



**REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO
PER LA CAMPANIA**

Composta dai Magistrati:

dott. Ciro Valentino	Presidente
dott. Tommaso Viciglione	Consigliere
dott.ssa Rossella Bocci	Primo Referendario
dott.ssa Innocenza Zaffina	Primo Referendario
dott. Francesco Sucameli	Primo Referendario (relatore)
dott.ssa Carla Serbassi	Primo Referendario
dott. Raffaele Maienza	Referendario

nella camere di consiglio del 9 marzo e del 13 e 22 aprile 2016

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL);

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Visto l'atto d'indirizzo della Sezione delle Autonomie del 27 aprile 2004, avente ad oggetto gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva;

Vista la nota prot. C.C. n. 862 del 24 febbraio 2016 con cui il Sindaco del Comune di Altavilla Irpina (AV) ha chiesto un parere ai sensi dell'art. 7 della Legge n. 131/2003, nei termini di seguito indicati;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla prefata richiesta;

Udito il relatore, Francesco Sucameli.

OGGETTO DEL PARERE

Il Sindaco del comune di Altavilla Irpina ha avanzato una richiesta di motivato avviso concernente la possibilità di procedere ad "affidamento diretto" del servizio idrico integrato ad un soggetto gestore al cui interno potrebbe sussistere una partecipazione minoritaria di capitale privato.

Per delineare lo scenario, l'Amministrazione rammenta che solo di recente la Regione Campania, con legge regionale n. 15/2015, ha istituito come ente di governo dell'ambito territoriale ottimale (ATO) l'Ente idrico campano (EIC).

Oltre ad essere deputato alla predisposizione, approvazione ed aggiornamento del Piani d'Ambito, ai sensi del D.lgs. 152/2006 (c.d. Decreto Ronchi o testo unico ambiente, TUA), il neo istituito EIC è competente ad individuare il soggetto gestore del servizio idrico per i comuni aderenti, nel rispetto delle forme gestionali definite da ciascun Consiglio di distretto, in coerenza con quanto previsto dalla normativa nazionale ed europea in materia.

Ciò premesso, l'ente civico fa presente che all'interno della stessa ATO, quali gestori del servizio, operano attualmente, in modo frammentato, più soggetti, segnatamente: la società Alto Calore Servizi S.p.a (ACS), il cui capitale è intestato esclusivamente ad enti pubblici (comuni e province locali), e la società GESESA S.p.a. a cui fanno capo circa 40 comuni della Provincia di Benevento e, anche attraverso partecipazioni indirette, capitali privati.

Il sindaco chiede di conoscere «*Nella ipotesi di una fusione tra le due società (ACS e GESESA) e quindi della creazione di un nuovo soggetto con capitale anche privato per l'affidamento diretto ad un gestore unico all'interno del medesimo ambito*», se sia possibile procedere ad «*affidamento diretto ad un gestore unico all'interno del medesimo ambito*».

PREMESSA

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze attribuite alla Corte dei conti dalla legge n. 131 del 2003 (recante la disciplina d'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3).

Pertanto, la prima questione che si pone, riguardo al descritto quesito, è quella del rispetto delle condizioni di legge per accedere alla funzione consultiva della Corte. A tal fine si rammenta che, ai sensi dell'art. 7, comma 8, della citata legge n. 131 del 2003, Regioni, Province e Comuni possono chiedere alle Sezioni regionali – di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito – pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

AMMISSIBILITÀ SOGGETTIVA

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, si osserva che, per consolidata giurisprudenza, gli enti elencati dalla legge possono rivolgersi direttamente alla Corte in funzione consultiva, senza passare necessariamente dal Consiglio delle autonomie locali.

Da un punto di vista sostanziale, la Sezione delle Autonomie di questa Corte n. 4/SEZAUT/2014/QMIG del 10-20 febbraio 2014, pronunciata ai sensi dell'art. 6, comma 4, del decreto legge 10 ottobre 2012 n. 174, convertito dalla legge 7 dicembre 2012 n. 213, ha negato l'ammissibilità soggettiva nei casi in cui il comune, nella persona del sindaco legittimato a rappresentarlo sia un mero veicolo o *nuncius* di altri enti altrimenti non legittimati: eppur tuttavia si è riconosciuto che «*La legittimazione soggettiva alla richiesta di parere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti non viene meno nei casi in cui il criterio orientativo che si chiede di esprimere sia destinato ad avere effetti nella sfera operativo-amministrativa di un soggetto diverso dal richiedente, purché sia giustificata dall'esercizio di attribuzioni intestate all'ente formalmente legittimato*».

