

CAMPANIA/2024/PASP



REPUBBLICA ITALIANA

La Corte dei conti

Sezione regionale di controllo per la Campania

composta dai Magistrati:

Dott.	Massimo Gagliardi	Presidente
Dott.	Emanuele Scatola	Primo Referendario
Dott.ssa	Giovanna Olivadese	Referendario relatore

Nella camera di consiglio del 7.2.2024

ha pronunciato la seguente

DELIBERAZIONE

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

VISTO il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali e successive modificazioni (TUEL);

VISTA la legge 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

VISTO il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" (TUSP) e successive modificazioni;

VISTO il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, deliberato dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti in data 16 giugno 2000 (Deliberazione n. 14/DEL/2000) e successive modificazioni;

VISTE le deliberazioni n. 16/SSRRCO/QMIG/2022 e n. 19/SSRRCO/QMIG/2022 della Corte dei conti - Sezioni Riunite in sede di controllo;

VISTA la deliberazione del Commissario Straordinario con i poteri del Consiglio comunale n. 5 del 5/12/2023 del Comune di San Giorgio del Sannio (BN), avente ad oggetto "Servizio idrico integrato dell'ambito distrettuale Sannita- Adesione al deliberato E.I.C n. 69/2022 e approvazione Statuto società mista "Sannio Acque s.r.l." trasmessa a questa

Sezione con il protocollo n. 18359 del 29.12.2023 ed acquisita, in pari data, al numero 0011140 del protocollo;

VISTA la richiesta di deferimento del magistrato istruttore del 2.2.2024;

VISTE le ordinanze n. 18/2024 e 19/2024, con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'odierna camera di consiglio;

UDITO il relatore, Referendario dott.ssa Giovanna Olivadesi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'operazione societaria delineata dal comune di San Giorgio del Sannio

Con nota del giorno 29.12.2023, il Segretario Generale del Comune di San Giorgio del Sannio (BN) ha trasmesso, ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP, la delibera del Commissario Straordinario con i poteri del Consiglio comunale n. 5 del 5/12/2023 avente ad oggetto "*Servizio idrico integrato dell'ambito distrettuale Sannita- Adesione al deliberato E.I.C n. 69/2022 e approvazione Statuto società mista "Sannio Acque s.r.l."*" con i seguenti allegati: 1) Statuto della società a responsabilità limitata per la gestione del servizio idrico integrato; 2) Deliberazione n.47 del 22.12.2021 dell'Ente Idrico Campano avente ad oggetto "*Approvazione del Piano D'Ambito Regionale di cui alla L.R. n.15/2015*"; 3) Deliberazione n.1 del 25.10.2022 del Consiglio di Distretto Sannita - Ambito Distrettuale Sannita avente ad oggetto "*Scelta della forma di gestione ai sensi dell'art.14, comma 1 lett.b) della L.R.n.15/2015*"; 4) Deliberazione n.69 dell'8.11.2022 del Comitato Esecutivo dell'Ente Idrico Campano avente ad oggetto "*Approvazione della forma proposta di gestione di Distretto Sannita*"; 5) Deliberazione n.1 del 20.1.2023 del Consiglio di Distretto Sannita avente ad oggetto "*Adozione del Piano D'Ambito Distrettuale Sannita ai sensi della L.R. n.15/2015*"; 6) Deliberazione n.3 del 6.2.2023 del Comitato Esecutivo avente ad oggetto "*Adozione Piano del Distretto Sannita, comprensivo del PEF, ai sensi dell'art.10 comma 2 lett.b) ed h) della L.R.n.15/2015 e del rapporto ambientale utile alla procedura di Valutazione Ambientale Strategica*"; 7) Relazione illustrativa 7329/2023 del Direttore Generale dell'Ente Idrico Campano.

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

Con la citata deliberazione del Commissario Straordinario -con i poteri del Consiglio comunale- n. 5 del 5/12/2023 è stata deliberata l'adesione del Comune di San Giorgio del Sannio alla società Sannio Acque s.r.l., che sarà incaricata della gestione del Servizio Idrico Integrato nell'Ambito Distrettuale Sannita di cui alla L.R. 15/2015 -nella forma del partenariato pubblico/privato- e, contestualmente, è stato approvato lo Statuto della società "*Sannio Acque s.r.l.*". L'Ente ha quindi statuito di sottoscrivere una quota di capitale della costituenda Sannio Acque s.r.l. in misura pari ad €. 2,00/abitante, "*e dunque*

per una spesa presunta di € 19.650,00, con imputazione della spesa al Bilancio di Previsione 2024-2026 - Annualità 2024 - Missione 9 - Programma 4 -, in corso di approvazione”.

Nell'atto di adesione, oggetto di odierno esame, è stata riportata la normativa di riferimento, sia nazionale che regionale. In particolare, la legge regionale 2 dicembre 2015, n. 15 in materia di *"Riordino del servizio idrico integrato ed istituzione dell'Ente Idrico Campano"*, nel definire l'A.T.O. Unico Regionale, ha istituito l'Ente Idrico Campano (EIC) quale Ente di Governo dell'Ambito Territoriale Ottimale Regionale, ripartito in ambiti distrettuali ai fini gestionali, fra i quali l'Ambito Distrettuale Sannita composto dal Comune di Benevento e da tutti i Comuni della relativa provincia, ivi compreso il Comune di San Giorgio del Sannio. L'art. 13 della citata L.R. n. 15/2015 ha istituito, per ciascun Ambito Distrettuale, il Consiglio di Distretto, quale organo dell'EIC rappresentativo dei Comuni, i cui compiti sono individuati all'art. 14 della medesima Legge Regionale. L'art. 17 della L.R. n. 15/2015, individua nel Piano d'Ambito Distrettuale lo strumento di pianificazione infrastrutturale ed economico-finanziario della gestione del Servizio Idrico Integrato per ciascun distretto in cui è ripartito l'ATO unico regionale.

In data 15/01/2024 è stata acquisita al protocollo della Sezione (con n.280) la nota dell'Ente d'Ambito (n. 0001001 del 13/01/2024) -a firma del Direttore Generale- che, a seguito del parere negativo espresso da questa Sezione sulla deliberazione del comune di Paduli, ha comunicato ulteriori informazioni e trasmesso documenti diversi da quelli valutati dal Comune di San Giorgio del Sannio nella deliberazione n. 5 del 5/12/2023 con cui ha deliberato di divenire socio della costituenda società mista Sannio Acque s.r.l.

Come visto, il Comune ha fondato la propria scelta sull'analisi giuridica ed economica svolta dall'E.I.C. Distretto Sannita con la deliberazione n. 1 del 25 ottobre 2022, confermata dal Comitato Esecutivo dell'E.I.C. con la deliberazione n. 69 dell'8 novembre 2022, facendo proprio l'impianto motivazionale, ivi inclusi i documenti tecnici allegati, dei predetti provvedimenti pubblicati sul sito istituzionale del medesimo Ente d'Ambito.

Il Direttore Generale dell'E.I.C. ha reso noto che il Comitato esecutivo ha confermato le decisioni del Consiglio di Distretto assunte con le deliberazioni n. 63 e 64 del 22/12/2023 (successive alla deliberazione dal Comune). Infatti, la Regione Campania ha completato la procedura di VAS per il Piano d'Ambito Sannita con decreto dirigenziale del 27/10/2023, n. 37, successivamente aggiornato con decreto dirigenziale 13/11/2023, n. 50 e *"in conseguenza, è stato predisposto il Piano d'Ambito Distrettuale nella versione definitiva nell'ambito della quale si è proceduta anche all'aggiornamento del Piano Economico Finanziario da porre a base della procedura di gara"*. Quindi con deliberazione del 20 dicembre 2023, n. 3, il Consiglio di Distretto Sannita ha definitivamente approvato il Piano d'Ambito Distrettuale Sannita modificando, tra l'altro, il piano economico finanziario di

distretto rispetto al piano considerato dall'Amministrazione locale- e con la successiva deliberazione n. 4 del 20 dicembre 2023 ha approvato la relazione ex art. 14, comma 3, del d.lgs 23 dicembre 2022 n. 201 contenente gli esiti della valutazione ex comma 2 afferente all'analisi delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, all'analisi di sensitività, ai profili relativi alla la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta.

L'Ente Idrico Campano ha, altresì, trasmesso i seguenti allegati:

- 1) Convenzione di Gestione (Schema);
- 2) Disciplinare Tecnico allegato alla Convenzione di gestione del SII (Schema);
- 3) Disciplinare di Tecnico (Schema) - Regolamento di Gestione del Servizio;
- 4) Schema Statuto società a responsabilità limitata per la gestione del servizio idrico integrato;
- 5) Patti Parasociali per la gestione della società Sannio Acque S.r.l.;
- 6) Schema di contratto per l'affidamento dei compiti operativi connessi alla gestione del Servizio idrico integrato nell'Ambito Distrettuale Sannita;
- 7) Relazione illustrativa al PEF;
- 8) Relazione illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti per la forma di affidamento prescelta (ex d.lgs. 23 dicembre 2022 n. 201, art. 14 comma 3).

