



**REPUBBLICA ITALIANA**

**La Corte dei conti**

**Sezione regionale di controllo per la Campania**

composta dai Magistrati:

Massimo Gagliardi	Presidente
Emanuele Scatola	Primo referendario
Ilaria Cirillo	Primo Referendario (relatore)

**Nella camera di consiglio del 30 marzo 2023**

ha pronunciato la seguente

**DELIBERAZIONE**

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

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

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

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

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

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

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

Vista la nota del 21/02/2023, acquisita in pari data al prot. SC CAM n. 1226, con la quale è stata trasmessa a questa Sezione, ai sensi dell’art. 5, comma 3, TUSP, la deliberazione del Consiglio comunale n. 2 dell’8/02/2023, avente ad oggetto: *“adesione mediante partecipazione quale socio alla costituenda società di gestione del servizio idrico integrato dell’ambito distrettuale Napoli Nord “APNN SPA – ACQUA PUBBLICANAPOLI NORD SPA”*;

Vista l’istanza del 29/03/2023, con la quale il Magistrato istruttore ha chiesto il deferimento della presente questione all’esame collegiale;

Vista l’Ordinanza presidenziale n. 38/2023, con la quale è stata fissata l’odierna camera di consiglio, ai fini della trattazione in sede collegiale della presente questione;

Udito nella camera di consiglio del 30 marzo 2023 il Relatore, Primo Referendario Ilaria Cirillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO**

### **1. L’operazione societaria delineata dal Comune di Monte di Procida**

Con nota prot. 2739/2023 del 21/02/2023, acquisita in pari data al prot. SC CAM n. 1226 il Responsabile del Settore del Comune di Monte di Procida (NA) ha trasmesso a questa Sezione, ai sensi dell’art. 5, comma 3, TUSP, la deliberazione del Consiglio comunale n. 2 dell’ 08/02/2023, avente ad oggetto: *“Adesione mediante partecipazione quale socio alla costituenda Napoli Nord “APNN SPA – ACQUA PUBBLICANAPOLI NORD SPA” determinazioni in merito”*.

Oltre alla predetta deliberazione consiliare, il Comune di Monte di Procida ha trasmesso i seguenti documenti:

- parere di regolarità tecnica del Responsabile del Settore III;
- parere di regolarità contabile e copertura finanziaria del Responsabile del Settore V;
- parere del Collegio dei Revisori dei conti del 06/02/2023 verbale n. 2;
- certificato di pubblicazione ed esecutività allegato alla deliberazione del Consiglio Comunale;
- verbale della seduta consiliare;
- la bozza di Statuto della costituenda società.

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

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 quale Ente di Governo dell’Ambito Territoriale Ottimale Regionale, ripartito in ambiti distrettuali ai fini gestionali, fra i quali l’Ambito Distrettuale Napoli Nord, composto da n. 31 Comuni della Provincia di Napoli, ivi compreso il Comune di Monte di Procida.

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

L’Ente Idrico Campano, con deliberazione del 22 dicembre 2021, ha approvato il Piano d’Ambito Regionale di cui all’art. 16 della L.R. n. 15/2015, munito della prescritta valutazione ambientale strategica ex artt. 11 e ss. del D. Lgs. n. 152/2006.

Il Consiglio di Distretto Napoli Nord dell’Ente Idrico Campano, con propria deliberazione n. 4 del 5/08/2022 ha disposto, ai sensi dell’art. 8, comma 1, lett. b) e dell’art. 14, comma 1, lett. b), della L.R. n. 15/2015, che i contenuti del redigendo Piano d’ambito distrettuale *“siano orientati verso una forma di gestione di tipo pubblicistico, in grado di consentire un controllo stringente sull’attività del Gestore da parte dei Comuni del Distretto, 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 e degli esiti della nota consultazione referendaria del 2011”*.

Con la stessa delibera, inoltre, il Consiglio di Distretto Napoli Nord ha espresso la volontà che la gestione del servizio idrico integrato *“sia affidata ad una società interamente pubblica, soggetta al controllo analogo congiunto dei comuni del Distretto e nel cui capitale sociale sia espressamente precluso l’ingresso, a qualsivoglia titolo, di soggetti privati, nel rispetto dell’art. 149-bis, dell’art. 151 e dell’art. 172 del D. lgs. n. 152/2006 e delle ulteriori previsioni normative di cui all’art. 34, comma 20 del D.L. n. 179/2012, al comma 1-bis dell’art. 3-bis del D.L. n. 138/2011, dal D. lgs. n. 50/016 ed al D. lgs. n. 175/2016”*.

Il Coordinatore del Consiglio di Distretto Napoli Nord ha trasmesso a tutti i comuni rientranti nell’ambito la bozza di statuto della Società *“APNN Spa Acqua Pubblica Napoli*

Nord Spa” che sarà interamente partecipata dai Comuni dell’Ambito Distrettuale, alla quale affidare la gestione del SII.

Ai sensi dell’art. 10 dello Statuto allegato il capitale sociale della costituenda società di gestione è pari ad € 1.295.388,00, distribuito tra i Comuni aderenti alla società in rapporto alla loro consistenza demografica e che, pertanto la quota di capitale sociale alla cui sottoscrizione è tenuto il Comune di Monte di Procida secondo il numero di abitanti n. 12.291 sarà di € 36.873,00 pari ad € 3.00/ab, corrispondente a n. 12.291 azioni e al 2,85% del capitale sociale.

