, comunque, informazioni, neppure sommarie, sulla situazione prospettica (economica, patrimoniale e finanziaria) e sui costi di gestione delle società consorziate già partecipate che costituiscono la *NewCo*; eppure, dalla documentazione disponibile emerge che *“In relazione alla bancabilità del Pef NewCo presentato, considerate anche le rilevanti esigenze evidenziate di reperimento di finanziamenti, è stato indicato dai candidati, nell'ambito dell'interlocuzione intercorsa con Ata, che la suddetta bancabilità va valutata non tanto nell'ottica del progetto unitario ma nell'ottica della gestione delle tre società consorziate. Sia la gestione operativa sia quella amministrativa-finanziaria sarà espletata in capo alle singole consorziate e saranno queste ultime a dover reperire i fondi necessari. Pertanto, la bancabilità andrà valutata secondo la solidità patrimoniale economica e finanziaria delle singole consorziate, tenuto conto dell'integrazione del nuovo servizio e dei flussi da esso generati.”* (cfr. all. B – delib. Ata n. 23/2022). Ad ogni modo, l'atto consiliare pervenuto alla sezione appare sfornito di valutazioni, anche sintetiche, in merito alla dotazione organica, ai costi di funzionamento e ai costi relativi alla spesa per il personale e per gli amministratori delle società consorziate e, peraltro, anche della costituenda società consortile.

Nella deliberazione consiliare viene dato atto che *“con la costituzione della NewCo, risulta rispettato il divieto di cui all'art. 20, c. 2, lett. c), Tusp”*, ma dalla medesima deliberazione non emerge alcuna attestazione riguardo alla insussistenza, anche in relazione alle società consorziate e chiamate a realizzare il servizio, delle diverse condizioni descritte dall'art. 20, c. 2, d.lgs. n. 175/2016. Al riguardo, si deve constatare che *Ecofon Conero s.p.a.*, chiamata a svolgere il servizio di gestione rifiuti nell'ambito della compagine societaria della *NewCo* *“Corum s.c.a.r.l.”*, presenta consistenti criticità che fanno emergere anche la sussistenza di alcune condizioni previste dall'art. 20, c. 2,

Tusp ai fini della razionalizzazione della medesima società: infatti, la società Ecofon Conero s.p.a. è in perdita dal 2018 poiché fa registrare un risultato economico negativo in tutti e quattro gli ultimi bilanci di esercizio (cfr. bilanci di esercizio 2018-2019-2020-2021 – Fonte: banca dati Telemaco); la società ha un consiglio di amministrazione di 4 membri e nessun dipendente (nel bilancio di esercizio 2021 si dichiara esplicitamente che “*La società non ha personale alle proprie dipendenze*”); dai bilanci relativi agli esercizi 2018-2019-2020-2021 risulta che in tali esercizi i ricavi da vendite e da prestazioni sono stati sempre pari a zero ed il valore della produzione si è avvicinato sempre più allo zero (6.653 euro nel 2018, 392 euro nel 2019, 30 euro nel 2020, 2 euro nel 2021); in tutti i bilanci di esercizio dal 2018 al 2021 si afferma che la società non è risultata operativa. In tal senso, con riferimento all’ultimo bilancio approvato relativamente all’esercizio 2021 la nota integrativa (cfr. pag. 15) indica espressamente che “*Nel corso dell’esercizio del 2021 la società è risultata non operativa*”; analoghe affermazioni sono rinvenibili anche nella documentazione di bilancio dei tre esercizi precedenti e, nello stesso senso, si esprime la relazione del collegio sindacale annessa al bilancio di esercizio 2021 (in cui si dichiara che “*Durante il 2021 la società non ha svolto alcuna attività*”) e al bilancio di esercizio 2020 (in cui si dichiara che “*Durante il 2020 così come nel corso dell’anno precedente la società non ha svolto alcuna attività*”).

Per la società Ecofon Conero s.p.a. – “*risultata non operativa*” eppure già affidataria del servizio nell’ambito della NewCo (delib. Ata n. 28/2022) – sussistono, quindi, anche le condizioni individuate dall’art. 20, c. 2, Tusp ai fini della razionalizzazione e della dismissione della stessa, sicché l’operazione societaria complessivamente considerata mostra profili di opacità generando, peraltro, il rischio di trasferire sull’intera compagine societaria situazioni di squilibrio economico-finanziario e di crisi strutturale di un organismo societario già esistente. Tale aspetto, unitamente ai profili già sopra rilevati, pregiudica ulteriormente qualsiasi possibile valutazione in punto di sostenibilità finanziaria, di vantaggiosità e di convenienza economica dell’operazione nonché di compatibilità della stessa con il principio di sana e prudente gestione e con i principi di efficacia, efficienza ed economicità dell’azione amministrativa.