Nella nota del 13 gennaio, il Direttore Generale ha richiamato la previsione dell'art. 3bis, comma 1 bis, del D.L. 138/2011 -come convertito- secondo il quale *"Le deliberazioni degli enti di governo di cui al comma 1 sono validamente assunte nei competenti organi degli stessi senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive da parte degli organi degli enti locali"*.

Osserva il Collegio che la disposizione richiamata se, da un lato, attribuisce immediata efficacia alle deliberazioni rendendole opponibili agli enti locali ricadenti nell'ambito ottimale, senza alcuna necessità di una previa autorizzazione o recepimento, dall'altro, tuttavia, non esime gli enti che intendano diventare soci dal rispetto degli obblighi motivazionali discendenti dalla legge (art. 5 TUSP). Motivazione che, seppur affidata al richiamo ad altri provvedimenti, non può difettare del requisito della certezza. La motivazione *per relationem*, infatti, è ammissibile se il rinvio è tale da rendere possibile ed agevole il controllo della motivazione stessa e delle argomentazioni poste alla base della deliberazione. *"È evidente, pertanto, che per un'esigenza di certezza e chiarezza delle decisioni assunte dall'ente locale e, ancor prima e più, al fine di consentire il controllo ex art 5 TUSP da parte del Giudice contabile, la motivazione mediante rinvio non può che riferirsi a provvedimenti e atti esistenti alla data della deliberazione consiliare, essendo inimmaginabile che possa ritenersi integrata la motivazione attraverso un rinvio mobile e dinamico a provvedimenti via via adottati dall'Ente d'Ambito e assunti dopo la decisione del comune di diventare socio. Ne consegue che il Comune avrebbe dovuto autonomamente verificare se nonostante la sopravvenuta modifica dei provvedimenti dell'Ente d'Ambito, persistesse l'interesse alla partecipazione, interessando nuovamente*

l'Organo preposto a tali decisioni e quindi procedendo all'approvazione di una nuova deliberazione consiliare. Infatti, se è vero che trattandosi di un servizio a rete lo stesso debba essere svolto nel rispetto degli ambiti ottimali individuati dalla Regione rendendo incompatibili le gestioni autonome esistenti, dall'altro, tale obbligatorietà non rende superflua la determinazione di ciascun Comune a valutare l'opportunità e convenienza di assumere la qualifica di socio" (cfr. Sezione di controllo Campania n. 15/2024/PASP e n. 16/2024/PASP).

Al fine di rendere *utiliter datum* il parere di questa Sezione si è comunque esaminata anche la documentazione trasmessa dall'E.I.C. in data 13 gennaio c.a.

Descritta nei suddetti termini l'operazione societaria sottoposta al vaglio della magistratura contabile, occorre preliminarmente appurare se sussistano, nella fattispecie, i presupposti normativi che legittimano questa Sezione a pronunciarsi, ex art. 5, comma 3, TUSP, sull'atto deliberativo di adesione alla costituenda società a partecipazione mista pubblico/privata denominata Sannio Acque s.r.l.

DIRITTO

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

L'art. 5, comma 3, del d. lgs. n. 175 del 2016, recante il "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" (TUSP), come recentemente modificato dall'art. 11 comma 1, lett. a), della legge n. 118 del 2022, dispone che "L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti, che delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo".

Il successivo comma 4 consente, poi, all'amministrazione di superare un pronunciamento della Sezione di controllo che consista in un "*parere in tutto o in parte negativo*" e quindi di procedere ugualmente alla costituzione o all'acquisizione inizialmente deliberata, purché motivi "*analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere*", dandone pubblicità sul proprio sito internet istituzionale.

Su tale funzione assegnata alla Corte dei conti sono intervenute di recente le Sezioni Riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22 e n. 19/SSRRCO/QMIG/2022), che ne hanno individuato la ratio nell'esigenza di sottoporre a

scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta amministrativa, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato.

Più in particolare, nella deliberazione n. 16, le Sezioni Riunite hanno specificato che *"l'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario, sia in fase di creazione di un nuovo soggetto di diritto, sia in sede di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente, è un processo che si articola in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari ammessi dal TUSP; la seconda, avente rilevanza privatistica, è volta a tradurre in attuazione la determinazione assunta in via amministrativa, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione in via diretta o mediante aumento di capitale) (...). La funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca proprio nel passaggio tra le due fasi, con il chiaro intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'Amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato, ciò in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili"*.

L'ulteriore pronuncia nomofilattica delle Sezioni Riunite di questa Corte, n. 19 del 23 novembre 2022, ha consentito di dirimere alcuni dubbi interpretativi sul novero degli atti soggetti a controllo, statuendo in particolare che *"l'esame degli atti deliberativi di costituzione di società o di acquisizione di partecipazioni societarie da parte delle competenti Sezioni della Corte dei conti, prescritto dai commi 3 e 4 dell'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, non riguarda le operazioni di trasformazione fra tipi societari, di fusione e di sottoscrizione di aumento di capitale sociale quando non comporti anche l'acquisto della posizione di socio"*.

La Corte dei conti è chiamata a verificare che il provvedimento adottato dall'amministrazione contenga un'analitica motivazione in ordine a: I) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4 del medesimo TUSP); II) ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; III) compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa; IV) assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Inoltre, la magistratura contabile deve valutare, a monte, che l'atto deliberativo sia stato adottato con le modalità e i contenuti prescritti dagli artt. 7 e 8 del TUSP.

Ciò premesso, in termini generali, in ordine alla fisionomia della nuova forma di controllo prevista dal legislatore nel vigente articolo 5 del T.U.S.P. occorre ora soffermarsi sulla sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi che legittimano, nella fattispecie, l'intervento della magistratura contabile.

3. Ambito soggettivo del controllo.

Il TUSP, attraverso il combinato disposto degli artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, lett. a), riconduce nel proprio campo applicativo *"le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale"*, pertanto il Comune di San Giorgio del Sannio è assoggettato alle disposizioni del TUSP ed è tenuto ad osservare, per quel che rileva in questa sede, le disposizioni di cui agli artt. 4, 5, 7 e 8 TUSP.

L'ente partecipante alla costituzione è una pubblica amministrazione in senso soggettivo e quindi rientra nel novero di coloro che sono soggetti al controllo della Sezione; inoltre l'atto deliberativo in esame è stato adottato dal Commissario Straordinario con i poteri dal Consiglio comunale, che rappresenta l'organo amministrativo competente nella materia in esame (art. 7, comma 1, lett. c, TUSP).

4. Ambito oggettivo del controllo.

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

In questo caso, la fattispecie sottoposta al vaglio della magistratura contabile consiste nella adesione, da parte del Comune di San Giorgio del Sannio alla costituenda società a partecipazione mista pubblico/privata denominata Sannio Acque s.r.l., che sarà incaricata della gestione del Servizio Idrico Integrato nell'Ambito Distrettuale Sannita di cui alla L.R. 15/2015, nella forma del partenariato pubblico/privato.

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

5. Profili di competenza a conoscere dell'atto deliberativo di acquisizione di partecipazioni societarie.

Sul punto, l'art. 5, comma 4, del TUSP, ripartisce la competenza, ai fini dell'esame degli atti di costituzione di società o di acquisizione di partecipazioni societarie, tra le

Sezioni riunite in sede di controllo (*"per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali"*), le Sezioni regionali di controllo (*"per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione"*) e la Sezione controllo Enti (*"per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge n. 259 del 1958"*).

Il suddetto criterio di riparto vale a radicare la competenza di questa Sezione ad effettuare la verifica ex art. 5, comma 3, TUSP, in quanto l'atto deliberativo in esame rientra tra *"gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione"*.

Inoltre, la Sannio Acque s.r.l. ha sede nel comune di Benevento (art.2 dello Statuto) e il suo ambito territoriale è costituito dalla relativa provincia.

6. Vincoli tipologici (art. 3 TUSP) e finalistici (art. 4 TUSP).

Gli articoli 3 e 4 del TUSP dispongono, rispettivamente, 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"* (art.3 comma 1) e che *"le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società"* (art. 4).

Per quanto attiene alla forma societaria prescelta, alcun dubbio residua sulla rispondenza della stessa alle previsioni dell'art.3 del TUSP (Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica). Infatti, la società *"Sannio Acque s.r.l."* è una società a responsabilità limitata che ha per oggetto lo svolgimento di un servizio che rientra nelle finalità istituzionali del Comune di San Giorgio del Sannio, trattandosi dell'espletamento del servizio idrico integrato.

La previsione dell'operazione prevista è, pertanto, in linea con l'impianto normativo previsto dal legislatore che ammette la costituzione di società e l'acquisto o il mantenimento di partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività indicate. Tra queste il comma 2, lettera a), dell'art. 4 TUSP indica la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi.

Per quanto detto, risultano rispettati i vincoli tipologici e finalistici di cui agli articoli 3 e 4 del TUSP.