La quota di capitale sociale sottoscritta sarà versata per un terzo alla firma dell’atto costitutivo, i restanti due terzi nelle due annualità successive. Nella deliberazione il Comune si limita a prevedere che *“la copertura della relativa spesa di dare atto che le risorse per provvedere alla sottoscrizione e versamento della quota associativa che compete al Comune id Monte di Procida trovano copertura sugli stanziamenti del Bilancio di previsione 2023/2025 sul seguente capitolo di spesa.....”*;

Secondo il Comune, alla luce dell’art. 5, comma 1, del D. lgs. n. 175/2016, l’obbligo di motivazione che deve assistere la costituzione di una nuova società pubblica o l’acquisto di partecipazione societarie in soggetti già costituiti non è dovuto *“quando la costituzione o l’acquisto (...) avvenga in conformità a espresse previsioni legislative”*, come nel caso di specie, ove la costituzione della società *“APNN Spa - Acqua Pubblica Napoli Nord Spa”* avviene in conformità all’art. 142 D. lgs. n. 152/2006 ed alla L.R. n. 15/2015.

In ragione di ciò, il Comune di Monte di Procida ha ritenuto necessario e obbligatorio aderire alla costituenda società *“APNN Spa - Acqua Pubblica Napoli Nord Spa”*, in conformità alle espresse previsioni legislative suindicate, nonché ai provvedimenti amministrativi adottati ed adottandi dall’Ente Idrico Campano, quale ente di governo dell’ambito per la pianificazione e organizzazione del Servizio Idrico Integrato e per l’affidamento della relativa gestione.

In ragione di tali premesse, con il provvedimento oggetto del presente controllo, il Comune di Monte di Procida ha deliberato:

- di partecipare quale socio alla costituenda società di gestione del servizio idrico integrato dell’Ambito Distrettuale Napoli Nord;

- di approvare lo statuto della società "APNN Spa - Acqua Pubblica Napoli Nord Spa" per la gestione del servizio idrico integrato dell'Ambito Distrettuale Napoli Nord, allegato al presente provvedimento che ne costituisce parte integrante;
- di sottoscrivere, a norma dell'art. 10 dello Statuto, nr. 12.291 quote pari al 2,85% del capitale sociale, del valore di € 36.873,00 versando al momento della costituzione della società 1/3 della stessa, impegnandosi al versamento della parte restante entro le due annualità successive;
- di autorizzare il Sindaco p.t. a sottoscrivere l'atto di costituzione e adesione alla costituenda società.

Descritta nei suddetti termini l'operazione societaria sottoposta al vaglio della magistratura contabile, occorre preliminarmente appurare se sussistano, nella fattispecie, i presupposti normativi che legittimano questa Sezione a pronunciarsi, ex art. 5, comma 3, TUSP, sull'atto deliberativo di partecipazione societaria n. 2/2023.

## DIRITTO

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

L'art. 5, comma 3, del d. lgs. n. 175 del 2016 (recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", nel prosieguo, per brevità, TUSP), come recentemente modificato dall'art. 11 comma 1, lett. a), della legge n. 118 del 2022 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*) prevede che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) sia trasmesso, dall'Amministrazione pubblica procedente (come definita dall'art. 2, comma 1, lett. a, TUSP), alla Corte dei conti, che delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo articolo 5, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

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

Il comma 4 dell'articolo in esame puntualizza che, in caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'Amministrazione pubblica interessata ritenga di procedere egualmente,

la stessa è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere della magistratura contabile e a dare pubblicità, nel proprio sito *internet* istituzionale, a tali motivazioni.

La rivisitata funzione assegnata alla Corte dei conti è stata oggetto di recente esame da parte delle Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22 e n. 19/SSRRCO/QMIG/2022), che ne hanno individuato la *ratio* nell'esigenza di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta amministrativa, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato. Come è noto, infatti, l'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario - sia in fase di creazione di un nuovo soggetto di diritto, sia in sede di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente - è un processo che si articola in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari ammessi dal TUSP; la seconda, avente rilevanza privatistica, è volta a tradurre in attuazione la determinazione assunta in via amministrativa, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione in via diretta o mediante aumento di capitale).

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

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

*pronunci entro il termine” di sessanta giorni dal ricevimento, “l’amministrazione può procedere alla costituzione della società o all’acquisto della partecipazione di cui al presente articolo”).*

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

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

## **2. Ambito soggettivo del controllo.**

Considerato che il TUSP, attraverso il combinato disposto degli artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, lett. a), riconduce nel proprio campo applicativo *“le amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale”*, non sembra revocabile in dubbio, alla luce di quanto precisato, che il Comune di Monte di Procida sia assoggettato alle disposizioni del TUSP, e che, quindi, sia tenuto ad osservare, per quel che rileva in questa sede, le disposizioni di cui agli artt. 4, 5, 7 e 8 TUSP, ai fini dell’acquisto di partecipazioni in società già costituite.

È appena il caso di precisare che l’atto deliberativo in esame è stato adottato dal Consiglio comunale del Comune di Monte di Procida, che rappresenta l’organo amministrativo competente nella materia *de qua* (art. 7, comma 1, lett. c, del TUSP).