Preliminarmente si rammenta che, nell'ottica dell'organizzazione di servizi che presentano l'esigenza di una gestione integrata a livello territoriale e di prestazioni, con riguardo al servizio idrico, ai sensi dell'art. 62 del TUA, «*1. I comuni, le province, i loro consorzi o associazioni, le comunità montane, i consorzi di bonifica e di irrigazione, i consorzi di bacino imbrifero montano e gli altri enti pubblici e di diritto pubblico con sede nel distretto idrografico partecipano all'esercizio delle funzioni regionali in materia di difesa del suolo nei modi e nelle forme stabilite dalle regioni singolarmente o d'intesa tra loro, nell'ambito delle competenze del sistema delle autonomie locali*».

In questo quadro, le regioni, sopresse le Autorità di bacino con l'art. 186-bis della legge n. 191/2009 (come modificato dall'art. 13, comma 2, del D.L. n. 216/2011, conv. L. n. 14/2012), dovevano emanare un'apposita legge con cui attribuire le funzioni già esercitate dalle prefate Autorità, in particolare, quelle concernenti i piani d'ambito, e la scelta della modalità di gestione. Le disposizioni di cui agli articoli 148 (servizio idrico) e 201 (servizio rifiuti) sulle Autorità d'ambito rimanevano efficaci in ciascuna regione fino all'entrata in vigore della legge regionale o comunque non oltre un anno.

Le Regioni provvedono ad organizzare il servizio secondo le prescrizioni dell'art. 147 TUA e dell'art. 3-bis del D.L. n. 138/2011, conv. L. n. 148/2011 come s.m.i., fissando i confini degli ambiti territoriali ottimali e designando il correlato ente di Governo. Infatti, ai sensi del comma 1 del D.L. n. 138/2011, «*La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Le regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica*». Inoltre, ai sensi del comma 1-bis, dell'art. 3-bis del D.L. n. 138/2011, «*Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di*

affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1».

Per altro verso, nel rispetto della disciplina generale che presiede ad ogni forma di affidamento, si rammenta che l'art. 147 TUA, come modificato dal D.L. 133/2014, nel ribadire il principio di unicità della gestione (un unico gestore sul territorio dell'intero ATO), nel solo caso in cui l'ambito territoriale ottimale corrisponda ai confini regionali, prevede la possibilità di definire bacini di affidamento e gestione interni all'ATO, purché di dimensioni non inferiori a quelle dei territori provinciali. Inoltre, in sede di prima applicazione della recente normativa introdotta dal D.L. n. 133/2014, al fine di giungere ad un unico gestore per ambito, l'art. 172 comma 3 TUA prevede una dettagliata disciplina transitoria che delinea un percorso graduale per l'affidamento unico del servizio idrico integrato.

La legge regionale n. 15/2015 ha, per la regione Campania, previsto un ambito territoriale coincidente con l'intera Regione, peraltro suddiviso in 5 circoscrizioni distrettuali (artt. 5 e 6).

La scelta del modello gestionale e organizzativo è uno dei contenuti fondamentali dei piani d'ambito, tanto regionale che distrettuale (artt. 16 e 17), di rispettiva competenza dell'Ente idrico Campano (EIC, art. 8) e dei Consigli di distretto (art.13)

L'Ente Idrico Campano (EIC) è l'ente di governo regionale, dotato di personalità di diritto pubblico, il quale, dal punto di vista patrimoniale, è dotato e sorretto dagli enti locali che vi partecipano e aderiscono. Esso succede nei rapporti delle precedenti Autorità (art. 21, comma 1) con modalità stabile con delibera di Giunta regionale.

L'EIC affida, per ogni Ambito distrettuale, la gestione del Servizio idrico integrato al soggetto gestore, in coerenza con quanto previsto dalla normativa nazionale e comunitaria in materia, sulla base delle indicazioni provenienti da "Consiglio di distretto" (art. 8).

In proposito, la richiamata Legge regionale precisa che tale Organo è istituito per ciascun Ambito territoriale distrettuale (art. 13): il Consiglio di distretto è un organo permanente, composto da trenta membri eletti tra i Sindaci dei comuni del distretto di riferimento, il quale delibera i piani d'ambito distrettuale che predispone e propone la tariffa di distretto (art. 14).