6.1 Il Servizio idrico integrato

Con tale espressione si intende l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione, distribuzione di acqua ad usi civili, fognatura, depurazione e riutilizzo delle acque reflue.

Il termine *Piano d'ambito distrettuale* indica lo strumento di pianificazione e programmazione degli interventi su scala distrettuale, esso costituisce la base del programma delle azioni, delle opere e delle manutenzioni straordinarie nonché il programma temporale e finanziario di esecuzione allegato al disciplinare del contratto con il gestore (art. 2 Definizioni LR 15/2015).

Anche la Tariffa trova la sua illustrazione nel citato art. 2, quale *“corrispettivo del servizio idrico integrato determinata dall'Ente Idrico secondo quanto previsto dal metodo tariffario definito dall'ARERA e Autorità di regolazione per l'energia reti e ambienti e composta dalla somma delle seguenti componenti: 1) Tariffa d'ambito: la tariffa di base, predisposta dall'Ente Idrico Campano al fine della redazione del Piano finanziario di cui all'articolo 149, comma 1, lettera c), del decreto legislativo n. 152/2006 quale componente della tariffa perequata a livello regionale, da applicare all'utenza previa eventuale integrazione dell'Ambito distrettuale, in conseguenza delle indicazioni del Piano d'ambito, così come integrate dal Piano d'ambito distrettuale; 2) Tariffa di distretto: la tariffa conseguente al Piano economico finanziario di distretto come corrispettivo del servizio idrico integrato che è composta dalla tariffa base oltre le eventuali integrazioni necessarie in ambito distrettuale in applicazione dell'articolo 154 del decreto legislativo n. 152/2006”*.

La giurisprudenza amministrativa afferma che il servizio idrico integrato rientra tra i *servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica* (ex multis Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2017, n. 2481).

A questo proposito, la Corte costituzionale ha affermato che *“In ambito comunitario non viene mai utilizzata l'espressione «servizio pubblico locale di rilevanza economica», ma solo quella di «servizio di interesse economico generale» (SIEG), rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Detti articoli non fissano le condizioni di uso di tale ultima espressione, ma, in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (ex multis, Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia) e dalla Commissione europea [...] emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno «contenuto omologo», come riconosciuto da questa Corte con la sentenza n. 272 del 2004. (sent.n.325/2010). E ancora: “Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato» [...]; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche “fini sociali”) nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni [...]. Le*

due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica" (sent.n.325/2010).

Con specifico riferimento al servizio idrico, la Corte costituzionale ha più volte affermato che esso non costituisce funzione fondamentale dell'ente locale (sentenze n. 307 del 2009 e n. 272 del 2004) e che la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica non è riferibile alla competenza legislativa statale in tema di «*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*» (art. 117, secondo comma, lettera m, Cost.), perché riguarda i servizi di rilevanza economica (sentenza n. 272 del 2004). Inoltre la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica non è ascrivibile neppure all'ambito delle «*funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e Città metropolitane*» (art. 117, secondo comma, lettera p, Cost.), perché «*la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale*» (sentenza n. 272 del 2004), «*non riguarda [...] profili funzionali degli enti locali*» (sentenza n. 307 del 2009, al punto 6.1.) ma va ricondotta, invece, all'ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, «*tutela della concorrenza*», prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., «*tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato (ex plurimis, sentenze n. 314, n. 307, n. 304 e n. 160 del 2009; n. 326 del 2008; n. 401 del 2007; n. 80 e n. 29 del 2006; n. 272 del 2004). Di conseguenza, con riguardo alla concreta disciplina censurata, la competenza statale viene a prevalere sulle invocate competenze legislative regionali e regolamentari degli enti locali e, in particolare, su quella in materia di servizi pubblici locali, proprio perché l'oggetto e gli scopi che caratterizzano detta disciplina attengono in via primaria alla tutela e alla promozione della concorrenza (sentenze n. 142 del 2010, n. 246 e n. 148 del 2009, n. 411 e n. 322 del 2008)».*

Sempre la Corte costituzionale (sentenza n. 231 del 2020) nel giudizio di legittimità promosso dal Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia con riferimento all'art. 4, commi 1 e 2, della legge della Regione Siciliana 11 agosto 2017, n. 16 in cui il rimettente lamenta la violazione del principio di unicità della gestione del servizio idrico, sancito dagli artt. 147 e 149-bis cod. ambiente, afferma che [...] «*tutte le menzionate norme statali sono ascrivibili alla «tutela della concorrenza» in base a un indirizzo costante di questa Corte secondo cui «devono essere ricondotte "ai titoli di competenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettere e) e s), Cost., sia la disciplina della tariffa del servizio idrico integrato (sentenze n. 67 del 2013, n. 142 e n. 29 del 2010, n. 246 del 2009), sia le forme di gestione e le modalità di affidamento al soggetto gestore (sentenze n. 117 e n.*

32 del 2015, n. 228 del 2013, n. 62 del 2012, n. 187 e n. 128 del 2011, n. 325 del 2010), con la precisazione, operata sempre con riguardo al settore idrico, che le regioni possono dettare norme che tutelino più intensamente la concorrenza rispetto a quelle poste dallo Stato (sentenza n. 307 del 2009)» (sentenza n. 93 del 2017)» (sentenza n. 65 del 2019), spettando allo Stato «la disciplina del regime dei servizi pubblici locali, vuoi per i profili che incidono in maniera diretta sul mercato, vuoi per quelli connessi alla gestione unitaria del servizio» (sentenza n. 173 del 2017; nello stesso senso, sentenze n. 65 del 2019 e n. 160 del 2016)».

Ugualmente rilevante per la materia in esame è il passaggio successivo: “in particolare, questa Corte «ha chiarito che la disciplina diretta al superamento della frammentazione verticale della gestione delle risorse idriche, con l’assegnazione a un’unica Autorità preposta all’ambito delle funzioni di organizzazione, affidamento e controllo della gestione del servizio idrico integrato, è ascrivibile alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, essendo essa diretta ad assicurare la concorrenzialità nel conferimento della gestione e nella disciplina dei requisiti soggettivi del gestore, allo scopo di assicurare l’efficienza, l’efficacia e l’economicità del servizio (sentenze n. 325 del 2010 e n. 246 del 2009)» (sentenza n. 93 del 2017)».

Alla luce della disciplina vigente (art. 147, d.lgs. n. 152/2006), i servizi idrici sono organizzati sulla base degli Ambiti territoriali ottimali, definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36, e gli enti locali che ricadono nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all’ente di governo dell’ambito, individuato dalla competente regione per ciascun Ambito territoriale ottimale, al quale è trasferito l’esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all’articolo 143, comma 1.

L’attribuzione ex lege delle funzioni in materia di servizio idrico integrato in capo all’Ente di Governo dell’Ambito fa sì che ad esso spetti approvare gli atti fondamentali di programmazione, di amministrazione e di gestione del servizio idrico integrato; in particolare, spetta all’Ente d’Ambito -e non ai singoli Comuni- l’approvazione del Piano d’Ambito, che include – fra l’altro – il programma degli interventi, il modello gestionale e organizzativo e il piano economico finanziario del servizio idrico (art. 149, d.lg. n. 152/2006).

Il panorama di riferimento è dunque assai complesso in quanto rappresenta il punto finale di numerosi interventi legislativi e terreno di incontro -e scontro- di differenti modelli di gestione in cui emergono, non ultime, anche le istanze collettive. Si ricerca la gestione più efficiente, economica ed efficace della risorsa acqua nel rispetto della cornice delineata dalla normativa e dalla giurisprudenza nazionale ed eurounitaria.

In tal senso l'art. 3 del Dlgs 23/12/2022, n. 201, rubricato *Principi generali del servizio pubblico locale*, in vigore dal 31 dicembre 2022 così dispone: "1. I servizi di interesse economico generale di livello locale rispondono alle esigenze delle comunità di riferimento e alla soddisfazione dei bisogni dei cittadini e degli utenti, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. 2. L'istituzione, la regolazione e la gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale di livello locale rispondono a principi di concorrenza, sussidiarietà, anche orizzontale, efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini, sviluppo sostenibile, produzione di servizi quantitativamente e qualitativamente adeguati, applicazione di tariffe orientate a costi efficienti, promozione di investimenti in innovazione tecnologica, proporzionalità e adeguatezza della durata, trasparenza sulle scelte compiute dalle amministrazioni e sui risultati delle gestioni. 3. Nell'organizzazione e nella erogazione dei servizi di interesse economico generale di livello locale è assicurata la centralità del cittadino e dell'utente, anche favorendo forme di partecipazione attiva".

Anche l'articolo 1 della LR. n.15/2015 riconosce che l'acqua è "un bene collettivo di origine naturale, che va tutelato ed utilizzato prioritariamente per le occorrenze della vita umana, nel rispetto degli altri bisogni della flora e della fauna presenti nel territorio regionale e dei diritti inviolabili spettanti alle generazioni future per la fruizione di un integro patrimonio ambientale".