Diversamente da quanto affermato nella deliberazione consiliare in oggetto, si osserva come con l’operazione di cui trattasi non venga posta in essere né realizzata alcuna razionalizzazione delle partecipazioni già detenute da tutti gli enti locali; anzi, viene costituito un ulteriore organismo societario a partecipazione pubblica, la NewCo denominata “*Corum scarl*”, mentre dalla deliberazione consiliare si evince che: “*le attività operative sul territorio (raccolta, trasporto e spazzamento) saranno espletate direttamente dalle società consorziate*”. Sulla stessa linea, dalla documentazione annessa alla delib. Ata n. 23/2022 (alle-

gati A e B) emerge che: “*La NewCo espletterà e/o coordinerà direttamente le attività istituzionali, di rapporto con l’Autorità di ambito nonché quelle verso l’utenza. [...] I servizi prestati dai candidati a NewCo saranno regolati da appositi contratti di servizio da stipularsi fra le parti tenuto conto del “Disciplinare tecnico prestazionale per la gestione integrata dei rifiuti urbani nell’Ato 2 – Ancona” predisposto dall’Ata*». E ancora, nello schema di statuto della NewCo (cfr. art. 2.4) si indica che “*Per il raggiungimento dell’oggetto sociale, la società provvederà, nel rispetto degli obblighi di legge di cui al d.lgs. n. 50/2016 e successive modifiche e integrazioni, inoltre direttamente o tramite i propri soci e/o società controllate o collegate, controllate da una comune controllante, ovvero tramite contratti di incarico professionale e/o di appalto e/o di rete e/o di affitto di ramo d’azienda tra i soggetti sopra indicati ovvero in attuazione di facoltà previste dagli atti organizzativi interni del consorzio assunti in forma di regolamento od altro analogo atto e/o atti e/o impegni delle singole consorziate (o strumenti analoghi comunque compatibili con il regime in house del servizio)*”.

Per quanto concerne, poi, la riscossione della tariffa, come già accennato risulta che “*NewCo assumerà la Gestione della tariffa per il tramite di gestione diretta del servizio e/o affidamento a società autorizzate alla gestione di tale servizio direttamente – ove ne ricorrano le condizioni – o mediante gara*” (cfr. all. A – “*Domanda di candidatura*” – delib. Ata n. 23/2022).

Dunque, non viene posto in essere né realizzato alcun procedimento di razionalizzazione, aggregazione o dismissione di partecipazioni già detenute dagli enti locali; piuttosto, la creazione della NewCo sembra denotare profili di incoerenza con il divieto posto dall’art. 20, c. 2, lett. c) e con gli stessi principi ispiratori del Tusp (cfr. art. 1, c. 2; art. 4, cc. 1 e 2) per i molti enti locali interessati che già detengono partecipazioni in società chiamate a svolgere tale servizio; ciò, ancor più in considerazione del fatto che la NewCo non espletterebbe il servizio integrato di gestione dei rifiuti, ma “*le attività istituzionali, di rapporto con l’Autorità di ambito nonché quelle verso l’utenza*”(v. *supra*), così delineando una parcellizzazione di compiti e funzioni e, quindi, una operazione societaria non in linea con il criterio di efficienza e con i principi affermati dall’art. 200 del d.lgs. n. 152/2006, secondo il quale “*La gestione dei rifiuti urbani è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali*” ed è improntata, tra l’altro, al “*superamento della frammentazione delle gestioni*”.

Sul versante, infine, della convenienza e della coerenza della scelta con i principi di economicità, efficienza ed efficacia, la motivazione della deliberazione consiliare di cui trattasi, come la stessa operazione societaria che ne forma oggetto, non appare, in ogni caso, idonea a giustificare la creazione dell’ulteriore autonomo veicolo societario (NewCo), con i correlati oneri gravanti sulle consorziate e, in definitiva, sui bilanci comunali a fronte del mantenimento di vari altri

organismi partecipati da parte degli stessi enti locali (le stesse consorziate e le società da queste controllate e collegate) e, quindi, a fronte di un ulteriore livello di “delegazione” del servizio che ne avrebbe precluso l’affidamento secondo procedure competitive ad evidenza pubblica, mentre comporterebbe comunque il mantenimento delle società già partecipate dagli enti locali interessati (a cominciare dalla stesse società candidate a formare la *NewCo*).

L’atto consiliare in parola, nell’aderire al descritto modello organizzativo e gestionale della *NewCo* con affidamento del servizio in regime c.d. *in house providing*, non fa riferimento, neanche in modo succinto, all’impatto economico-finanziario e patrimoniale sul bilancio del comune del modello prescelto in quanto ritenuto preferibile rispetto all’affidamento con gara pubblica. In particolare – data la caratterizzazione della costituenda società quale soggetto operante, a sua volta, tramite altre società (v. *supra*) – l’iniziativa volta alla costituzione della *NewCo* appare scarsamente motivata sul piano della ragionevolezza, in quanto stride con la nozione di “vincolo di attività” derivante dall’art. 4 Tusp e tradisce in parte anche lo stesso modello dell’*in house providing* cui si indirizza, posto che l’*in house* è un modulo organizzativo di matrice pubblicistica ontologicamente alternativo all’*outsourcing*, ossia un modello di organizzazione mediante il quale un’amministrazione pubblica sostanzialmente provvede, in via di autoproduzione, ai propri bisogni mediante lo svolgimento di attività direttamente tramite proprie strutture o servizi.

Ad ogni modo, la deliberazione consiliare in esame ignora le voci di spesa che necessariamente dovranno essere impiegate per la creazione ed il mantenimento dell’autonomia “soggettiva” del nuovo organismo, senza considerare l’inesorabile moltiplicazione e frammentazione dei rapporti amministrativi, finanziari e gestionali tra i vari soggetti coinvolti (Ata, *NewCo*, società consorziate e loro controllate e/o collegate, amministrazioni comunali), anche a fronte della previsione di un organo, il “Comitato sul controllo analogo” (cfr. art. 11 Statuto *NewCo*), con funzioni di verifica della qualità dei servizi e di vigilanza sulle attività svolte dalla società che finiscono per essere sovrapponibili a quelle già attribuite per legge all’Ata cui compete, tra l’altro, il controllo del servizio (cfr. art. 7 l. reg. Marche n. 24/2009; art. 3-bis d.l. n. 138/2011).