La partecipazione all'EIC dei comuni che ricadono nell'ATO, a garanzia del principio dell'unicità di gestione, è prevista obbligatoriamente dal nuovo art. 147 comma 1 del Dlgs. 152/2006, come modificato dal Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla L. 11 novembre 2014, n. 164, nonché dall'art. 3.bis, comma 1-bis, del D.L. n. 138/2011: la disposizione statale intende infatti prevenire il rischio di una persistente frammentazione del servizio e, nell'esercizio della competenza esclusiva di cui all'art. 117 comma 3 lett p) Cost, prevede il trasferimento *ex lege* dell'esercizio delle ridette competenze.

Infatti, ai sensi del comma 1-bis del citato art. 147 TUA, *«Qualora gli enti locali non aderiscano agli enti di governo dell'ambito individuati ai sensi del comma 1 entro il termine fissato dalle regioni e dalle province autonome e, comunque, non oltre sessanta giorni dalla delibera di individuazione, il Presidente della regione esercita, previa diffida all'ente locale ad adempiere entro ulteriori trenta giorni, i poteri sostitutivi, ponendo le relative spese a carico*

dell'ente inadempiente. Si applica quanto previsto dagli ultimi due periodi dell'articolo 172, comma 4».

In quest'ottica, l'art. 21, comma 2, della L.r. n. 15/2015 prevede che gli enti locali aderiscono all'Ente idrico con una deliberazione di "presa d'atto" da parte del consiglio comunale (art. 42, comma 2, lett. d TUEL. Tuttavia se « entro il termine di quindici giorni dalla pubblicazione dello Statuto» l'adesione non è intervenuta, «il Presidente della Regione esercita, previa diffida all'ente locale ad adempiere entro ulteriori quindici giorni, i poteri sostitutivi, ponendo le relative spese a carico dell'ente inadempiente. Si applica quanto previsto dagli ultimi due periodi dell'articolo 172, comma 4 del decreto legislativo 152/2006».

In definitiva, la titolarità delle medesime competenze in materia di gestione del servizio rimane intestata agli enti locali territoriali. Infatti, per effetto della L. n. 15/2014, art. 4, «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».

Inoltre, ai sensi dell'art. 2, comma, lett. d) della medesima legge regionale l'Ente Idrico Campano è «l'ente di governo regionale, rappresentativo degli enti locali della Regione del servizio idrico integrato nell'ambito territoriale ottimale identificato».

Tanto premesso, trattandosi quindi di competenza intestata al comune richiedente, poiché il sindaco è l'organo istituzionalmente legittimato a rappresentare l'ente, la richiesta di parere è proposta dall'organo legittimato a proporla ed è pertanto soggettivamente ammissibile.

AMMISSIBILITÀ OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo di ammissibilità del quesito, in primo luogo occorre rammentare che la disposizione contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 131/2003 deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma, rese esplicite, in particolare, con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica. In quest'ottica, appare chiaro che le Sezioni regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore degli enti locali, ma che anzi le attribuzioni

consultive "in materia di contabilità pubblica" si ritagliano sulle funzioni sostanziali di controllo collaborativo ad esse conferite dalla legislazione positiva.

Secondo le Sezioni riunite della Corte dei conti – intervenute con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica, ai sensi dell'art. 17, comma 31 del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102 – il concetto di contabilità pubblica deve essere incentrato sul "*sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici*" da intendersi in senso dinamico in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Deliberazione del 17 novembre 2010, n. 54).

Tuttavia, l'inerenza ad una materia di contabilità pubblica non esaurisce i presupposti di ammissibilità oggettiva di un quesito, presupposti che vanno ricavati, oltre che dalla lettera della legge, dalla natura della funzione consultiva. Essi vanno stabiliti in negativo, delineando il rapporto tra tale funzione e, da un lato, l'attività amministrativa, dall'altro, la funzione giurisdizionale civile, penale, amministrativa e contabile.

Rispetto all'attività amministrativa, questa Sezione, in più occasioni, ha riconosciuto che l'attivazione della funzione di cui al comma 8 dell'art. 7 della Legge n. 131/2003 è una facoltà conferita agli amministratori di Regioni ed enti locali per consentire loro di avvalersi, nello svolgimento delle funzioni loro intestate, di un organo neutrale e professionalmente qualificato, in grado di fornire gli elementi di valutazione necessari ad assicurare la legalità della loro azione: è innegabile che i pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nello svolgimento dei procedimenti degli enti territoriali consentendo, nelle tematiche in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate.