## **3. Ambito oggettivo del controllo.**

L’art. 5, comma 3, TUSP enuncia puntualmente le tipologie di atti che devono essere trasmessi all’esame della Corte dei conti, vale a dire quelli aventi ad oggetto la *“costituzione di una società a partecipazione pubblica”* (incluse quelle miste pubblico-privato, disciplinate dal successivo art. 17) e di *“acquisto di partecipazioni, anche indirette”* da parte di Amministrazioni pubbliche (per *“partecipazione”* deve intendersi *“la titolarità di rapporti*

*comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi”, come da definizione contenuta nell’art. 2, lett. f), del medesimo T.U.S.P).*

L’art. 5, comma 3, TUSP ha limitato, letteralmente, il proprio ambito oggettivo di applicazione ai soli due momenti (la costituzione di una società e l’acquisto di partecipazioni) in cui l’Amministrazione pubblica entra per la prima volta in relazione con una realtà societaria, nuova o già esistente, assumendo la qualifica di socio.

Nella fattispecie, in base a quanto illustrato nel paragrafo 1, emerge con nitore come l’operazione sottoposta al vaglio della magistratura contabile consista nella partecipazione da parte del Comune di Monte di Procida alla costituzione di una società a totale partecipazione pubblica.

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

#### **4. Profili di competenza a conoscere dell’atto deliberativo di acquisizione della partecipazione societaria.**

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

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”*.

#### **5. 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) 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).*

Ciò premesso, va evidenziato che la società “APPN Spa – Acqua Pubblica Napoli Nord Spa” è una società per azioni che ha per oggetto lo svolgimento di un servizio che rientra nelle finalità istituzionali del Comune di Monte di Procida, trattandosi dell’espletamento del servizio idrico integrato. Per questo motivo, risultano rispettati i vincoli tipologici e finalistici di cui agli articoli 3 e 4 del TUSP.

#### **6. 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.

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

- a) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4 del medesimo TUSP);
- b) ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;
- c) compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa;
- d) assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

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

L’impianto normativo evidenzia, in primo luogo, come gravi sull’Amministrazione precedente l’onere di inserire, nelle motivazioni della delibera di acquisto di una

partecipazione e nei relativi allegati, gli elementi, in particolare economico-finanziari, che rendano possibile la verifica di conformità dell'atto ai sopra riferiti parametri normativi.

Come già rappresentato, le valutazioni circa "la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria" dell'operazione di investimento in una società neocostituita o già esistente, da cui conseguono anche quelle relative alle possibilità alternative della gestione diretta o esternalizzata e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, costituiscono un onere gravante sull'Amministrazione interessata all'operazione.

Quest'ultima è tenuta ad effettuare i necessari approfondimenti istruttori che devono sorreggere la scelta e confluire nella motivazione analitica dell'atto deliberativo conclusivo, da sottoporsi poi alla nuova forma di scrutinio riservata alla magistratura contabile (cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22).

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

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

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

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

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

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

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

In questo quadro, il principio di prudenza richiama l'esigenza di integrare l'analisi del BP con l'individuazione dei rischi principali legati all'iniziativa, in grado di incidere sulle proiezioni finanziarie sviluppate. Ciò consente, attraverso l'analisi di sensitività, di definire anche scenari alternativi, più avversi rispetto a quello di base utilizzato per le previsioni, mettendone in luce le conseguenze sui risultati delle stime effettuate.

Nell'atto deliberativo oggetto del presente il Comune afferma *"secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 1, del D. lgs. n. 175/2016, l'obbligo di motivazione che deve assistere la costituzione di una nuova società pubblica o l'acquisto di partecipazione societarie in soggetti già costituiti, non è dovuto "quando la costituzione o l'acquisto (...) avvenga in conformità a espresse previsioni legislative", come nel caso di specie ove la costituzione della società "APNN Spa -Acqua Pubblica Napoli Nord Spa" - avviene in conformità all'art. 142 D. lgs. n. 152/2006 ed alla L.R. n. 15/2015"*.

L'Ente ritiene, pertanto, che la fattispecie in esame sia suscettiva di sussunzione nell'alveo dell'eccezione divisata dal comma 1 dell'art. 5 del TUSP, che sottrae all'obbligo di motivazione analitica le ipotesi in cui *"la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative"*.

Con la pronuncia n. 73/2023, dalla quale non sussistono ragioni per discostarsi, questa Sezione ha già precisato di non condividere tale interpretazione dell'eccezione contemplata dall'art. 5, comma 1, del TUSP.

Ad avviso del Collegio, infatti, con la disposizione testé citata, il legislatore ha inteso fare riferimento alle ipotesi, frequenti, in cui la società è istituita direttamente e unilateralmente dalla legge (come è avvenuto, ad esempio, con l'art. 7 del decreto-legge 15 aprile 2002, n. 63, convertito con modificazioni dalla legge 15 giugno 2002, n. 112, che ha

istituito la Patrimonio dello Stato S.p.A.) e alle ipotesi di società a costituzione obbligatoria (ad esempio Infrastrutture S.p.A., prevista dall'art. 8 del suddetto decreto-legge).

Nella prima ipotesi, la legge istituisce direttamente la società e, di regola, stabilisce la denominazione, la sede, l'oggetto sociale, il capitale sociale e l'attribuzione delle azioni. Nella seconda ipotesi, ossia quella delle società a costituzione obbligatoria, la legge non istituisce direttamente la società ma ne prevede la costituzione, stabilendo la denominazione, la sede, l'oggetto sociale e il capitale iniziale.

In questi casi si pone, tra l'altro, il delicato problema di coordinare tale disciplina con il procedimento di costituzione delineato dal Codice civile.

In disparte tale profilo, la circostanza che la società sia costituita *ex lege* giustifica l'esonero dall'obbligo di motivazione analitica, in quanto la scelta di costituire la società è effettuata direttamente dal legislatore. Gli atti amministrativi che si pongono a valle di questa scelta, in quanto meramente attuativi di disposizioni legislative, non necessitano di motivazione analitica. Di qui la *ratio* dell'eccezione contemplata dall'art. 5, comma 1, del TUSP.