La legge regionale, nel dettare le norme in materia di servizio idrico integrato nel rispetto del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale) e nei limiti della competenza territoriale, si propone di riordinare la disciplina regionale del servizio idrico integrato e della tutela della risorsa idrica. A tal fine il comma 3 dell'art.1 della LR n.15/2015 specifica che il servizio idrico integrato è gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie "nonché dei principi di sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione e leale cooperazione con gli enti locali, nonché nel rispetto degli esiti del referendum del 2011".

7. Oneri di motivazione analitica (art. 5, commi 1 e 2, TUSP)

L'art. 5, comma 3, TUSP delinea i tratti essenziali della nuova funzione assegnata alla Corte dei conti, precisandone i parametri di riferimento, la procedura e gli esiti; la Corte deve valutare la conformità della delibera inviata con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n.16/SSRRCO/QMIG/22) precisano che in merito alla "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".

Posto l'onere motivazionale richiesto dall'art.5 del T.U.S.P., non vi è dubbio che esso gravi sull'Amministrazione precedente che è tenuta ad effettuare i necessari approfondimenti istruttori al fine della scelta "migliore", soprattutto quando le risorse sono scarse, facendoli confluire nella motivazione analitica dell'atto deliberativo conclusivo.

Invero, l'art. 5 comma 1 del T.U.S.P. espressamente prevede che "A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo [...] deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa".

Ad avviso del Collegio, nel caso di specie, non sussistono le condizioni di operatività dell'art. 5 comma 1 del T.U.S.P., secondo cui si prescinde dalla analitica motivazione quando la costituzione di una società è prevista per legge. (v. *ex multis* Campania 118/2023/PASP). Infatti, dall'analisi della normativa statale e regionale non si ricava un espresso obbligo di costituzione o di acquisizione di quote societarie.

Il Comune di San Giorgio del Sannio nell'atto deliberativo afferma che "l'onere motivazionale di cui all'art. 5 del D. Lgs. n. 175/2016, nella specie, può, dunque, essere ritenuto assolto, oltre con quanto evidenziato nella presente delibera, mediante rinvio per relationem ai citati provvedimenti dell'Ente Idrico Campano (qui allegati) con i quali si è proceduto all'adozione degli atti di pianificazione infrastrutturale ed economico-finanziaria della gestione del SII nell'Ambito Distrettuale Sannita (ossia, Piano d'Ambito Distrettuale di cui all'art. 17 della L.R. n.15/2015) nonché all'approvazione della relativa forma di gestione (ossia società a capitale misto con partecipazione maggioritaria dei Comuni del Distretto), nonché alla relazione illustrativa degli elementi del PEF della gestione del SII da parte della società Sannio Acque s.r.l.".

L'art. 17 del Dlgs. n.175/2016 (TUSP) disciplina nello specifico la Società a partecipazione mista pubblico-privata, in cui la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha ad oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della

partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista.

Sotto questo profilo, l'Ente ha richiamato i vantaggi di tale scelta *"orientata su modelli gestori di tipo misto pubblico/privato, in grado di sostenere gli investimenti richiesti dal predetto Piano, tenuto conto della natura essenziale del SII, del ruolo strategico della risorsa idrica, della rilevanza sul piano ambientale delle attività che il Gestore è chiamato a compiere"*.

La relazione a firma del Direttore Generale dell'Ente Idrico Campano (allegato 7) riassume le tre differenti forme finora utilizzate dai comuni che affluiscono nel Distretto Sannita: 21, a mezzo di società mista pubblico/privata; 33, a mezzo di società a capitale interamente pubblica, 2, con gestione a mezzo di Consorzio intercomunale e 22 comuni con gestione in economia. Si afferma che la scelta è ricaduta sulla società a capitale misto in quanto è stata ritenuta maggiormente efficiente rispetto alle altre possibili per i seguenti motivi: -si evita di impegnare le risorse economico/finanziarie dei singoli Comuni; - si può contare sul *Know-how* di un soggetto industriale già attivo nel settore e su apporti di capitale privato utile a finanziare il tempestivo subentro del nuovo gestore nelle gestioni in economia e per la gestione degli interventi infrastrutturale che l'EIC programmerà; -non ci sono nel Distretto/Provincia di Benevento significative esperienze in tale ambito da consolidare; si assicura una migliore partecipazione degli EL nella governance del servizio idrico; - è una soluzione in grado di contemperare l'interesse dei Comuni ad esercitare forme stringenti di controllo sulle società e sul servizio pubblico essenziale con l'esigenza di disporre di capitali sociali per la fase di start up del nuovo gestore. Gli obiettivi che si vuole raggiungere attraverso il modello organizzativo-gestionale individuato sono rappresentati dal superamento delle attuali gestioni frammentate del servizio, dalla volontà di garantire un efficace sistema di monitoraggio quantitativo e qualitativo, dal raggiungimento di una scala dimensionale industriale efficiente e calibrata sul territorio.

Si rende allora necessario verificare se siano specificati nei documenti richiamati *per relationem* i requisiti di convenienza economica e sostenibilità finanziaria, nonché la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Altro elemento utile al fine della complessiva valutazione dell'operazione è dato dal parere dell'organo di revisione, da rendersi ai sensi dell'art. 239, comma 1 lett. B n.3, del Tuel (Dlgs. n.267/2000) in ordine alla modalità di gestione dei servizi e sulle proposte di costituzione o di partecipazione ad organismi esterni. Nel caso in esame il Comune ne ha fatto solo riferimento nella deliberazione, senza allegarlo, dando atto che il parere espresso è positivo.

Tutto ciò premesso, si ribadisce la necessità da parte dell'Ente di valutare adeguatamente la sostenibilità soggettiva dell'operazione delineata, anche con riferimento alla concreta situazione finanziaria. La previsione di meccanismi di aggregazione territoriale, mediante l'accentramento della scelta gestionale in capo agli enti di governo dell'Ambito, non intacca l'obbligo di verificare la concordanza delle previsioni del *business plan* aziendale della costituenda società con le previsioni annuali e pluriennali dei bilanci degli enti coinvolti. Il parametro della sostenibilità finanziaria deve essere scrutinato anche dal punto di vista soggettivo, tenendo conto, cioè, degli effetti dell'operazione da realizzare sulla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato (cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22).

8. Sulla convenienza economica e sulla sostenibilità finanziaria

In merito alla sostenibilità finanziaria, la richiamata deliberazione n. 16 del 2022 delle Sezioni Riunite in sede di controllo della Corte dei conti evidenzia che tale concetto *"assume una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento societario che l'amministrazione intende effettuare; l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato.*

Sotto il primo versante, la sostenibilità finanziaria si riferisce, quindi, alla 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. (...) la sostenibilità finanziaria sul piano oggettivo dell'operazione di investimento societario deve essere attentamente scandagliata dall'Amministrazione pubblica, nell'ambito del proprio iter istruttorio interno, 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.

Sotto il secondo profilo, come accennato, la sostenibilità finanziaria dell'operazione di costituzione o di acquisto di partecipazioni societarie deve essere valutata con riguardo alla situazione specifica dell'Amministrazione procedente. Dovrà, in tale sede, darsi 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, ad esempio quelli di carattere organizzativo per l'esercizio delle ordinarie funzioni di controllo sull'organismo partecipato (si pensi a titolo esemplificativo al sistema di controllo

interno sulle società partecipate non quotate ai sensi dell'art. 147-quater del TUEL). 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”.

In sintesi, la motivazione deve dare conto tanto della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'Amministrazione (profilo dell'efficacia) quanto del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità).

Il rispetto dei parametri sopra menzionati presuppone necessariamente una oggettiva comparazione tra i benefici e i costi “attualizzati” che ogni possibile soluzione comporti, nonché una “certezza” e “veridicità” dei dati presi a riferimento per la scelta del modello di gestione individuato come quello che meglio risponde alle finalità pubbliche da raggiungere.

È inoltre di primaria importanza che gli elementi di valutazione e i risultati raggiunti siano resi trasparenti e disponibili, soprattutto laddove si tratti di servizi che riguardano beni di interesse comune e collettivo.

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

Il *Business Plan* (o altro documento equipollente) deve fornire gli elementi descrittivi dell'operazione societaria che si intende realizzare; essi costituiscono la base su cui devono essere sviluppate le previsioni finanziarie, sia di conto economico (quindi riportando le stime dei costi e dei ricavi) sia quelle relative ai flussi finanziari derivanti dalle varie aree gestionali (attività operativa, attività di investimento e attività di finanziamento come definiti nel principio contabile OIC 10 “*Rendiconto finanziario*”). Parimenti, l'esercizio di previsione deve riguardare la situazione patrimoniale prospettica della società che ci si accinge a costituire o partecipare, delineandone l'evoluzione delle attività (liquide, correnti o immobilizzate) e delle relative fonti di finanziamento (passività e patrimonio netto). Le previsioni del BP devono essere accompagnate da apposite note

esplicative che, nel rispetto dei principi di trasparenza e chiarezza, ne esponano le ipotesi di sviluppo. In particolare, occorre esplicitare la natura dei ricavi (ad esempio se consistenti in trasferimenti pubblici o ricavi da prestazioni di beni e servizi) e la relativa struttura (quali le ipotesi circa la determinazione del fatturato in termini di volumi e i prezzi dei prodotti/servizi resi); specularmente deve essere descritta la composizione e la 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 in cui si raggiunge il punto di equilibrio (cd. *break even point* delle scienze aziendalistiche) in cui il flusso atteso di ricavi sarà in grado di garantire la copertura dei costi complessivi stimati. Dal momento dell'inizio della sua attività, infatti, la società deve sostenere costi fissi, incomprimibili durante la sua vita; classico esempio è quello relativo alle materie prime. È naturale che nei primi periodi il bilancio presenterà delle perdite, fino al momento in cui i ricavi della gestione caratteristica saranno equivalenti ai costi fissi e a quelli variabili.