Peraltro, la stessa giurisprudenza contabile ha puntualmente rammentato che dalla funzione consultiva resta esclusa qualsiasi forma di cogestione o co-amministrazione con l'organo di controllo esterno (cfr. *ex multis* SRC Lombardia, n. 36/2009/PAR). Quindi, i quesiti, oltre a riguardare una questione di contabilità pubblica, devono avere carattere generale ed essere astratti, cioè non direttamente funzionali all'adozione di specifici atti di gestione, che afferiscono alla sfera discrezionale della potestà amministrativa dell'ente.

In secondo luogo, oltre a non intervenire nell'attività amministrativa nei termini predetti, tale funzione consultiva non deve sovrapporsi con l'esercizio di altre funzioni di controllo della Corte, né tantomeno interferire con l'esercizio di funzioni giurisdizionali (in sede civile, penale, amministrativa o contabile).

Nel caso in esame, la richiesta di parere è ammissibile, in quanto concernente la corretta applicazione di norme disciplinanti l'attività organizzativa, finanziaria e patrimoniale delle pubbliche amministrazioni verso i propri organismi partecipati, oggetto delle funzioni di controllo di questa Corte e di diretto impatto, in termini di previsionali e di esposizione al rischio, sul bilancio consolidato del "gruppo amministrazione pubblica", ai sensi dell'art. 11-bis/quinquies del D.lgs. n. 118/2011,

MERITO

1. In via preliminare, il Collegio rammenta che la funzione consultiva, per sua natura, è esercitata in via astratta e in modo disgiunto da situazioni concrete che la Corte non conosce (né è tenuta a conoscere in questa sede) e che quindi impediscono ogni valutazione sulla legittimità dell'agire amministrativo. Resta dunque ferma la discrezionalità e la correlativa responsabilità dell'Amministrazione in sede di esercizio delle proprie prerogative gestorie, la quale deve essere rigorosamente esercitata entro i limiti di legge.

Tanto premesso, con il quesito *de qua* il Comune chiede di conoscere, secondo i principi generali della materia, con che modalità l'ente di governo del servizio idrico integrato di cui fa parte (EIC) possa procedere all'affidamento del servizio nell'ipotesi che gli operatori a partecipazione pubblica, attualmente esistenti, procedano alla loro fusione, generando un soggetto a controllo pubblico, con una partecipazione minoritaria e marginale di capitale privato.

Segnatamente, l'Ente ha formulato il quesito nei seguenti termini «*Nella ipotesi di una fusione tra le due società (ACS e GESESA) e quindi della creazione di un nuovo soggetto con capitale anche privato per l'affidamento diretto ad un gestore unico all'interno del medesimo ambito*», se sia possibile procedere ad «*affidamento diretto ad un gestore unico all'interno del medesimo ambito*». In proposito, si deve prescindere dalle caratteristiche concrete e specifiche del quesito, per affrontare e inquadrare il tema esclusivamente sui piani dei principi generali evincibili in tema di *in house* alla luce della recente disciplina statale e regionale. In buona sostanza, dunque, si fa questione se sia possibile effettuare un affidamento diretto ad una società pubblica all'interno della quale si collochi una partecipazione di capitali privati, sia pure non in grado di avere un'influenza determinante sulla *governance* societaria.

2. In proposito, si deve rammentare che è stato recentemente emanato con D.lgs n. 50/2016 recante l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori speciali dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché sul riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture". Esso costituisce il nuovo "codice" dei contratti pubblici.

Ai sensi dell'art. 5, lett. c) del prefato decreto, concernente tanto di settori "ordinari" che "speciali", le condizioni per l'*in house* sussistono se «*nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste da norme di legge e che avvengano con modalità che non comportino controllo o potere di veto né l'esercizio di un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*».

Tuttavia, l'art. 5, che costituisce norma generale della materia, ha lasciato inalterata la previsione speciale del Testo unico ambientale (D.lgs. n. 152/2006), che continua ad ammettere la deroga alla regola generale dell'evidenza pubblica (con la possibilità di affidamenti *in house*), limitatamente ai soli casi di società interamente pubbliche.