Ad avviso del Collegio, il riferimento a "*espresso previsioni legislative*" sta a significare che è la legge stessa (statale o regionale) che deve prevedere la costituzione di una determinata società.

Nel caso di specie, invece, non si configura una società costituita *ex lege*.

Al riguardo, giova premettere che l'art. 142 del d. lgs. n. 152/2006 prevede: "*gli enti locali, attraverso l'ente di governo dell'ambito di cui all'articolo 148, comma 1, svolgono le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato, di scelta della forma di gestione, di determinazione e modulazione delle tariffe all'utenza, di affidamento della gestione e relativo controllo, secondo le disposizioni della parte terza del presente decreto*".

L'art. 149-bis del d. lgs. n. 152/2006, lungi dal prevedere espressamente la costituzione di una determinata società, si limita a prevedere modalità alternative di gestione del servizio idrico, demandando all'ente di governo dell'ambito il compito di individuare quella più adatta alla realtà dei singoli ambiti.

Segnatamente, l'art. 149-bis stabilisce: "*l'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa*

nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale”.

Analogamente, l'art. 4 della legge della Regione Campania n. 15 del 2015, recante “riordino del servizio idrico integrato ed istituzione dell'Ente idrico campano”, prevede: “gli Enti locali, nel quadro delle competenze definite dalle norme costituzionali e dalla legislazione statale e comunitaria in materia, svolgono attraverso l'Ente Idrico Campano, le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato, di scelta della forma di gestione, di determinazione e modulazione delle tariffe all'utenza, di affidamento della gestione ed il relativo controllo di cui al Titolo II”.

L'art. 8 della suddetta legge regionale attribuisce all'Ente Idrico Campano (EIC) il compito di affidare, “per ogni ambito distrettuale, la gestione del Servizio idrico integrato al soggetto gestore sulla base delle indicazioni di ciascun Consiglio di distretto in coerenza con quanto previsto dalla normativa nazionale e comunitaria in materia”.

A ciò si aggiunga che, di recente, è entrato in vigore il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, recante “Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, il quale detta la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale prestati a livello locale. Le disposizioni del predetto decreto integrano le normative di settore e, in caso di contrasto, prevalgono su di esse, salvo che non siano previste nel decreto stesso specifiche norme di salvaguardia e prevalenza della disciplina di settore (art. 4).

L'art. 14 del decreto di riordino dei SPL di rilevanza economica - con riferimento ai servizi a rete (art. 2, comma 1, lett. d), nei quali rientra anche il servizio idrico integrato - contempla tre modalità di gestione del servizio: affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica (art. 15); affidamento a società mista (art. 16); affidamento a società in house (art. 17).

Dalla normativa richiamata emerge con nitore come la legge non preveda, nel caso di specie, la costituzione di una determinata società ma si limiti a stabilire che gli enti locali, attraverso l'ente di governo dell'ambito, scelgano la modalità di gestione del servizio *de quo*, provvedendo al suo affidamento.

Sicché l'individuazione della modalità gestoria e del soggetto affidatario è demandata dalla legge (statale e regionale) a decisioni dell'Ente d'ambito e, quindi, ad atti di

natura amministrativa dallo stesso adottati e non già ad “espresse previsioni legislative” come richiesto dal comma 1 dell’art. 5 richiamato.

Ai sensi dell’art. 14, comma 2, inoltre, *“ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l’ente locale e gli altri enti competenti (ivi inclusi gli enti di governo degli ambiti o bacini) 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 (...).*

Degli esiti di tale valutazione 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 (art. 14, comma 3).

Al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, nei servizi pubblici locali a rete, gli enti di governo dell'ambito integrano la relazione di cui al comma 3 allegando il piano economico-finanziario acquisito all'esito della procedura (asseverato da un istituto di credito), che, fatte salve le disposizioni di settore, contiene anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti (art. 14, comma 4). Al pari di quanto stabilito in via generale per la delibera di affidamento dei servizi pubblici locali a rete dall’articolo 14, comma 4, anche il comma 4 dell’articolo 17 del d. lgs. n. 201/2022 stabilisce l’obbligo di allegare al provvedimento di affidamento *in house* un piano economico-finanziario.

Per le ragioni esposte, ad avviso del Collegio, la fattispecie in esame non rientra nell’ambito applicativo dell’eccezione divisata dal comma 1 dell’art. 5 del TUSP, pertanto, risulta violato l’obbligo di motivazione analitica prescritto dalla predetta norma.

La circostanza che la scelta della modalità di gestione sia effettuata dagli enti locali ricompresi nell’ambito attraverso l’ente di governo dell’ambito stesso non oblitera, infatti, la necessità di fornire una motivazione analitica in ordine ai profili indicati dall’art. 5, comma 1, del TUSP.

L'ente di governo, attraverso il quale gli enti locali ricompresi nell'ambito territoriale esercitano le funzioni di scelta della forma di gestione, avrebbe dovuto indicare in modo analitico le ragioni che giustificano la modalità di gestione prescelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, specificando i motivi per cui è stata preferita la gestione *in house* del servizio in luogo di quella esternalizzata.

La motivazione avrebbe dovuto anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

L'ente di governo avrebbe dovuto tenere conto anche della sostenibilità finanziaria soggettiva dell'operazione societaria da parte degli enti locali ricompresi nell'ambito, chiamati a costituire la società *in house*.