In conclusione, alla luce di tutto quanto precede, la sezione rileva la non conformità del provvedimento consiliare e dell’operazione societaria in argomento alle norme del d.lgs. n. 175/2016 osservando, altresì, come né dalla delibera consiliare all’esame né dalle descritte caratteristiche dell’operazione complessivamente considerata emergano elementi che possano giustificare il ricorso a questo ulteriore nuovo organismo societario a partecipazione pubblica di cui l’amministrazione comunale approva la costituzione. Del resto, la costituzione di nuove società o l’acquisizione di partecipazioni societarie, anche indirette, da parte delle amministrazioni locali deve rite-

nersi fortemente circoscritta ad esigenze eccezionali, in coerenza con il principio costituzionale del buon andamento e con i principi dettati dallo stesso Tusp, con particolare riguardo “*all’efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica*” (art. 1, c. 2, d.lgs. n. 175/2016).

Nota a Sezione controllo Regione Marche n. 53/2023

La deliberazione qui massimata è la prima di un gruppo di trentaquattro deliberazioni della Sezione regionale di controllo per le Marche, aventi numerazione dal n. 53 al n. 86 e riguardanti tutte la valutazione preventiva della medesima operazione di costituzione di una nuova società da parte degli enti locali aggregati nell’ambito territoriale ottimale (Ato) n. 2 di Ancona (1).

Le deliberazioni degli enti locali hanno riguardato un’operazione di costituzione di una società consortile, che sarebbe dovuta sorgere quale “gestore unico” del servizio di gestione dei rifiuti per effetto della partecipazione di più società, a loro volta già interamente partecipate dai comuni del medesimo ambito territoriale.

L’assemblea dell’ente di governo dell’ambito territoriale aveva infatti stabilito che alla *NewCo* venisse affidato il servizio pubblico su tutto il territorio di competenza sul modello del c.d. *in house* “a cascata”,

(1) Sul tema della nuova funzione consultiva, di cui all’art. 5 t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, come novellato dall’art. 11, c. 1, lett. a), l. n. 118/2022, che ha introdotto una specifica deliberazione della Corte dei conti nel procedimento finalizzato alla costituzione di una nuova società pubblica ovvero all’acquisto di una partecipazione da parte di un’amministrazione pubblica, oltre alle riflessioni svolte da P. Cosa, *La nuova tipologia di attività consultiva affidata alla Corte dei conti dalle recenti novelle del Tusp*, nota di commento a Corte conti, Sez. contr. enti, 25 ottobre 2022, in questa *Rivista*, 2022, 5, 144, all’indomani della sopravvenienza normativa, si fa rinvio ai richiami di cui alla nota a Sez. contr. reg. Toscana, 25 novembre 2022, n. 222, *ibidem*, 6, 126, cui si può aggiungere, nell’ambito delle pronunce più recenti, Sez. contr. reg. Veneto, 30 gennaio 2023, n. 12, *ivi*, 2023, 1, 162, con nota di A.M. Quaglini.

In tema di organizzazione del servizio di gestione dei rifiuti cfr. Sez. contr. reg. Campania, 10 febbraio 2023, n. 13, *ibidem*, 1, 144, con nota di L. Alesiani, che ha affrontato il caso dell’acquisto di una partecipazione maggioritaria nella società di gestione da parte dell’ente di governo d’ambito territoriale della Provincia di Caserta, negando l’ammissibilità della stessa.

V. anche Cass., S.U., ord 14 marzo 2022, n. 8186, *ivi*, 2022, 2, 248, con nota di D.M. Locatello, *Inadempimento del contratto di servizio tra pubblica amministrazione e società “in house” affidataria nella prospettiva del riparto di giurisdizione*, che, di là dalla questione di giurisdizione, risolta a favore del giudice ordinario, affronta il caso della pretesa risarcitoria avanzata da un comune in ragione dell’inadempimento contestato una società partecipata interamente dagli enti locali di un ambito territoriale, tra i quali lo stesso comune attore, agli obblighi scaturenti dal contratto di servizio avente a oggetto la gestione del ciclo integrato dei rifiuti.

sebbene la nuova società fosse ancora da costituire e da iscrivere all'elenco tenuto presso l'Anac ai sensi dell'art. 192 d.lgs. n. 50/2016 (2).

Nell'affermare il principio di cui in massima, la sezione regionale ha osservato che la deliberazione consiliare, nel limitarsi a una mera presa d'atto delle decisioni assunte dall'organo assembleare dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale, non assolve gli oneri di motivazione analitica di cui al c. 1 dell'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016, in quanto non compie alcuna valutazione propria degli effetti finanziari, economici e patrimoniali che l'operazione può produrre nei confronti degli equilibri di bilancio dell'ente locale.

Nel parere, si fa riferimento, in particolare, alla mancata valutazione da parte del consiglio comunale degli effetti conseguenti alla previsione, contenuta nello statuto della costituenda società consortile, dell'obbligo a carico dei soci di corrispondere "contributi in denaro e/o in natura per l'organizzazione comune dei mezzi necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale", nonché degli effetti finanziari sul bilancio comunale delle attività di gestione e riscossione della tariffa rifiuti, che l'assemblea dell'Ato aveva deliberato di affidare alla società di nuova costituzione.

La sezione ha anche rilevato la mancanza di indicazioni, nella deliberazione consiliare esaminata, in ordine al rispetto di quanto stabilito dall'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011 (3), che, nel caso di affidamento *in house* di un servizio pubblico locale, impone agli "enti locali proprietari" di "accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio".