Del resto, con riguardo allo speciale settore di cui si tratta, il Legislatore nazionale ha mantenuto un regime speciale all'interno dello stesso "codice" ai sensi degli artt. 10, 11 e 12, per effetto dei quali prevalgono le disposizioni del Titolo VI della Parte II.

Infatti, ai sensi dell'art. 149-bis TUA «1. *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*».

Né la predetta scelta del Legislatore nazionale potrebbe trovar deroga nella normativa regionale, la quale non può prevedere casi di affidamento *in house* ulteriori rispetto a quelli ammessi dal Legislatore statale. Infatti, la materia della concorrenza è una competenza esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. e), nel cui ambito ricade la disciplina dei contratti pubblici (cfr. Corte cost. sentenza n. 401/2007) e la regolamentazione dell'affidamento *in house* (cfr. la sentenza Corte cost. n. 46 del 2013, in particolare punto 3.2).

3. Inoltre, la scelta legislativa di consentire l'affidamento *in house* ai soli soggetti a integrale partecipazione pubblica (art. 149-bis TUA), oltre che essere in perfetta linea col progresso *acquis communautaire*, non può ritenersi superabile attraverso un'applicazione diretta dell'art. 28, lett. c) della direttiva 2014/25/Ue sulle procedure nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (c.d. settori speciali o esclusi).

Tale ultima norma non può ritenersi sul punto "self-executing" e pertanto non può legittimare la disapplicazione della regola interna.

In particolare, tale disposizione comunitaria, analogamente all'art. 12 della direttiva 2014/23/Ue (direttiva appalti nei settori ordinari) e all'art. 17 della direttiva 2014/25/Ue (direttiva concessioni), consente ai Legislatori nazionali di ammettere l'affidamento *in house* in presenza di organismi in cui vi sia una partecipazione diretta di capitali privati, purché

- tale partecipazione «*non comport[i] controllo o potere di veto*» o
- non vi sia «*un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*»
- tale forme di partecipazione siano «*prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati*».

Il periodo di standstill per l'attuazione della direttiva in questione da parte degli Stati membri è scaduto il 17 aprile 2016, cui ha fatto seguito, a livello interno, il 18 aprile, l'emanazione del D.lgs. n. 50/2016 abrogante il previgente D.lgs. n. 163/2006.

Peraltro, come è noto, affinché una disposizione di una direttiva possa avere "effetto diretto", non è sufficiente sia scaduto il termine per il recepimento da parte del legislatore nazionale, ma deve avere dei contenuti, oltre che chiari e precisi, "incondizionati" (cioè tale da elidere ogni discrezionalità attuativa per il legislatore interno, cfr. in tal senso, sentenze 26

febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, punti 46 e 49, nonché 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Kutz-Bauer*, punti 69 e 71. Nel diritto interno cfr. Corte costituzionale sent. n. 168/1991).

Al riguardo non v'è chi non veda come le disposizioni della direttiva che aprono alla possibilità di partecipazione del capitale privato in organismi *in house* non presentano carattere "incondizionato", in considerazione della possibilità del Legislatore di optare per standard di concorrenza più elevati. Del resto, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto che la concorrenza costituisce un principio immanente al nostro ordinamento interno, ivi radicato già prima della sua espressa menzione nel testo della carta costituzionale con la riforma del 2001 (cfr. per tutti Corte costituzionale sent. n. 14/2004), tale per cui era ormai ampiamente riconosciuta, promossa e tutelata la concorrenza "nel" mercato e "per" il mercato. In proposito, sempre la Corte costituzionale ha più volte affermato (sent. nn. 325/2010 e 46/2013) che la disciplina comunitaria contiene principi minimi ed indefettibili per la tutela del richiamato principio, fermo il legislatore nazionale mantiene *naturaliter* un "margine di apprezzamento" in virtù del quale può ben prevedere standard di tutela più elevati di concorrenza, ovvero una maggiore flessibilità, ma solo in funzione degli obiettivi "sociali" e collettivi di cui all'art. 3, comma 2, e 41, commi 2 e 3, Cost. (cfr. C. cost. n. 270/2010, punto 8 e 8.1). In questo senso, legittimamente, il Legislatore interno ha mantenuto uno standard per l'*in house*, nel settore dei servizi idrici, diverso e più rigoroso di quello delineato dalle direttive comunitarie.