L'assenza di tale motivazione analitica della scelta effettuata, a monte, dall'ente di governo si riflette anche sugli atti deliberativi adottati, a valle, dai singoli enti locali ricompresi nell'ambito. In linea generale, infatti, l'obbligo fissato dall'art. 5, comma 1, TUSP può essere assolto dal singolo ente locale *per relationem*, richiamando cioè la deliberazione dell'ente di governo, qualora quest'ultima contenga una effettiva motivazione analitica in ordine ai profili prescritti dall'art. 5, comma 1, del TUSP.

Nella fattispecie, tuttavia, non risulta che tale obbligo sia stato assolto a monte dall'ente di governo dell'ambito non essendo stata trasmessa documentazione a supporto, né peraltro il Comune di Monte di Procida ha prodotto il piano economico - finanziario. L'assenza di tale piano rileva anche ai fini del pronunciamento di questa Sezione ex art. 5, comma 3, TUSP, in quanto non consente di effettuare uno scrutinio effettivo in ordine alla sostenibilità finanziaria e alla convenienza economica dell'operazione.

Non risulta agli atti, inoltre, una analisi di sensitività, che consenta 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.

Nella fattispecie manca, altresì, per la scelta del sistema di gestione del servizio in parola, una S.W.O.T. Analysis di ciascuna delle opzioni praticabili (in particolare, della possibilità di affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica), con l'individuazione per ciascuna di esse di: *strenght* (punti di forza); *weakness* (punti di debolezza); *opportunities* (opportunità); *threat* (minacce).

La previsione di meccanismi di aggregazione territoriale, mediante l'accenramento della scelta gestionale in capo agli enti di governo dell'ambito, non elide, inoltre,

la necessità di valutare adeguatamente la sostenibilità soggettiva dell'operazione delineata in relazione alla situazione finanziaria dei singoli enti ricompresi nell'ambito. Occorre, poi, verificare la concordanza delle previsioni del *business plan* aziendale della costituenda società con le previsioni annuali e pluriennali dei bilanci degli enti coinvolti.

Come detto, il parametro della sostenibilità finanziaria deve essere scrutinato anche dal punto di vista soggettivo, tenendo conto, cioè, degli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato (cfr. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22). La motivazione della deliberazione anche per tale aspetto non offre particolari argomenti a supporto, limitandosi a rinviare la copertura finanziaria dell'operazione di acquisto al redigendo bilancio di previsione 2023- 2025.

Al riguardo, si rileva che il principio contabile generale n. 16 della competenza finanziaria, cd. potenziata, prevede che le obbligazioni siano registrate quando l'obbligazione sorge, con imputazione alle scritture contabili degli esercizi in cui l'obbligazione è esigibile. Detto in altri termini, ogni procedimento amministrativo che comporta spesa deve trovare, fin dall'avvio, la relativa copertura finanziaria ed essere registrato nelle scritture contabili dell'esercizio individuato nel provvedimento che ha originato il procedimento di spesa. Difatti il principio contabile applicato 4.2 allegato al D. Lgs. N. 118/2011 al paragrafo 5.1 prevede che *"Ogni procedimento amministrativo che comporta spesa deve trovare, fin dall'avvio, la relativa attestazione di copertura finanziaria ed essere prenotato nelle scritture contabili dell'esercizio individuato nel provvedimento che ha originato il procedimento di spesa. Alla fine dell'esercizio, le prenotazioni alle quali non hanno fatto seguito obbligazioni giuridicamente perfezionate e scadute sono cancellate quali economie di bilancio. L'impegno costituisce la prima fase del procedimento di spesa, con la quale viene registrata nelle scritture contabili la spesa conseguente ad una obbligazione giuridicamente perfezionata, avendo determinato la somma da pagare ed il soggetto creditore e avendo indicato la ragione del debito e costituito il vincolo sulle previsioni di bilancio, nell'ambito della disponibilità finanziaria accertata con l'apposizione del visto di regolarità contabile attestante la copertura finanziaria"*.

Inoltre lo stesso principio al paragrafo 9.1 prevede che *"L'emersione di debiti assunti dall'ente e non registrati quando l'obbligazione è sorta comporta la necessità di attivare la procedura amministrativa di riconoscimento del debito fuori bilancio, prima di impegnare le spese con imputazione all'esercizio in cui le relative obbligazioni sono esigibili."*

Nel caso di specie, ai sensi del combinato disposto dell'art. 1173 c.c. e dell'art. 2329 c.c. che prevede nei contratti di società l'obbligo di sottoscrizione integrale del capitale sociale, l'obbligazione ha fonte nella volontà espressa nella citata deliberazione consiliare n. 2, di sottoscrivere a norma dell'art. 10 dello Statuto, nr. 12.291 quote pari al 2,85% del capitale sociale, del valore di € 36.873,00. Conseguentemente, il Comune già nella deliberazione in esame, avrebbe dovuto reperire la copertura finanziaria per l'intero importo e non limitarsi a garantire la copertura finanziaria pari ad 1/3 del valore delle azioni da sottoscrivere al momento della costituzione, in quanto *"l'individuazione della copertura deve essere contestuale alla previsione dell'onere, oltreché congrua e attendibile"* (cfr. sentenze Corte Costituzionale n. 51 del 2023, n. 226, n. 156 e n. 106 del 2021 e n. 197 del 2019).

Nè infine alcuna valutazione di sostenibilità emerge in relazione all'obbligo di accantonamento e di redazione del bilancio consolidato previsti dall'ultimo periodo dell'art. 3-bis, comma 1-bis, del d.l. n. 138/2011 a mente del 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"*.