A tali considerazioni, la sezione marchigiana, alimentando dubbi sotto il profilo della funzionalità e della razionalità operativa della complessiva operazione, ha aggiunto, sul piano degli elementi fattuali valorizzati in tutti i pareri resi in argomento, che:

- una delle società pubbliche, che dovrebbe assumere la qualità di socio della nuova società consortile, risulta essere "non operativa" dal 2018 e ricadere quindi in almeno due delle condizioni, che, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 175/2016, ne imporrebbero il "riassetto". Ciò ingenera perplessità sulla sostenibilità

(2) L'elenco è stato però soppresso dal nuovo "Codice dei contratti pubblici", di cui al d.lgs. n. 36/2023, a decorrere dall'1 luglio 2023.

Sull'inutilità dell'acquisto di quote di una società consortile, cui l'Anac abbia negato la qualifica di società *in house*, da parte di un consorzio di bacino costituito da comuni cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 31 gennaio 2023, n. 17, *ivi*, 2023, 1, 152, con nota di richiami di L. Alesiani.

(3) Sull'applicazione dell'obbligo di accantonamento di cui all'art. 3-*bis* citato nel testo nel caso di partecipazione a una società *in house* affidataria del servizio idrico integrato cfr. Sez. contr. reg. Piemonte, 26 settembre 2022, n. 108, *ivi*, 2022, 5, 162, con nota di L. Alesiani, secondo cui l'ente socio non può sottrarsi a tale adempimento accampando "generici impedimenti finanziari", trattandosi dell'"erogazione di servizi inerenti a un bene primario".

complessiva dell'operazione, sulla sua vantaggiosità e soprattutto sulla sua compatibilità "con il principio di sana e prudente gestione", in considerazione del "rischio di trasferire sull'intera compagine societaria situazioni di squilibrio economico-finanziario e di crisi strutturale di un organismo societario già esistente".

- lo scopo ultimo dell'operazione appare essere soltanto quello della costituzione di un nuovo "organismo societario a partecipazione pubblica", che non svolgerebbe il servizio integrato ma soltanto attività di relazione con l'ente di gestione dell'ambito territoriale e con l'utenza, in quanto nella deliberazione consiliare viene precisato che le attività di raccolta, spazzamento delle strade e trasporto dei rifiuti saranno comunque svolte da ciascuna delle società consorziate nei rispettivi territori di riferimento. Ciò si pone in contrasto con il divieto posto dall'art. 20, c. 2, lett. c), d.lgs. n. 175/2016, nonché "con gli stessi principi ispiratori del Tusp (cfr. art. 1, c. 2; art. 4, cc. 1 e 2)".

FILIPPO IZZO

Umbria

14 – Sezione controllo Regione Umbria; deliberazione 10 marzo 2023; Pres. Colosimo, Rel. Leoni; Comune di Marsciano.

Enti locali – Comune – Società – Acquisto di partecipazione in società consortile – Svolgimento di servizi di committenza – Insussistenza della qualifica di centrale di committenza – Non conformità a legge dell'operazione.

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, artt. 4, 5, 16; l. 5 agosto 2022, n. 118, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, art. 11.

La delibera, con cui l'ente locale prevede l'acquisto di una partecipazione in una società consortile con la finalità di svolgere servizi di committenza, non rispetta il vincolo posto dall'art. 4 d.lgs. n. 175/2016 in quanto, la società consortile, cui l'ente locale intende partecipare, risulta essere priva della qualifica di centrale di committenza ovvero di soggetto aggregatore. (1)

(1) L'immediato precedente, espressamente richiamato dal parere qui massimato, è costituito da Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 31 gennaio 2023, n. 17, in questa *Rivista*, 2023, 1, 152, con nota di L. Alesiani, cui si rinvia per gli ulteriori specifici richiami.

Sui contenuti e sui problemi applicativi posti dalla nuova funzione consultiva attribuita alla Corte dei conti dall'art. 5 del t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, come novellato dall'art. 11, c. 1, lett. a), l. n. 118/2022, si rinvia a Corte conti, Sez. contr. reg. Marche, 20 marzo 2023, n. 53, in questo fascicolo, 158, con nota di F. Izzo.

Fatto – (Omissis) Il Comune di Marsciano ha trasmesso, ai sensi dell'art. 5, c. 3, d.lgs. n. 175/2016 (di seguito Tusp), la deliberazione di consiglio comunale n. 66 del 15 dicembre 2022, con la quale è stata assunta la decisione di procedere all'acquisto, mediante sottoscrizione, di una quota societaria di Asmel Consortile s.c.a.r.l. (di seguito Asmel consortile) di euro 2.730.

2. L'ente ha, preliminarmente, rappresentato di essersi associato (delibera giunta comunale n. 341 del 6 dicembre 2022) all'Associazione per la sussidiarietà e la modernizzazione degli enti locali (di seguito Asmel), associazione senza scopo di lucro che ha promosso la costituzione di Asmel consortile “*quale Centrale di committenza tra i comuni associati, il cui capitale sociale, a partire dall'11 novembre 2015, è interamente detenuto da enti locali associati*” (Omissis).

Considerato in diritto – (Omissis) 1.1. *Osservanza delle regole di competenza e del contenuto motivazionale (art. 8 Tusp)*

L'operazione, consistente, come visto, nell'acquisto di partecipazione societaria, risulta in primo luogo correttamente deliberata dal consiglio comunale con deliberazione, come richiesto dall'art. 7, c. 1, Tusp, applicabile alla fattispecie in ragione del rinvio operato dal successivo art. 8, c. 1, Tusp.