In definitiva, poiché l'art. 28, lett. c) della direttiva stessa non può ritenersi ad "effetto diretto", non si impone all'interpretazione e all'applicazione dei giudici e dei poteri pubblici nazionali (Corte giust. sentenza *Simmenthal*, 9 marzo 1978, causa C-106/77 e sentenza *F.lli Costanzo*, 22 giugno 1989, causa C-103/89), con l'obbligo di questi di disapplicare le norme interne eventualmente contrastanti (Corte costituzionale, sent. n. 168/1991).

4. Inoltre, ed in ogni caso, non può ignorarsi che dell'art. 28, lett. c) della direttiva 2014/25/UE se ne deve comunque dare, nell'ordinamento nazionale, una applicazione rigorosa.

4.1. La stessa direttiva, infatti, presenta carattere derogatorio rispetto al pregresso *l'acquis communautaire*, elaborato sulla base del diritto primario dell'Unione. L'analisi del percorso logico argomentativo della giurisprudenza comunitaria sull'*in house providing*, a partire dalla sentenza *Teckal* (sentenza 8 novembre 1999 sulla causa C-107/1998, tra Teckal S.r.l. e Comune di Viano) fino ai successivi arresti comunitari che hanno tracciato i lineamenti dell'istituto, dimostra che i limiti all'*in house providing* hanno diretto fondamento nel diritto dei Trattati e non nel diritto derivato.

Infatti, già nella sentenza *Coname* (C. giust. UE 21 luglio 2005, C-231/03, § 28), la Corte di giustizia chiariva che «gli artt. 43 CE e 49 CE [oggi art. 49 e 56 TFUE] ostano, [...], all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico [...] ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%».

Il fondamento dell'istituto dell'*in house providing*, come limite applicativo alla disciplina recata dalle direttive in tema di affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica, si radica, quindi, direttamente nel diritto primario, segnatamente nei principi comunitari del Trattato, come successivamente ribadito nella sentenza *Parking Brixen* (C. giust. UE 21 luglio 2005, C-231/03, § 52-53) secondo cui «*gli Stati membri non devono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'attribuzione di concessioni di pubblici servizi senza gara, giacché una simile attribuzione viola gli artt. 43 CE o 49 CE o i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza*».

Ciò chiarito è utile ricordare che la giurisprudenza, comunitaria e nazionale (a livello interno, per tutte cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 1/2008), ha ritenuto che i presupposti per l'affidamento diretto sussistono nell'assenza di sostanziale distinzione soggettiva tra affidante e affidatario, al punto che non si possono considerare "parti" contrattuali contrapposte e, di conseguenza, escludendo vi sia un vero ricorso al mercato.

Poiché il presupposto per l'applicazione delle direttive è, appunto, una qualsiasi attività di "outsourcing", in caso di "autoproduzione" è ammesso l'affidamento diretto.

Il concetto di *in house* era quindi predicabile solo in presenza di alcuni rigorosi presupposti, espressione della richiamata sostanziale identità soggettiva tra soggetto affidante e affidatario che la giurisprudenza ha declinato: a) nel c.d. "controllo analogo" a quello che l'affidante esercita sui propri "servizi interni" (una situazione, di fatto e di diritto, nella quale la società non ha margini di *governance* autonomi rispetto ai fini e alle direttive istituzionali) b) nella necessità che la società svolga la "parte più importante della propria attività" con l'amministrazione o le amministrazioni affidanti.

4.2. La Corte di Giustizia, come la giurisprudenza interna, richiedevano che la partecipazione pubblica fosse totalitaria, posto che la partecipazione, pur minoritaria, di soggetti privati al capitale di una società pubblica, introduce, in termini di interessi, un elemento di alterità tale per cui la società controllata diventa "parte" contrattuale distinta, non solo in senso formale, ma pure in senso negoziale, anche solo per la possibilità di accedere al profitto a fronte di interessi eventualmente contrapposti dell'amministrazione pubblica, che peraltro spesso opera in condizione di monopolio od oligopolio. Infatti, «*il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente*» (cfr. C. giust. UE 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle* punti 49 e 50 ma cfr. anche C. giust. UE 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Coname*; sentenza 13 ottobre 2005, causa n. c-458/03, *Parking Brixen*; C. giust. UE, sez. I, 18 gennaio 2007, C-225/05, *Jean Auroux*), consentendo al partecipante privato, se si opera in condizione restrittive di mercato, di accedere a profitti monopolistici o oligopolistici. Per tale ragione la partecipazione di capitale privato in società pubbliche non può non essere filtrata da procedure che garantiscono la parità di accesso e la non discriminazione

di tutti gli eventuali interessati. Di conseguenza, a fronte di società con partecipazioni private, anche estremamente minoritarie, veniva esclusa la possibilità dell'affidamento diretto.