Per le considerazioni sopra espresse l'assenza di un piano economico-finanziario e di motivazione analitica in ordine alla sostenibilità finanziaria (oggettiva e soggettiva) e alla convenienza economica dell'investimento societario in esame, a cui si aggiunge la mancanza di un'analisi comparativa delle opzioni gestionali alternative, costituiscono elementi ostativi, che non consentono al Collegio, allo stato, di esprimere parere favorevole all'operazione societaria descritta.

#### **7. Il divieto di commistione ex art. 6 del D. lgs. 201/2022.**

Fermo restando quanto sinora precisato, per completezza, occorre sottolineare come sussistano, nel caso di specie, ulteriori criticità connesse alla disciplina del c.d. controllo analogo dettata dagli artt. 4, 5 e 6 della bozza di Statuto.

In particolare, l'art. 4, rubricato *"Natura della Società e Controllo analogo"*, alla lett. c), prevede che *"la Società è soggetta all'indirizzo e al controllo analogo congiunto degli Enti soci, direttamente ed indirettamente rappresentativi e controllati dagli Enti Locali dell'Ambito Distrettuale Napoli Nord, nonché dell'Ente Idrico Campano, quale Ente di Governo dell'Ambito di cui*

all'art. 147 del D. Lgs. n. 15/2006, e non può perseguire interessi contrari a quelli di cui sono portatori i medesimi soggetti”.

Ad avviso del Collegio, la disposizione statutaria che attribuisce anche all'Ente di governo dell'Ambito l'esercizio del controllo analogo si pone in contrasto con la previsione di cui all'art. 6, comma 1, del D. lgs. 201/2022 (recante “*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*”), a mente del quale “*a livello locale le funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente*”.

Con l'espressione “controllo analogo”, infatti, il legislatore ha voluto descrivere quella particolare condizione in cui l'amministrazione o le amministrazioni socie esercitano una “*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*”, come se si trattasse di una propria articolazione interna (v. art. 2 - Definizioni, comma 1, lett. c d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, in coerenza con l'art. 5 del D.lgs. 50/2016). Tale peculiare forma di controllo rappresenta, peraltro, condizione indefettibile per l'affidamento diretto del servizio alla società partecipata. Secondo il consolidato orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea, infatti, tra il socio pubblico controllante e la società controllata sussiste una relazione interorganica e non intersoggettiva, di guisa che l'affidamento diretto ad una società *in house* è consentito a condizione che la stessa non sia terza rispetto all'ente affidante ma si configuri alla stessa stregua di una sua articolazione interna (v. *ex multis*, Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 6 febbraio 2020 cause C-89/19 e C- 91/19).

La ricostruita natura del controllo analogo ne rivela il chiaro contenuto gestorio. Il che esclude, in forza del divieto di commistione previsto dal citato articolo 6, che l'Ente di governo possa prendervi parte.

È superfluo precisare che i poteri di controllo attribuiti agli Enti di governo dell'Ambito dall'art. 152 del d. lgs. n. 152/2006 (che rientrano nelle funzioni affidate a tali Enti e sono compatibili con il ruolo che essi svolgono) sono ontologicamente diversi dal controllo analogo sulla società *in house*, chiamata a gestire direttamente il servizio, il cui esercizio è, invece, precluso ai suddetti Enti.

Per le predette ragioni, dunque, l'attribuzione all'Ente Idrico Campano del controllo analogo di cui all'art. 4, lett. c), della bozza di Statuto si pone in contrasto con il

principio di distinzione divisato dal comma 1 dell'art. 6 del decreto di riordino dei SPL di rilevanza economica.

### **7.1. Partecipazioni pulviscolari e controllo analogo congiunto.**

Con specifico riferimento alle modalità di esercizio del controllo analogo, nella peculiare ipotesi in cui lo stesso sia intestato a più amministrazioni (c.d. controllo analogo congiunto), come nel caso di specie, il consolidato indirizzo della Corte di Giustizia (sin dalla decisione 18 novembre 1999 nella causa C-107/98 *Teckal*) nell'ammettere che il controllo analogo potesse essere esercitato in forma congiunta e nel ritenere inadeguati a tal fine i poteri a disposizione dei soci secondo il diritto comune, ha ravvisato la necessità di dotare i soci di appositi strumenti per consentire di interferire in maniera penetrante nella gestione della società (sentenza 13 novembre 2008 nella causa C-324/07 *Coditel Brabant SA*). È vero che in questi casi il controllo analogo va inteso in senso sintetico e non atomistico. Affinché la società *in house* possa essere considerata una articolazione interna di ciascuno degli enti partecipanti, occorre, tuttavia, che siano istituite forme di coordinamento che attribuiscono ad ognuno di essi la possibilità di incidere effettivamente sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata.

L'esigenza di prevedere appositi strumenti di coordinamento è accentuata nel caso in cui il controllo congiunto abbia carattere pulviscolare. A tal riguardo, il Collegio condivide l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che, con specifico riferimento alle ipotesi di partecipazioni frazionate tra più enti pubblici (c.d. "pulviscolari"), ritiene le stesse inidonee a consentire ai singoli soggetti pubblici partecipanti di incidere effettivamente sulle decisioni strategiche della società, cioè di realizzare una reale interferenza sul conseguimento del c.d. fine pubblico di impresa, in assenza di ben definiti strumenti di coordinamento (v. Consiglio di Stato, sentenza n. 7093 del 2021).