In merito al requisito di analitica motivazione prescritto dall'art. 5, c. 1, Tusp richiamato dall'art. 8, c. 1, Tusp a mezzo del rinvio operato all'art. 7, c. 2, Tusp, si osserva che l'atto deliberativo presenta alcune criticità, come meglio si chiarirà nei successivi paragrafi.

1.2. *Rispetto dei vincoli tipologici (art. 3 Tusp) e finalistici (art. 4 Tusp)*

1.2.1. L'art. 3, c. 1, Tusp individua i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica, stabilendo che “*le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa*”. Pertanto, l'acquisizione in esame risulta conforme alle previsioni di legge, essendo Asmel consortile società consortile a responsabilità limitata e, pertanto, rientrante tra le tipologie ammesse.

1.2.2. Le partecipazioni in società da parte delle “amministrazioni pubbliche” individuate dall'art. 2, c. 1, lett. a), Tusp sono, inoltre, assoggettate ad un duplice vincolo finalistico, in ragione dell'art. 4 Tusp: quello generale di scopo di cui al c. 1, consistente nella produzione di beni e servizi strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali; quello di attività, dovendo la società operare in uno dei campi elencati dai successivi commi del medesimo art. 4.

Tale ultima disposizione definisce, infatti, il perimetro entro il quale può ritenersi ammissibile il ricorso allo strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche, a partire dal preliminare divieto generale, imposto dal c. 1, di costituzione, diretta o indiretta, di “*società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il*

perseguimento delle proprie finalità istituzionali”, nonché di acquisizione o mantenimento di partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Il successivo c. 2 individua, quindi, le attività il cui svolgimento, premessi i limiti del c. 1, giustifica la costituzione di società o l'acquisizione o mantenimento di partecipazioni in società da parte delle amministrazioni pubbliche: a) la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193 d.lgs. n. 50/2016; c) la realizzazione e la gestione di un'opera pubblica, ovvero l'organizzazione e la gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 d.lgs. n. 50/2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'art. 17, cc. 1 e 2, Tusp; d) l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 50/2016.

L'analitica motivazione che, ai sensi dell'art. 5, c. 1, deve supportare l'atto deliberativo, investe, *in primis*, proprio la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente, come declinate dall'art. 4 Tusp.

In proposito, la deliberazione del Comune di Marsciano, pur non compiutamente argomentando su tale profilo, sia nel proprio oggetto – “*Acquisto quote societarie centrali di committenza Asmel consortile a.r.l. ai sensi dell'art. 37, c. 4, d.lgs. n. 50/2016 [...] e dell'art. 4, c. 2, lett. e), d.lgs. n. 175/2016 (Tusp)*” – sia nel corpo motivazionale – ove si riferisce alla qualificazione di Asmel consortile quale centrale di committenza ai sensi dell'art. 37, c. 4, d.lgs. n. 50/2016 “*nel rispetto delle disposizioni dell'art. 4, c. 2, lett. e), d.lgs. n. 175/2016*”, all'iscrizione della stessa quale centrale di committenza all'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 216, cc. 9 e 10, d.lgs. n. 50/2016, all'obbligatorietà, di cui all'art. 52, c. 12 [rectius, c. 1, lett. a, punto 1.2], d.l. n. 77/2021 del ricorso alle centrali di committenza per gare rientranti in tutto o in parte nel Pnrr e all'intenzione dell'amministrazione di usufruire delle “*azioni intraprese di centralizzazione delle gare e coordinamento di servizi innovativi*” e di “*non disperdere il patrimonio di esperienze sviluppate e le buone pratiche implementate in seno dalla rete Asmel anche al fine di superare l'attuale sistema di frammentazione degli appalti pubblici e semplificare le attività di gestione delle procedure ad evidenza pubblica*” – porta a ritenere che l'acquisizione societaria sia finalizzata dall'ente allo svolgimento delle attività di cui all'art. 4, c. 2,

lett. e) “servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’art. 3, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 50/2016”. A tale interpretazione pare contribuire anche il passaggio motivazionale in cui si evidenzia che «Asmel consortile risponde alla previsione di cui all’art. 9, c. 2, l. n. 108/2021 di conversione del decreto governance Pnrr, d.l. n. 77/2021, che espressamente dispone che “al fine di assicurare l’efficace e tempestiva attuazione degli interventi del Pnrr, le amministrazioni [...] possono avvalersi del supporto tecnico operativo assicurato per il Pnrr da società a prevalente partecipazione pubblica, rispettivamente, statale, regionale e locale e da enti vigilati”».

Sul punto il collegio non può esimersi dall’esprimere le proprie perplessità in merito all’effettiva idoneità dell’acquisizione a soddisfare le esigenze che hanno determinato l’amministrazione alla deliberazione – in ciò condividendo quanto già segnalato da questa magistratura contabile in altra recente deliberazione relativa a fattispecie sempre involgente l’acquisizione di partecipazioni nella società Asmel consortile (Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte 17/2023/Pasp) – a fronte delle osservazioni mosse proprio sulla natura di Asmel consortile dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e dall’Autorità nazionale anticorruzione.