Non va sottaciuta, inoltre, l'importanza dei costi di personale nella governance della società partecipata, capaci di alterare il quadro economico finanziario della stessa. Tanto è vero che l'art. 19, comma 5, del TUSP prevede che gli enti pubblici soci, diano apposite direttive per il contenimento dei costi dei dipendenti. Con riferimento a questo aspetto, nella documentazione allegata si trova l'affermazione che "*l'organico della Sannio Acque s.r.l. non potrà prescindere dalla acquisizione del personale eventualmente avente diritto in servizio presso gli attuali gestori*" e che le dotazioni organiche sono coerenti con le necessità prevedibili per il servizio idrico integrato nel territorio beneventano.

Al riguardo, si osserva che nel caso di specie, è mancata una valutazione "*soggettiva*" della sostenibilità economica. La motivazione della deliberazione non offre particolari argomenti a supporto, limitandosi a rinviare alle valutazioni svolte dalla Direzione Generale E.I.C., che in sede di definizione dei contenuti specifici del Piano d'Ambito del Distretto Sannita (...) ha ritenuto congruo, ai fini della sostenibilità finanziaria della costituenda Società, prevedere la sottoscrizione di quote di capitale, per gli Enti Locali del Distretto, di importo non inferiore ad € 2,00/abitante alla data del 31.12.2022. Sulla scorta di tale affermazione il Comune ha deliberato -in data 5.12.2023- di sottoscrivere una quota di capitale della costituenda Sannio Acque s.r.l. in misura pari ad € 2,00/abitante, e dunque per una spesa presunta di € 19.650,00, con imputazione della spesa al Bilancio di Previsione 2024-2026 - Annualità 2024 - Missione 9 - Programma 4 -, in corso di approvazione.

Si rileva, pertanto, la mancanza della previsione all'interno dei documenti di programmazione economico-finanziaria (DUP/BFP 2023/2025) delle risorse finanziarie

necessarie per provvedere alla sottoscrizione e al versamento della quota all'atto della deliberazione (anno 2023).

8.1 IL PEF

Con riferimento al P.E.F. la deliberazione del Comune (n.5 del 5.12.2023) riporta che gli Uffici EIC hanno esaminato in termini positivi la praticabilità della soluzione gestionale indicata dal Consiglio di Distretto Sannita ed hanno definito la struttura del Piano di Distretto e del relativo PEF ai fini della individuazione della gara a doppio oggetto per la scelta del partner privato.

Con deliberazione del Consiglio di Distretto Sannita dell'Ente Idrico Campano n. 1 del 20 gennaio 2023, è stato adottato *"il Piano d'Ambito Distrettuale Sannita"*, composto dai seguenti elaborati:

- a) ricognizione delle infrastrutture;
- b) programma operativo degli interventi;
- c) modello gestionale ed organizzativo di distretto;
- d) piano economico finanziario di distretto.

Con deliberazione del Comitato Esecutivo dell'Ente Idrico Campano n. 3 del 6/02/2023, è stato approvato, ai sensi dell'art. 10 comma 2 lett. h) della L.R. 15/2015, il Piano d'Ambito Distrettuale del Distretto Sannita, già oggetto della citata delibera del Consiglio di Distretto n. 1/2023, confermando, ai sensi dell'art. 10, comma 2, lett. b) della L.R. n. 15/2015, *"la forma di gestione del SII affidata a società mista, come proposta dal Consiglio di Distretto Sannita"*.

L'allegato 7, trasmesso alla Sezione, ai sensi dell'art. 5 del Tusp, a firma del Direttore dell'Ente Idrico Campano, riassume gli elementi caratteristici e gli indicatori di sintesi del PEF della costituenda società mista Sannio Acque s.r.l. e riporta l'affermazione che la relazione è stata predisposta a seguito delle osservazioni pervenute ad alcuni Comuni da parte della Corte dei conti regionale *"sulle delibere di adesione alla costituenda società Sannio Acque s.r.l."*. Specifiche notizie sul PEF si ricavano proprio da questo allegato 7, in cui si legge che *"il Conto Economico proietta sul periodo di durata del Piano, nel caso in oggetto 29 anni, l'andamento dei valori prodotti e consumati dall'azienda, evidenziando se la stessa è in grado di sopravvivere nel tempo, attraverso la conduzione di una gestione efficace ed efficiente e la realizzazione degli investimenti necessari per il miglioramento delle infrastrutture e dei servizi"*.

Con la comunicazione del 13/01/2024 il Direttore Generale dell'E.I.C. ha fatto sapere di aver nuovamente modificato le previsioni economico finanziarie del Piano. Dalla lettura di tale ultimo aggiornamento emerge che il Piano è stato elaborato su un periodo di tempo di 27 anni a partire da gennaio 2025 e fino al 2051, anno coincidente con il termine di riferimento del Piano d'Ambito regionale. È stato previsto un capitale sociale di

euro 586.109, corrispondente a 2 euro per abitante per i Comuni che hanno manifestato la volontà di entrare nella compagine sociale, fermo restando la gestione unica da avviare nei confronti di tutti i Comuni del Distretto.

Alla base delle elaborazioni economiche finanziarie sono state considerate le risorse provenienti dai *"ricavi derivanti dalla tariffa del servizio idrico integrato, della presenza di eventuali contributi pubblici"* e dal finanziamento fruttifero da parte del socio privato. Quest'ultimo è finalizzato, sin dal primo anno, a far fronte: (I) al fabbisogno finanziario occorrente a riconoscere ai gestori uscenti il valore residuo per immobilizzazioni e conguagli; (II) alla realizzazione degli investimenti; (III) a reperire la finanza necessaria nella fase di start up.

Quanto alla liquidazione del valore residuo per immobilizzazioni e conguagli ex art. 29 dell'Allegato A alla deliberazione n. 580/2019/R/IDR ARERA, da riconoscere al gestore uscente Ge.Se.Sa. spa, esso è quantificato in euro 33.071.793, di cui i conguagli pari ad euro 17.277.806, mentre per l'Alto Calore Servizi spa, ammonta ad euro 5.863.428, di cui euro 2.024.849 per immobilizzazioni ed euro 3.838.579 per conguagli.

Il valore delle anticipazioni a carico del socio privato è distinto in: a) anticipazioni per finanziamento del valore residuo da rimborsare al gestore uscente e del valore degli investimenti, qualora non coperti con autogenerazione di finanza propria (assoggettati a tasso per oneri finanziario pari al 3,73%) b) anticipazioni per fabbisogno finanziario di gestione operativa (assoggettati a tasso per oneri finanziari pari al 4,5%). Ad avviso dei redattori il *"piano si basa su un modello organizzativo gestionale ritenuto efficiente e prevede la presenza sul territorio di soggetti grossisti che si occupano della captazione e della grande adduzione consentendo l'acquisto di acqua all'ingrosso per soddisfare il fabbisogno non raggiunto con i prelievi dall'ambiente effettuati sul territorio del Distretto"*. Sul versante degli investimenti, risulta un programma degli interventi in tutto il periodo di riferimento, 2025-2051, catalogati nel Piano, con livello Critico ed Alto, per complessivi euro 260.204.710 coperti da tariffa di cui euro 251.894.170 da programma degli interventi ed euro 8.310.540, di ulteriori investimenti gestionali previsti da PEF.

Rispetto al primo PEF, in cui rilievo centrale assumevano *"gli eventuali contributi pubblici"*, nell'ultima versione del PEF è specificato che i costi sono interamente coperti dalla tariffa e che la realizzazione degli investimenti è essenzialmente affidata alle risorse erogate dal socio privato sotto forma di finanziamenti fruttiferi, marginalizzando il ruolo dei contributi pubblici.

Il piano economico, con riferimento alle risorse di personale da impiegare prevede un organico complessivo non superiore a 157 unità, *"di cui 81 saranno assorbiti mediante l'assunzione di personale "avente diritto da parte del gestore Ge.Se.Sa. spa, e da parte del gestore Alto Calore Servizi spa, con la previsione del trasferimento di un numero*

massimo di unità di personale pari a 49. A tali dotazioni andranno valutate ulteriori aggiunte di personale avente diritto, oggi in servizio presso le gestioni comunali e del Consorzio Fragneto l'Abate e Fragneto Monforte, stimate in nr. 27. L'entità è quella che si è ritenuta appropriata alle grandezze fisiche che caratterizzano l'Ambito, considerando la presenza di un futuro unico Gestore del distretto Sannita". Sulla base di tali considerazioni, il PEF tiene conto di un organico massimo, indicativamente strutturato secondo quanto descritto e commisurato in 157 unità.