La particolare modestia della partecipazione al capitale, invero, normalmente si riflette in una debolezza assembleare e, di riflesso, amministrativa, per far fronte alla quale i soci pubblici devono attuare tra loro forme di coordinamento attraverso espresse previsioni statutarie, dell'atto costitutivo o contenute in appositi patti parasociali, tali da consentire a ciascun socio e non solo alla maggioranza, di realizzare una reale interferenza sul conseguimento del c.d. "fine pubblico di impresa" (v. Consiglio di Stato,

sentenza n. 578/2019) e di assicurare il loro controllo sulle decisioni più rilevanti riguardanti la vita e l'attività della società partecipata.

Occorre, pertanto, verificare se il carattere pulviscolare della partecipazione sia in grado di incidere, nella fattispecie, sulla tenuta del modello *in house*.

Dalla documentazione versata in atti emerge come, nel caso di specie, non si faccia ricorso a patti parasociali per realizzare il suddetto coordinamento. La tecnica prescelta consiste, invece, nella istituzione di un apposito organo di controllo non previsto dalla legge ma derivante dall'esercizio dell'autonomia privata dei soci partecipanti.

Tale tecnica è stata ritenuta legittima dalla giurisprudenza amministrativa (v. Consiglio di Stato, 8028/2020) con argomenti condivisi da questa Sezione.

In questa direzione milita, *in primis*, un argomento letterale: "il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società" è contemplato in relazione alle "società a controllo pubblico" disciplinate appunto dall'art. 11, e non è ripetuto nell'art. 16 dedicato proprio alle società *in house*, la cui disciplina appare, pertanto, speciale e derogatoria. D'altra parte - ed è questo l'argomento decisivo - rispetto alle società a controllo pubblico, per le quali, l'art. 2, comma 1, lett. m) d.lgs. n. 175 del 2016 richiede che il controllo si espliciti nelle forme dell'art. 2359 cod. civ., le società *in house* sono sottoposte a quella forma particolare di controllo pubblico che è costituita dal controllo analogo (come chiaramente precisato dall'art. 2, comma 1, lett. o) d.lgs. n. 175 del 2016). Come è stato detto, nell'elaborazione della giurisprudenza europea (seguita in ciò dalla giurisprudenza nazionale), il controllo analogo consiste in una "forma di eterodirezione della società, tale per cui i poteri di governance non appartengono agli organi amministrativi, ma al socio pubblico controllante che si impone a questi ultimi con le proprie decisioni" (così sin dalla sentenza 13 ottobre 2005 nella causa C-458/03 *Parking Brixen*).

Lo statuto di una società *in house* pluripartecipata può, dunque, assegnare il potere gestorio ad organi assembleari diversi dal consiglio di amministrazione configurando, così, un peculiare sistema di amministrazione e controllo della società *in house*, nel quale gli amministratori sono privi di poteri decisionali propri, che derivano, invece, da altri organi della società, e che, comunque, non esercitano in piena autonomia rispetto ad essi. Del resto, nel caso del controllo analogo in forma congiunta occorre tener conto di un aspetto particolare: i soci pubblici hanno necessità di concordare previamente le determinazioni da trasmettere agli organi di amministrazione della società.

Lo si ricava chiaramente dalle condizioni poste dall'art. 5, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice dei contratti pubblici) per l'esercizio del controllo analogo congiunto: a) la composizione degli organi decisionali della società con la partecipazione dei rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti ovvero di rappresentanti di varie o di tutte le amministrazioni partecipanti, b) la capacità per le amministrazioni partecipanti di esercitare congiuntamente la già ricordata influenza determinante e c) che non siano perseguiti interessi contrari a quelli delle amministrazioni controllanti.

I soci pubblici partecipanti nominano rappresentati comuni negli organi decisionali, si accordano sulle decisioni più significative per la vita sociale, controllano reciprocamente che gli indirizzi elaborati non vadano a discapito dei propri interessi; <<esercizio "congiunto" sta, allora, per esercizio "condiviso"; describe una modalità di gestione da parte dei soci pubblici controllanti caratterizzata da coordinamento delle decisioni affinché degli interessi pubblici perseguiti da ciascuno degli enti partecipanti si faccia sintesi nell'interesse pubblico comune perseguito dalla società nell'esecuzione del servizio>> (v. Consiglio di Stato, sentenza n. 8028/2020). Tale conclusione appare avvalorata dalla lett. c) dell'art. 5, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, da cui si ricava che le scelte societarie, laddove assunte a maggioranza, non dovrebbero comunque essere confliggenti e penalizzanti degli interessi dei soci pubblici di minoranza.

Secondo tale orientamento esegetico, condiviso da questa Sezione, *"perché si abbia condivisione del controllo è, allora, indispensabile una sedes nella quale la volontà comune possa assumere la forma di determinazioni vincolanti per gli organi amministrativi e che non sia l'assemblea dei soci per la prevalenza che i soci di maggioranza vi esercitano secondo le ordinarie regole deliberative (principio di maggioranza azionaria)"*.

Ciò premesso in termini generali in ordine alla ammissibilità dell'istituzione di un organo speciale nelle società *in house*, giova precisare che l'art. 5 della bozza di Statuto della costituenda società (rubricato *"Comitato sul Controllo Analogo. Composizione"*) prevede, al dichiarato fine di dare *"attuazione delle prescrizioni di cui all'articolo 4 [dello] statuto"* e pertanto *"di implementare il controllo analogo congiunto da parte degli Enti Locali soci"*, di istituire *"il Comitato sul Controllo Analogo quale organismo essenziale e funzionale alla conformazione della società al modello societario prescelto"*.