È emerso, infatti, che già il Consiglio di Stato, con decisione n. 6975/2020, abbia affermato che Asmel consortile non possa rivestire la posizione di centrale di committenza; inoltre, più recentemente, con delibera n. 570 del 30 novembre 2022, l’Anac, richiamati i propri precedenti in ordine alla mancata qualifica di Asmel quale centrale di committenza/oggetto aggregatore (cfr. delibere n. 32/2015, n. 780/2019, n. 179/2020, n. 202/2021), ha segnalato che “con la delibera dell’Autorità n. 643 del 22 settembre 2021 è stata rigettata la domanda di iscrizione nell’elenco dei soggetti aggregatori di cui all’art 9 d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito con modificazioni dalla l. 23 giugno 2014, n. 89, impugnata da Asmel presso il competente tribunale amministrativo, confermandosi nella sostanza la carenza del requisito soggettivo individuato dall’art. 2 d.p.c.m. 11 novembre 2014. Al riguardo, è stato evidenziato che la centrale di committenza può essere costituita dagli enti locali non capoluogo di provincia nella forma di associazioni, unioni, consorzi, ma occorre, in ogni caso, che sia territorialmente limitata agli ambiti di una o più aree vaste, ovvero sub regionale, così come ribadito dallo stesso c. 5 dell’art. 37 del nuovo codice dei contratti pubblici, anche al fine di perseguire l’armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell’utilizzo degli strumenti informatici per ottimizzare il sistema del public procurement, negando altresì la sussistenza dei connotati di organismo in house” e, ancora, «sotto il profilo del rispetto dei requisiti per l’in house providing di cui all’art. 5 d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 4 e 16 d.lgs n. 175/2016,

l’Autorità con la delibera n. 130 del 16 marzo 2022 ha rigettato la domanda di iscrizione all’Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all’art. 192, c. 1 d.lgs. n. 50/2016, presentata dal Comune di [Omissis] in nome e per conto di n. 843 enti soci della Asmel in relazione, nella sostanza, al “mancato rispetto del limite quantitativo in relazione ai requisiti dell’attività prevalente e del controllo analogo, così come richiesti espressamente dal d.lgs. n. 50/2016 e dal d.lgs. n. 175/2016”. Nell’ambito di tale delibera, che risulta impugnata, viene rilevato, tra l’altro, in relazione al criterio del fatturato, che impone che più dell’80 per cento del fatturato sia svolto in favore dell’ente pubblico o degli enti pubblici soci, che “nel caso di specie, è stato documentato che negli anni oggetto di analisi (2018, 2019, 2020 e 2021) la quasi totalità del fatturato è frutto di una operazione commerciale a carico degli aggiudicatari”. Profili di carenza risultano ulteriormente accertati anche in relazione alla sussistenza “di un effettivo controllo sull’attività della società da parte degli innumerevoli soci enti pubblici”, laddove l’Autorità ha avuto modo di rilevare che “si rileva che la partecipazione di un elevatissimo numero di comuni associati [...] comporta che il singolo comune socio abbia in concreto un potere sempre più parcellizzato e diluito in quanto condiviso con un elevatissimo numero di soci (in continua variazione) e, pertanto, alquanto limitato sulla vita societaria”. Ne consegue che, a seguito di tale diniego di iscrizione nell’elenco in house, Asmel consortile non può operare come centrale di committenza».

L’Autorità ha, quindi contestato la qualificazione assunta da Asmel quale centrale di committenza, ritenendo che non possa, conseguentemente, «essere assolto, da parte dei comuni non capoluogo di provincia, l’adempimento di cui all’art. 52, punto 1.2., d.l. n. 77/2021, convertito con legge di conversione n. 108/2021 mediante ricorso ad Asmel, laddove si richiede che “Nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere Pnrr e Pnc, i comuni non capoluogo di provincia procedono all’acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato art. 37, c. 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia”, essendo pacifico che Asmel consortile non risponde ad alcun legittimo modello organizzativo di aggregazione di enti locali per l’aggiudicazione degli appalti».

Esclusa, quindi la configurabilità di Asmel quale centrale di committenza, «ne consegue che alla stessa risulta precluso lo svolgimento delle attività di centralizzazione delle committenze, disciplinate dall’art. 3, c. 1, lett. l), del codice [...] Ne consegue pertanto che ad Asmel, che non riveste la natura di centrale di committenza, restano precluse altresì le attività di committenza ausiliarie di cui all’art. 3, c. 1, lett. m),

punto 4, del Codice, identificabile come “gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata”. Per quanto concerne le ulteriori attività di committenza ausiliaria, va osservato che tali attività di committenza, qualora non svolte da una centrale di committenza congiuntamente alla fornitura di attività di centralizzazione di committenze, devono essere affidate conformemente al Codice, mediante procedura competitiva, ovvero mediante ricorso ad una società in house. Di conseguenza, non essendo Asmel una società in house, le attività offerte da Asmel ai propri soci, inquadrabili nelle attività di committenza ausiliaria (consulenze sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto, nonché la messa a disposizione di infrastrutture tecniche che consentono di affidare contratti pubblici), incontrano i limiti inerenti al rispetto delle regole dell’evidenza pubblica, in relazione alle soglie per l’affidamento diretto ex art. 36, c. 2, lett. a) e b), del Codice, come ad oggi integrato dall’art. 1, c. 2, l. n. 120/2020, nonché il divieto di frazionamento artificioso degli appalti ex art. 35 del medesimo Codice, unitamente al rispetto del principio della rotazione in ordine alla mancata possibilità di ricorrere al medesimo soggetto affidatario».

L’Anac ha, inoltre, qualificato come «censurabile il comportamento degli enti locali soci, che fanno ricorso alle attività di supporto di Asmel al di fuori dell’applicazione delle procedure di affidamento prescritte dal vigente codice dei contratti, tenuto conto di quanto rilevato dalla medesima società consortile di poter “vantare un’attività di supporto operativo, dal 2013 ad oggi, su oltre 6.200 gare con un transato complessivo di [Omissis]”, nei riguardi “di oltre 1.600 enti pubblici locali, comuni o loro aggregazioni”».