A tal riguardo si richiama l'attenzione sulla previsione di cui all'art. 19 del TUSP che, in particolare, al comma 2 prevede che *"Le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001"*. Peraltro, il successivo comma 4 dispone la nullità dei contratti di lavoro stipulati in violazione delle procedure o di assenza dei provvedimenti di cui al comma 2.

8.1.1. Durata

La precedente relazione del Piano D'Ambito al paragrafo 9 (da pag.717) riporta il Piano Economico e Finanziario nel quale si legge che *"L'affidamento del servizio a società mista dovrà avvenire a seguito dell'individuazione del socio privato mediante gara europea affidataria del servizio medesimo. Sebbene l'urgenza con cui l'affidamento è previsto, in linea con l'art. 151 del D.Lgs. 152/06, è previsto che la convenzione disciplini la durata dell'affidamento a 29 anni a decorrere dal 2023, nei limiti di vigenza del Piano d'Ambito Regionale definitivamente approvato a dicembre 2021"*.

Alla base delle elaborazioni economiche finanziarie sono poste alcune condizioni, tra queste rientra l'affermazione che il piano è elaborato su un periodo di tempo di 29 anni, a partire da luglio 2023 e fino al 2051, anno coincidente con il termine di riferimento del Piano d'Ambito regionale.

Come detto, con la comunicazione del direttore generale del 13/01/2024 dell'E.I.C. è stato trasmesso il piano economico finanziario aggiornato che, a differenza del precedente, è stato elaborato su un periodo di tempo di 27 anni a partire da gennaio 2025 e fino al 2051, anno coincidente con il termine di riferimento del Piano d'Ambito regionale. Anche la bozza di contratto per l'affidamento dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio idrico integrato nell'Ambito Distrettuale Sannita, trasmessa in data 13.1.2024 prevede all'art.7: *"Il presente Contratto ha una durata di anni 27 anni (ventisette anni) dalla data di avvio della gestione del SII da parte di Sannio Acque secondo quanto previsto dalla Convenzione di gestione di cui all'Allegato 1 al presente atto. Eventuali proroghe*

della Convenzione di gestione stipulata fra Ente Idrico Campano e Sannio Acque srl costituiranno proroga anche del presente Contratto.”

Ciò non è in linea con quanto indicato nell'art. 4 dello Statuto, il quale prevede che *“la durata della società è fissata fino al 31/12/2050, e comunque fino alla data di scadenza della concessione del SII affidato alla medesima. 2. La società può sciogliersi anche anticipatamente per deliberazione dell'Assemblea Straordinaria dei soci o per il verificarsi di una qualsiasi delle altre cause previste dal presente Statuto e dalla normativa pro tempore vigente. 3. La durata di cui al comma 1 potrà essere prorogata o interrotta anticipatamente dall'assemblea dei soci”*.

8.1.2. Relazione art. 14, comma 3 del D. Lgs. N. 201/2022 (ex art. 34, comma 20 d.l. n. 179/2012)

La deliberazione n.1 del 25.10.2022 del Consiglio di Distretto Sannita, avente ad oggetto la *“Scelta della forma di gestione ai sensi dell'art.14, comma 1 lett.b) della L.R.n.15/2015”*, riporta l'obbligo considerato dal previgente art. 3 bis del D.L. n. 138/2011 (Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali a rete), della relazione prescritta dall'articolo 34, comma 20 del D.L. n. 179/2012, conv. con mod. nella legge n. 221/2012 (abrogato dal 31.12.2022 dal D.lgs n.201/2022). Nella relazione è necessario dar conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e motivare le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio. In particolare, l'articolo prevedeva che *“Al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento in house, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio. Il piano economico-finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966”*.

Attualmente l'art. 14 del D. Lgs. N. 201/2022, in vigore dal 31 dicembre 2022, al 1° comma prevede che l'ente locale e gli altri enti competenti, *“nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione:[...] b)*

affidamento a società mista, secondo le modalità previste dall'articolo 16, nel rispetto del diritto dell'Unione europea[...]". Il secondo comma e il terzo comma dell'art.14 del D.lgs. 201/2022 citato, prescrivono che "Ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati. Nella valutazione di cui al presente comma, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono altresì conto dei dati e delle informazioni che emergono dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30. Degli esiti della valutazione di cui al comma 2 si dà conto, prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, in un'apposita relazione nella quale sono evidenziate altresì le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta, nonché illustrati gli obblighi di servizio pubblico e le eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompensazioni."

Il Collegio rammenta che, al fine di ottemperare all'obbligo di motivazione analitica, è necessario fornire una puntuale analisi dei punti di forza e di debolezza della scelta del modello gestionale prescelto, rispetto alle alternative contemplate dalla legge (affidamento in house e affidamento a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica), soprattutto sul versante economico-finanziario (cfr. deliberazione di questa Sezione n. 113/2023/PASP), mediante una S.W.O.T. Analysis (da intendersi come strumento di pianificazione strategica per il raggiungimento di un obiettivo) di ciascuna delle opzioni praticabili (affidamento in house e affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, oltre alla modalità prescelta dell'affidamento a società mista), con l'individuazione per ciascuna di esse dei punti di forza, dei punti di debolezza, delle opportunità e delle minacce.

Solo successivamente, con la deliberazione del Consiglio di Distretto sannita n. 4 del 20 dicembre 2023 è stata approvata la relazione di cui all'art. 14, comma 3 citato, mentre il Comune di San Giorgio del Sannio ha deliberato facendo esclusivo riferimento alla citata deliberazione n. 1 del 25.10.2022 del Consiglio di Distretto Sannita che non riporta quanto attualmente previsto dal citato art. 14, né quanto precedentemente previsto dall'art. 34, comma 20 D.L. n. 179/2012.

8.2 Lo Statuto della società Sannio Acque s.r.l.

L'art. 1 dello Statuto prevede che la società a partecipazione mista pubblico/privata operi *"quale gestore del Servizio Idrico Integrato nel bacino del Sannio in virtù della concessione aggiudicata tramite Procedura ristretta per la selezione del socio privato operativo della costituenda società alla quale sarà affidata la concessione del Servizio idrico integrato per la provincia di Benevento"*.

La Sannio Acque s.r.l., *"ha per esclusivo oggetto, nell'interesse delle comunità locali di riferimento e del soggetto privato che la partecipa"* la gestione del SII, costituito dall'insieme dei servizi pubblici di Acquedotto, Fognatura e Depurazione, nell'Ambito Distrettuale del Sannio dell'ATO Unico Regionale della Campania istituito con L.R. della Campania n. 15/2015 (art. 3 dello Statuto).

I successivi commi 4 e 5 -del medesimo articolo 3- contengono alcune disposizioni che appaiono, tra di loro, difficilmente conciliabili: *"4- La Società è in ogni caso vincolata a realizzare, direttamente e a mezzo dei propri Soci, la propria attività esclusivamente per conto e a favore degli enti del Distretto del Sannio. 5.- La Società è in ogni caso vincolata a realizzare oltre l'ottanta per cento del proprio fatturato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dagli enti pubblici soci"*. Il comma 5, infatti, ricalca quanto statuito dall'art. 16 del Dlgs. 175/2016 (rubricato *Società in house*): *"Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci"* mentre in caso di società mista l'oggetto deve essere esclusivo, così come previsto dal comma 4, art. 3, dello Statuto.

Anche gli ulteriori commi dell'art. 3 dello Statuto destano perplessità con riferimento all'oggetto esclusivo della società: *"6. La produzione ulteriore rispetto a tale limite di fatturato può essere rivolta anche a finalità diverse solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della Società. 7.- La Società, senza pregiudizio dell'affidamento e mantenimento della gestione del SII, potrà svolgere attività collegate all'oggetto sociale comunque a favore degli Enti Locali soci e potrà inoltre compiere tutte le operazioni commerciali, industriali, mobiliari, immobiliari e finanziarie - ivi compresa la facoltà di contrarre mutui anche ipotecari, assumere finanziamenti, rilasciare fidejussioni, avalli ed ogni altra garanzia a terzi, assumere partecipazioni in altre Società, imprese o entità associative in genere, aventi attività affini, connesse o complementari alle proprie, necessarie od utili per il perseguimento dell'oggetto sociale e che non sia impedita dalle leggi vigenti"*.

A ben vedere, anche queste disposizioni sembrano mutuare il disposto normativo dell'art. 16 (dedicato all'*in house*) del TUSP il quale, al comma 3-bis, statuisce quanto segue: *"La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può*

essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società”, mettendo così in dubbio l'effettiva esclusività dell'oggetto sociale richiesta dalla normativa per la società mista (v.art.17 TUSP).