Quanto alla composizione, l'art. 5 precisa che tale Organo è formato *"dal Presidente dell'Assemblea dei Soci e da n. \_\_\_\_\_ membri nominati dall'Assemblea dei Soci con voto favorevole"*

*di tanti soci che direttamente o indirettamente, rappresentino la maggioranza degli Enti Locali dell'Ambito Distrettuale Napoli Nord, nonché la maggioranza della popolazione anagrafica degli stessi".*

La formulazione del sopra riportato articolo desta perplessità con specifico riferimento alla composizione del ridetto Comitato.

Al riguardo, si precisa che la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha apprezzato quali validi strumenti per l'esercizio del controllo analogo congiunto (unitamente ai patti parasociali, sentenza 29 novembre 2012 nelle cause C-182/11 e 183/11 *Econord*) organi speciali come i Comitati unitari e i Comitati tecnici (nella sentenza 10 settembre 2009 nella causa C-573/07 *Sea*) a condizione che: a) in essi ogni socio pubblico abbia un proprio rappresentante e che le deliberazioni siano assunte con maggioranze formate per unità e b) che siano previsti poteri di controllo e di gestione tali da restringere l'autonomia decisionale del consiglio di amministrazione imponendo indirizzi e prescrizioni, nonché prevedendo poteri consultivi preventivi.

Il Comitato previsto dall'art. 5 della bozza di Statuto, espressamente definito come consustanziale al modello *in house* (art. 5, comma 1), non è composto da rappresentanti di ciascun ente territoriale rientrante nell'Ambito bensì da un numero non meglio precisato di membri nominati dall'Assemblea dei Soci con il voto favorevole di tanti soci che *"rappresentino la maggioranza degli Enti Locali dell'Ambito Distrettuale Napoli Nord nonché la maggioranza della popolazione anagrafica degli stessi"*.

Il duplice criterio maggioritario diviso dalla previsione statutaria in esame non assicura, pertanto, ad ogni singolo Comune affidante, pur nella ridotta partecipazione al capitale, un effettivo controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Non sembra risolutiva al riguardo la previsione (art. 5, comma 4) di raggruppamenti comunali (distinti per popolazione ovvero per interessi omogenei), riuniti in conferenza, per la designazione a maggioranza del proprio rappresentante, in quanto tale criterio non soddisfa comunque l'esigenza che *"ogni socio pubblico abbia un proprio rappresentante e che le deliberazioni siano assunte con maggioranze formate per unità"*.

In ragione delle considerazioni espresse, il Collegio ritiene che la sopra riportata disposizione statutaria non sia idonea a soddisfare le descritte esigenze e ad integrare una valida forma di coordinamento unitario di tutte le Amministrazioni socie.

8. 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, comma 2, TUSP).

L'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 175/2016 dispone quanto segue: *"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"*.

Quanto alla compatibilità eurounitaria dell'intervento, la deliberazione non dà atto e non motiva in ordine a tale aspetto.

La stessa non si sofferma sulle ragioni e sulla sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento diretto, 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.

Con riferimento al secondo aspetto, l'atto deliberativo non dà atto né 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 .

### **9. Conclusioni.**

Le carenze evidenziate non consentono a questa Sezione, allo stato, di esprimere parere favorevole all'operazione societaria descritta.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il Collegio ritiene di esprimere, ex art. 5, comma 3, TUSP, parere negativo in ordine alla partecipazione, da parte del Comune di Monte di Procida (NA), alla costituenda società di gestione del servizio idrico integrato dell'Ambito Distrettuale Napoli Nord "APNN Spa - Acqua Pubblica Napoli Nord Spa" e,

pertanto, alla sottoscrizione di nr. 12.291 quote pari al 2,85% del capitale sociale, del valore di € 36.873,00

### PQM

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

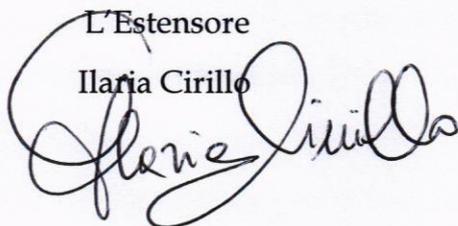
- esprime, per le ragioni indicate in parte motiva, parere negativo in ordine alla partecipazione, da parte del Comune di Monte di Procida (NA), alla costituzione della società di gestione del servizio idrico integrato dell'Ambito Distrettuale Napoli Nord "APNN Spa - Acqua Pubblica Napoli Nord Spa" di cui alla deliberazione del Consiglio comunale n. 2 dell'8/02/2023;
- dispone, ai sensi dell'art. 5, comma 4, TUSP, la trasmissione della presente deliberazione, a cura della Segreteria, al Comune di Monte di Procida e all'Ente Idrico Campano, entro cinque giorni dal deposito;
- ordina, ai sensi dell'art. 5, comma 4, TUSP, al Comune di Monte di Procida di pubblicare la presente deliberazione, entro cinque giorni dalla ricezione, sul proprio sito internet istituzionale.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti di rito.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 30 marzo 2023.

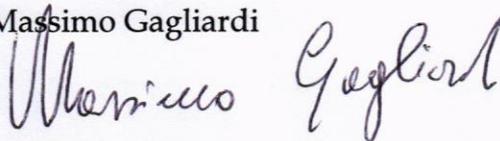
L'Estensore

Ilaria Cirillo



Il Presidente

Massimo Gagliardi



Depositata in Segreteria il 06 APR. 2023

Il Direttore della Segreteria

Dott. Giuseppe Imposimato