Le considerazioni espresse nella delibera dell’Autorità – intervenuta, peraltro, prima dell’adozione dell’atto consiliare in esame – devono, pertanto, essere adeguatamente esaminate e valutate dall’amministrazione comunale, incidendo direttamente sull’idoneità dell’operazione di acquisizione della partecipazione sociale al perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente, così come dallo stesso individuate nell’atto deliberativo in esame, ai sensi dell’art. 4 Tusp; il collegio, pertanto, ritiene che gli elementi finora emersi già esprimano profili di non conformità ai vincoli di legge della deliberazione di acquisizione delle quote societarie di Asmel consortile da parte del Comune di Marsciano.

1.3. *L’onere di motivazione circa la sostenibilità finanziaria (art. 5, c. 1, Tusp) la convenienza economica e la compatibilità con i principi di efficienza, efficacia ed economicità (art. 5, cc. 1 e 3, Tusp)*

Le valutazioni della sezione investono, inoltre, ai sensi dell’art. 5, cc. 1 e 3, Tusp, l’adempimento dell’onere motivazionale in relazione a profili di carattere economico-finanziario, che si sostanziano nell’esposizione delle ragioni e delle finalità dell’operazione sotto l’aspetto della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché, in via

conseguente, della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa.

Occorre preliminarmente ricordare che “in questi ambiti l’amministrazione esercita un potere caratterizzato da discrezionalità tecnica, essendo chiamata a fare applicazione di criteri, regole e canoni propri di conoscenze specialistiche diverse dalla scienza giuridica, richiamati in modo diretto dalle norme. Nel caso di specie vengono in rilievo giudizi tecnici basati su competenze del settore aziendalistico e finanziario, caratterizzati da margini di opinabilità, in quanto non suffragati da scienze esatte o da relazioni universalmente accettate” (così Corte conti, Sez. riun. contr. n. 16/2022/Qm cit.).

La natura del potere esercitato conforma, anche ai fini che interessano, la tipologia di sindacato riservato al giudice che, “nell’esame previsto dall’art. 5, c. 3, Tusp sui parametri della sostenibilità finanziaria e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa”, si sostanzia nella verifica, da parte della competente sezione della Corte dei conti, “[del]la completezza e [del]l’adeguatezza degli approfondimenti condotti dall’amministrazione, anche in ragione della complessità dell’operazione sottoposta ad esame, nonché [del]l’affidabilità e attendibilità delle stime effettuate, ai fini di una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni cui perviene l’amministrazione” (così principio di diritto n. 5 affermato da Sez. riun. contr. n. 16/2022/Qm cit.).

La sostenibilità finanziaria – che trova definizione nell’ambito del d.lgs. n. 50/2016 all’art. 3, c. 1, lett. fff), in merito all’equilibrio economico-finanziario delle concessioni o delle operazioni di partenariato pubblico-privato, ove indica “la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento” – costituisce parametro che, nell’ambito degli investimenti societari, assume connotazioni, in primo luogo, di tipo oggettivo, riguardando le caratteristiche proprie dell’operazione che l’amministrazione intende effettuare.

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” (così Sez. riun. contr. n. 16/2022/Qm cit.). Nel caso delle società a partecipazione pubblica, la valutazione della sostenibilità finanziaria prospettata dell’attività, intesa come idoneità a preservare l’equilibrio tra ricavi e costi, assume rilievo particolarmente pregnante, stanti le rigide limitazioni imposte al socio pubblico dall’art. 14 Tusp 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.

Tale profilo deve essere specificamente verificato dall'ente procedente in sede istruttoria *“facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione dalle scienze aziendalistiche. Tra di essi, senza pretesa di esaustività, va richiamata la necessità che l'atto deliberativo di costituzione societaria o di acquisizione di partecipazioni 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 avviare o proseguire”* (così Sez. riun. contr. n. 16/2022/Qm cit.); nella prospettiva della pianificazione aziendale, deve fornire gli elementi descrittivi relativi all'operazione societaria che si intende eseguire; specificamente, *“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; nel caso di nuova iniziativa sarà necessario esternare le linee generali del progetto, con particolare riferimento al contesto del mercato di riferimento, in termini di domanda potenziale e di offerta già esistente, e al posizionamento strategico che la società si prefigge di conseguire”* (così Sez. riun. contr. n. 16/2022/Qm cit.). Hanno chiarito le Sezioni riunite che 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 *business plan* (in seguito anche BP) devono essere accompagnate da apposite note esplicative che, nel rispetto dei principi di trasparenza e chiarezza, ne esponano le ipotesi di sviluppo.

Andrà, in particolare, esplicitata la natura dei ricavi (ad esempio se consistenti in trasferimenti pubblici o 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); specularmente dovrà 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. 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: la redditività, la liquidità e l'indebitamento. In questo quadro, il principio di prudenza richiama l'opportunità 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.