Con riferimento alle società miste è recentemente intervenuto il Tar Lazio, Roma, Sez. 2[^] bis – 28 novembre 2023, n. 17846 che, esaminando il ricorso presentato da una società a capitale misto pubblico-privato, costituita all'esito di apposita gara a doppio oggetto per la selezione del socio privato operativo e per l'affidamento del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani per i Comuni soci, si è soffermato su tale tipologia di società.

Secondo il Tar, dall'analisi dell'art. 17 del TUSP (*società a partecipazione mista pubblico-privata*), espressamente richiamato dall'art. 16 del d.lgs. n. 201/2022, *“emerge che le società miste costituite per la scelta del socio privato e per l'affidamento di un servizio pubblico, [...] debbono espletare, in via esclusiva, il servizio per il cui affidamento sono state costituite e, pertanto, non possono partecipare alle gare indette da altre amministrazioni anche se relative a servizi similari”*. La conferma che la strumentalità della società mista rispetto al servizio debba essere intesa in termini di esclusività dell'oggetto della società stessa deriva, secondo il giudice amministrativo, dal comma 3 che *“collega indissolubilmente la durata della partecipazione privata alla società alla durata dell'appalto o della concessione prescrivendo, altresì, meccanismi statuari di “scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio”*. Infatti, *“ove si ammettesse la possibilità delle società miste di partecipare a gare indette da altre amministrazioni si verrebbe all'incongruo risultato per cui la legittimazione a tale partecipazione sarebbe, in fatto, condizionata dalla durata del contratto di servizio affidato in sede di costituzione della società; inoltre, l'esecuzione degli appalti affidati all'esito delle gare indette da amministrazioni diverse da quelle socie finirebbe per essere risolutivamente condizionata allo scioglimento del rapporto societario della società mista conseguente alla risoluzione del contratto di servizio il che sarebbe ovviamente inammissibile per i principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa che, ai sensi degli artt. 30 d. lgs. n. 50/16 e 1 d. lgs. n. 36/23, sono riferibili anche agli appalti pubblici”*.

Sempre secondo il Tar Lazio, infine, il nesso di esclusività che deve esistere tra la costituzione della società mista e lo svolgimento del servizio affidato dagli enti pubblici soci e trova conferma dal comma 6, il quale disciplina particolari modalità *“per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali [le società] sono state specificamente costituite” (significativo è il termine “specificamente”*).

La ratio di tale disciplina è -per il Tribunale Amministrativo- rappresentata dall'esigenza di tutelare la concorrenza perché, a seguito delle modifiche statutarie che sono consentite, si può alterare la disciplina ordinaria delle società "con l'attribuzione di poteri particolari all'ente pubblico o al socio privato partecipante a scapito degli altri organi sociali". E proprio per evitare gli indebiti vantaggi che il socio privato potrebbe conseguire, il legislatore differenzia la situazione delle società miste, in cui l'art. 17 d. lgs. n. 175/16 prevede un oggetto esclusivo, da quella delle società in house nelle quali l'assenza di soci privati giustifica l'astratta possibilità di tali enti di partecipare ad altre gare, fermo restando il limite massimo di fatturato riferibile a compiti espletati per conto di soggetti non soci, previsto dall'art. 16 comma 3 d. lgs. n. 175/16.

Infine, si evidenzia che la possibilità -prevista dall'art.18 dello Statuto- per ogni socio di farsi rappresentare in Assemblea mediante delega scritta "che può essere anticipata anche via fax", mal si concilia con una società efficiente e moderna, vista l'obsolescenza dello strumento individuato, ormai superato e sostituito dalla pec.

8.2.1. Capitale sociale e riserve targate

Per quanto attiene al capitale sociale, lo Statuto prevede -all'art. 6- che esso sia di "**586.109,00 per l'anno 2023, da intendersi, in ogni caso, come prima annualità della costituzione della società, conformemente a quanto previsto nel paragrafo 2.1 del P.E.F.*" diviso in 1.000 quote e che la quota di capitale pari ad € "***322.360 per l'anno 2023, da intendersi, in ogni caso, come prima annualità della costituzione della società, conformemente a quanto previsto nel paragrafo 2.1 del P.E.F.*" e "*comunque una quota non inferiore al 55% - sarà riservata e sottoscritta dai soci pubblici/enti locali, in ragione della rispettiva popolazione*".

Il successivo articolo 7 riguarda l'ipotesi di variazione del capitale sociale e l'utilizzo di eventuali riserve. I soci, "*in considerazione della condivisione da parte loro dello scopo sociale e per il miglior conseguimento dell'oggetto sociale, dovranno e/o potranno variare il capitale sociale*". L'articolo in parola prevede le cd. "*riserve targate*" che non sono distribuibili ai soci e non possono essere rimborsate o assegnate se non nelle specifiche ipotesi indicate al comma 5 dello stesso articolo. Si tratta di somme riferibili a ciascun socio che le ha conferite e che possono essere utilizzate a copertura delle perdite, tuttavia se il socio non risulta titolare di "*riserve targate in misura sufficiente all'assorbimento proporzionale a copertura delle perdite come testé declinato, avrà l'obbligo di procedere alla tempestiva costituzione di una propria "riserva targata" mediante conferimenti a patrimonio netto o apporti espressamente effettuati a fondo perduto, e senza obbligo di restituzione, in misura proporzionale alla quota di capitale al medesimo spettante e per un importo sufficiente alla copertura delle perdite per la quota di sua competenza*".

È evidente che una previsione del genere rappresenti un consistente rischio finanziario per il socio pubblico, che si vedrebbe esposto al ripiano delle perdite ed obbligato a coprirle, fermo restando che occorre rispettare il disposto normativo dell'art. 14 del TUSP che, nel caso di specie, appare violato (divieto del soccorso finanziario).

Il socio pubblico che intende farsi carico delle obbligazioni sociali è tenuto ad evidenziare le ragioni economiche e giuridiche dell'operazione; infatti, alla luce dei principi di sana gestione finanziaria l'assunzione da parte sua di debiti altrui può essere giustificata solo dalla sussistenza di un prevalente interesse pubblico, ad esempio per assicurare la continuità del servizio gestito dalla società o recuperare beni immobili indisponibili necessari per la prestazione del servizio. (cfr. Sezione di controllo per la regione Lombardia, deliberazioni n. 380/2012/PRSE e n. 98/2013/PAR e n. 410/2016).

La stessa giurisprudenza contabile ha ulteriormente precisato, al riguardo, che la sussistenza dell'interesse pubblico a giustificazione dell'accollo, deve essere adeguatamente motivata alla luce degli scopi istituzionali e della necessità di perseguire i canoni di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, soprattutto in termini di razionalità economica (Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazioni n. 380/2012/PRSE; n. 337/2013/PAR; n. 42/2014/PAR; n. 15/2015/PRSE). Infatti, *"un ente locale che dovesse assorbire a carico del proprio bilancio i risultati negativi della gestione di un organismo partecipato, pur in presenza degli accantonamenti prudenziali di cui all'art. 21 [tusp], sarà tenuto a dimostrare lo specifico interesse pubblico perseguito in relazione ai propri scopi istituzionali, evidenziando in particolare le ragioni economico-giuridiche dell'operazione, le quali, devono necessariamente essere fondate sulla possibilità di assicurare una continuità aziendale finanziariamente sostenibile."*(cfr. Deliberazione SRC Piemonte n. 63/2020). Pertanto, oltre al divieto espresso, attualmente disciplinato dall'art. 14, comma 5 TUSP, l'ammissibilità di interventi a sostegno di organismi partecipati è possibile solamente qualora vi sia una prospettiva di recupero dell'economicità e dell'efficienza della gestione, da provare con specifico piano di risanamento.

Tale disposizione, osserva il Collegio, apre al rischio di una incontrollata esposizione finanziaria del socio pubblico, che sarebbe tenuto al ripiano delle perdite ben prima ed indipendentemente dalla valutazione dell'effettiva presenza dei presupposti legittimanti il ripiano delle stesse e la possibile ricapitalizzazione della società, in spregio alle previsioni di cui all'art. 14 del TUSP e del cd. *"divieto del soccorso finanziario a tutti i costi"* (v. SRC Campania n. 116/2023 e SS.RR. 19/2023/QMIG e la giurisprudenza ivi richiamata).

8.2.2. Liquidazione del socio privato

Con particolare riferimento al socio privato, l'art. 13 dello Statuto che disciplina i casi di esclusione, al comma 9, prevede che *"Al termine della concessione, il Socio Privato*

è liquidato entro dodici mesi, spettando al medesimo una somma pari: a. alla propria quota di partecipazione al capitale sociale versato; b. alla propria quota delle riserve formate con utili non distribuiti". E al comma successivo dello stesso articolo: "10. Dalle somme di cui al precedente comma è esclusa la somma spettante al Socio Privato per l'eventuale rimborso per i finanziamenti effettuati alla società, da regolarsi con atti convenzionali fra le parti".