In merito, le verifiche della sezione dovranno riguardare *“il piano finanziario sviluppato dall'amministrazione, valutandone la completezza e l'adeguatezza di approfondimento. Il requisito della completezza implica la verifica che l'istruttoria condotta dall'amministrazione contenga tutti gli elementi informativi per la comprensione del progetto deliberato. Il parametro dell'adeguatezza, invece, si riferisce alla valutazione dell'intensità degli approfondimenti istruttori richiesti, da modularsi in chiave proporzionale rispetto al grado di complessità dell'operazione societaria deliberata”*; ulteriori profili di scrutinio attengono *“all'affidabilità e attendibilità del business plan o di altra documentazione istruttoria relativa alla fattibilità economico-finanziaria dell'operazione. Il criterio dell'affidabilità attiene al procedimento per la formulazione delle proiezioni del piano, sotto il profilo dei dati utilizzati e del metodo di elaborazione; quello dell'attendibilità, invece, postula una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni che l'amministrazione trae in merito alla sostenibilità finanziaria dell'operazione. Nel caso di acquisizione di partecipazioni in realtà societarie già esistenti, il giudizio di attendibilità dovrà altresì tenere in considerazione la coerenza delle previsioni formulate con i dati di bilancio disponibili per il passato”*.

La sostenibilità finanziaria dell'operazione deve, poi, essere verificata guardando alla situazione specifica dell'amministrazione procedente, dovendosi dar conto della compatibilità degli investimenti finanziari iniziali e dei successivi trasferimenti eventualmente previsti nel BP con gli strumenti di bilancio, tenendo anche conto dei profili di onerosità indiretta eventualmente scaturenti dall'acquisizione della qualifica di socio.

In questo ambito valutativo, le amministrazioni locali devono considerare anche gli accantonamenti che saranno tenute a stanziare, ai sensi dell'art. 21 Tusp, a fronte di eventuali perdite evidenziate nel BP negli esercizi successivi a quello di costituzione della società o acquisizione della partecipazione; l'esame della Corte dei conti dovrà, pertanto, riguardare la verifica della copertura delle spese legate all'investimento societario a carico del bilancio dell'amministrazione procedente e al rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio anche in chiave prospettica.

In merito all'onere motivazionale sul profilo della convenienza economica – nozione anch'essa definita dall'art. 3, c. 1, lett. fff), d.lgs. n. 50/2016 in tema di

contratti di concessione e di operazioni di partenariato, come “la capacità del progetto di creare valore nell’arco dell’efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito” – osservano le Sezioni riunite n. 16/2022/Qm che “in ambito di costituzione di una società o di acquisizione di partecipazioni in un soggetto societario esistente, la valutazione [...] implica che la motivazione dia conto sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell’amministrazione (profilo dell’efficacia) sia del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell’efficienza ed economicità). In merito al primo versante, la motivazione deve rendere note le finalità perseguite mediante lo strumento societario, non solo sotto il profilo della redditività del capitale investito espressa nel BP, ma anche con riguardo ai vantaggi conseguibili in termini di obiettivi di policy, eventualmente sintetizzabili in indicatori di output e outcome. Quanto al secondo profilo, è lo stesso art. 5, c. 1, Tusp ad esplicitare i termini della valutazione, che dovrà avere ad oggetto il confronto con altre soluzioni gestionali, come la gestione diretta oppure la completa esternalizzazione mediante affidamento del servizio, ove tali strade siano percorribili. Ciò dovrà avvenire comparando i benefici e i costi attualizzati delle singole soluzioni possibili”; con riferimento a ciò “lo scrutinio dell’atto deliberativo è teso ad accertare che l’istruttoria dell’amministrazione abbia confrontato i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione tenendosi conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l’uno o l’altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e dei benefici di ciascuno di essi”.

Ebbene, anche relativamente tali profili il collegio ravvisa la sussistenza di diffuse criticità; invero la deliberazione in esame non è supportata da adeguata motivazione in merito alla sostenibilità finanziaria e alla convenienza economica dell’operazione, nonché in ordine alle modalità di gestione del servizio e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa.

Oltre alle indicazioni, richiamate nella premessa in fatto, circa la natura della società Asmel consortile, l’atto deliberativo contiene alcune valutazioni circa l’opportunità della partecipazione, ritenendo “strategico l’obiettivo di aderire alla Asmel consortile s.c. a r.l., naturale sviluppo delle azioni intraprese di centralizzazione delle gare e coordinamento di servizi innovativi, di cui questa amministrazione vuole usufruire; necessario e opportuno, non disperdere il patrimonio di esperienze sviluppate e le buone pratiche implementate in seno dalla rete Asmel anche al fine di superare l’attuale sistema di frammentazione degli appalti pubblici e semplificare le attività di gestione delle procedure ad evidenza pubblica” e giustificando, quindi, l’assunzione della posizione di socio da parte dell’ente “tenuto conto della peculiarità dei fini di

pubblico interesse statutariamente perseguiti dalla predetta società consortile”.

L’atto deliberativo non fornisce informazioni in ordine a valutazioni circa la sostenibilità finanziaria dell’operazione, mancando considerazioni sia in merito alla situazione prospettica (economica, patrimoniale e finanziaria) della società, sia con riferimento alla situazione specifica dell’amministrazione precedente; analogamente, non risultano presenti osservazioni circa la convenienza economica dell’operazione e la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa, né confronti con soluzioni gestionali alternative.

1.4. *Compatibilità dell’intervento con la disciplina europea in materia di aiuti di stato alle imprese (art. 5, c. 2, Tusp)*

Ai sensi dell’art. 5, c. 2, Tusp, l’atto deliberativo deve anche dare atto della compatibilità dell’intervento con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

P.q.m., la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l’Umbria:

- ai sensi dell’art. 5, cc. 3 e 4, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, come modificato dall’art. 11 l. 5 agosto 2022, n. 118, esprime parere negativo sulla deliberazione del Consiglio comunale di Marsciano n. 66 del 15 dicembre 2022, alla stregua delle considerazioni esposte (*omissis*).