Con questa formulazione si assicura al socio privato, al termine della concessione, e indipendentemente dall'andamento della società, il recupero del capitale sociale. Ciò si pone in contrasto anche con la distribuzione del rischio che, nella concessione, è in capo al socio privato. Addirittura, anche nel caso in cui il socio privato dovesse essere escluso dall'Assemblea per gravi inadempienze avrebbe comunque diritto ad essere liquidato entro dodici mesi con una somma pari alla propria quota di partecipazione al capitale sociale versato e alla propria quota delle riserve formate con utili non distribuiti (art.13 dello Statuto).

Le disposizioni statutarie si pongono in contrasto con l'art.2473 bis il quale dispone che nel caso di esclusione del socio della s.r.l. per giusta causa – ricorrendo le ipotesi individuate nell'atto costitutivo - trova applicazione l'art. 2473 c.c. Tale disposizione al comma 3 espressamente prevede: *"I soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale. Esso a tal fine è determinato tenendo conto del suo valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso (...)".* Tale norma è coerente con il divieto del patto leonino di cui all'art. 2265 c.c., che prevede la nullità per qualsiasi patto che escluda uno o più soci dalla partecipazione agli utili o alle perdite della società. Al contrario, la previsione dell'art. 13 dello Statuto, nonostante le osservazioni di segno contrario espresse dal Direttore Generale del Distretto (v. comunicazione del 13 gennaio 2024) assicura al socio privato, al termine della concessione, e indipendentemente dall'andamento della società, il recupero del capitale sociale e ciò finanche nella ipotesi in cui il socio sia stato escluso per gravi inadempienze. La norma statutaria, peraltro, oltre a porsi in contrasto con le disposizioni codicistiche sopra richiamate, appare distonica anche rispetto ai criteri legali della distribuzione del rischio delle operazioni di partenariato pubblico – privato.

A questo proposito la Corte di Cassazione si è così pronunciata: *"deve considerarsi che il socio di una società a responsabilità limitata non potrebbe mai vantare un diritto di restituzione del conferimento in conto capitale versato al tempo della sottoscrizione della partecipazione sociale, posto che il conferimento fa parte del capitale di rischio delle società e non costituisce un finanziamento su cui il socio può vantare un diritto di restituzione. Un diritto restitutorio del conferimento non emerge neanche in caso di recesso del socio di una società a responsabilità limitata nelle ipotesi in cui il recesso può*

essere esercitato per disposizione di legge o di statuto [...]. E anche ove sia previsto un diritto di exit a favore del socio, il recesso non dà diritto alla restituzione del conferimento versato, ma alla liquidazione della quota in base al valore del tempo in cui detto diritto viene esercitato, ai sensi dell'art. 2743, comma 3, c.c." (Cass. III Sez Civ. n. 10583/2018).

8.2.3. Allocazione dei rischi

Con la più volte citata nota del Direttore Generale del 13.1.2024 sono stati trasmessi altresì, come detto, lo schema di contratto e i patti parasociali. Lo schema di contratto prevede all'art. 6, rubricato "*Corrispettivo del socio privato*", quanto segue: "*Le anticipazioni finanziarie di cui all'art. 4 saranno restituite da Sannio Acque srl al Socio privato alle condizioni dell'offerta economica da quest'ultima formulata in sede di gara e con le tempistiche definite nel PEF allegato alla Convenzione di gestione del SII. 2. Le risorse occorrenti alla restituzione delle anticipazioni finanziarie del socio privato restano a carico della tariffa del SII e sono corrisposte al gestore secondo modalità conformi alla regolazione tariffaria pro tempore vigente.*

Per quanto riguarda le attività attinenti ai lavori oggetto di ogni singolo intervento realizzato dalla società con le modalità di cui al successivo art. 11, fermi l'obbligo di anticipazione finanziaria da parte del socio privato e le relative modalità di restituzione secondo quanto previsto ai commi 1 e 2, il corrispettivo dovuto da Sannio Acque srl sarà determinato in base al quadro economico dell'intervento elaborato in conformità al vigente prezzario regionale dei lavori pubblici e con applicazione del ribasso unico percentuale offerto nel corso della procedura di gara per la scelta del socio privato.

4. Il compenso per i servizi di architettura ed ingegneria e altri servizi tecnici, oggetto di ogni singolo intervento affidato alla realizzazione della società..., sarà determinato in base ai corrispondenti valori considerati nel quadro economico dell'intervento e, comunque, sulla base delle tabelle ministeriali pro tempore vigenti per i servizi di ingegneria e architettura, con applicazione del ribasso unico percentuale offerto nel corso della procedura di gara per la scelta del socio privato. Il ribasso offerto sarà applicato a tutte le spese tecniche."

Parimenti i patti parasociali prevedono che "Restano salvi i diritti del socio privato sul rimborso dei finanziamenti di cui al precedente Articolo 7 e sui corrispettivi per i compiti operativi ad esso assegnati con il relativo contratto di servizio."

Sostanzialmente dalle citate disposizioni non emerge alcuna allocazione del rischio operativo al socio privato, contrariamente a quanto previsto per le operazioni di partenariato pubblico-privato, così trasformando una concessione, secondo quanto previsto dall'art. 1 dello Statuto, in un appalto.

Al riguardo il nuovo codice dei contratti di cui al D. Lgs. N. 36/2023 con riferimento al ricorso al PPPI, come nel caso di specie, rinvia espressamente a quanto disciplinato dal decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 e alle altre norme speciali di settore, prevedendo, in ogni caso, all'art. 175 che il ricorso al partenariato pubblico-privato, sia esso contrattuale o istituzionale, sia preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità. Detta valutazione deve tener conto:

- dell'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private;
- delle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici;
- della efficiente allocazione del rischio operativo;
- della capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio.

Il socio che risultasse concessionario del servizio, secondo quanto previsto dall'art. 1 dello Statuto, *"gestore del Servizio Idrico Integrato nel bacino del Sannio in virtù della concessione aggiudicata tramite "Procedura ristretta per la selezione del socio privato operativo della costituenda società alla quale sarà affidata la concessione del Servizio idrico integrato per la provincia di Benevento"*, avrà diritto, da quanto sopra riportato, oltre alla restituzione dell'anticipazione, ad un corrispettivo sia per la prestazione dell'attività che dei servizi, parimenti ad un appalto, con conseguente mancanza di alcuna alea in capo al soggetto stesso, in contrasto con quanto previsto dagli artt. 4, comma 2, lett. c), e 17, comma 1, del TUSP e dalle corrispondenti disposizioni precedentemente previste dal previgente d.lgs. n. 50/16 (artt. 5, comma 9, e 180 richiamate dallo stesso TUSP) e attualmente disciplinate dall'art. 177 del D. Lgs. N. 36/2023.

Difatti l'art. 177 citato prevede che *"L'aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda o dal lato dell'offerta o da entrambi. Per rischio, dal lato della domanda, si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio, dal lato dell'offerta, si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto"*.

Tali previsioni, unitamente alle norme statutarie analizzate in precedenza che consentono il rimborso dell'intero capitale versato al socio privato, ne snaturano la connotazione operativa. La lettura integrata delle norme statutarie e pattizie rivela il potenziale pericolo di una sostanziale alterazione della stessa natura del contratto di concessione caricando il solo socio pubblico dei rischi dell'operazione, al pari di quanto avviene nel caso di appalto.

9. 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"

L'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 175/2016 dispone che "L'atto deliberativo di cui al comma 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". La deliberazione del comune di San Giorgio del Sannio si è limitata a dare atto che l'intervento finanziario a carico del Comune è "pienamente compatibile con le norme dei trattati europei, ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, commi 1 e 2, del D. Lgs. 175/2016".

Tuttavia, l'Ente non si è soffermato sulle ragioni e sulla sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento, definendo i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche ove previste, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento.

10. 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, comma 2, TUSP)

L'atto deliberativo, infine, non offre prova dell'intervenuta previa consultazione pubblica posta a garanzia della democrazia partecipativa (art.1 Cost.). L'onere di motivazione analitica non risulta, pertanto, soddisfatto anche sotto tali profili.

Alla luce delle suesposte considerazioni e delle criticità osservate, il Collegio ritiene di esprimere, ex art. 5, comma 3, TUSP, parere negativo in ordine alla partecipazione da parte del comune di San Giorgio del Sannio alla costituenda società Sannio Acque s.r.l.

P.Q.M.

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

- esprime, per le ragioni indicate in parte motiva, parere negativo in ordine alla partecipazione da parte del comune;

- dispone, ai sensi dell'art. 5, comma 4, TUSP, la trasmissione della presente deliberazione, a cura della Segreteria, all'Amministrazione interessata entro cinque giorni dal deposito;

- ordina, ai sensi dell'art. 5, comma 4, TUSP, all'Amministrazione di pubblicare la presente deliberazione, entro cinque giorni dalla ricezione, sul proprio sito internet istituzionale.

- manda alla Segreteria per gli adempimenti di rito.

Così deliberato in Napoli, nella Camera di consiglio del 7.2.2024.

Il Relatore

Dott.ssa Giovanna Olivadese

Il Presidente

Dott. Massimo Gagliardi

Depositato in Segreteria il

Il Funzionario Preposto