Inoltre, ai fini dell'affidamento *in house*, la partecipazione pubblica totalitaria, pur necessaria, non era condizione sufficiente, dovendosi ulteriormente verificare la presenza di strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile a favore del socio totalitario, in modo da esercitare un'"influenza determinante" sulla *governance* della società (in tal senso, sentenze *Parking Brixen*, cit., § 65; sentenza *Carbotermo* 11 maggio 2006, causa C-340/04, § 36, nonché *Coditel Brabant* 13 novembre 2008, C-324/07, § 28).

4.2. Tanto premesso, l'art. 28, lett c) della direttiva 2014/25/Ue, invece, ritiene possibile l'*in house* in presenza di organismi in cui vi sia una partecipazione diretta di capitali privati, purché

- tale partecipazione «*non comport[i] controllo o potere di veto*» o
- non vi sia «*un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*»
- tale forme di partecipazione siano «*prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati*».

Detto in altri termini, il Legislatore europeo e nazionale (art. 5 lett. c D.lgs. 50/2016), in deroga al pregresso *acquis* comunitario, ammettono il ricorso all'*in house*, in mancanza della partecipazione pubblica totalitaria, in presenza di rigorosi requisiti sostanziali (l'assenza di un'interferenza notevole o determinante sulla gestione da parte dei privati) e di precisi requisiti formali, segnatamente:

1. che le forme di partecipazione private di cui si tratta siano "previste" da disposizioni legislative;

2. che le stesse disposizioni interne che le prevedono siano conformi ai Trattati, con la conseguenza minima che la selezione dei soci privati dovrà avvenire nel rispetto dei canoni di concorrenza, trasparenza e pubblicità, attraverso dunque una procedura selettiva ad evidenza pubblica.

Quanto alla prima condizione, si è già registrata nella giurisprudenza interna un'evidente divisione sul significato della direttiva e del termine "prescritte" (cui corrisponde l'espressione "previste" nell'attuazione di cui all'art. 5 del D.lgs. 50/2016).

Con una prima pronuncia, in sede consultiva, il Consiglio di Stato non ha valorizzato il richiamato doppio limite formale (Cons. Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298), mostrando implicitamente, di ritenere che la direttiva di per sé autorizzi l'*in house* purché la partecipazione di capitale privato in società pubbliche sia riconosciuta come semplicemente possibile dall'ordinamento interno ovvero sia consentita in determinate ipotesi.

Per contro, come viene messo in evidenza da altra più recente pronuncia dello stesso Consiglio di Stato, in aperto dissenso con la prima (Cons. Stato, sez. VI, sentenza 26 maggio 2015, n. 2660), occorre che, a livello interno, la partecipazione sia "prescritta", e non meramente consentita (cfr. punto 28).

La tesi da ultimo affermata dal Consiglio dello Stato, ad avviso della Sezione, appare confermata dall'interpretazione storico letterale dei citati articoli delle direttive. Infatti:

- la direttiva usa il termine "prescritte", e non semplicemente "previste" (come invece fa l'art. 5, lett. c D.lgs.50/2016),
- i considerando n. 32 della direttiva appalti e il considerando n. 46 della direttiva concessioni espressamente affermano la necessità di una partecipazione non facoltativa, ma obbligatoria, in ragione di valutazioni effettuate dal Legislatore interno. Infatti: « *L'esenzione [dalle procedure di evidenza pubblica] non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata [...], ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da disposizioni legislative del diritto nazionale conformi ai trattati*»;
- anche l'analisi comparativo-linguistica della direttiva, fondamentale ai fini dell'indagine del suo significato letterale, conferma il significato forte dell'impiego del termine "prescritta". Ad esempio, la corrispondente terminologia della versione inglese non parla meramente di partecipazione "required by national legislative provisions", ma richiede che questa sia una "compulsory membership".

Ora, è noto che il significato di una disposizione interna non può che essere quello che ne deriva da un procedimento di interpretazione conforme alla disciplina comunitaria (cfr sent. *Faccini-Dori*, 14 luglio 1994, causa C- 91/92, più di recente sentenza *Pfeiffer*, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, punti 115, 116, 118 e 119 e sentenza *Adeneler*, 4 luglio 2006, causa C-212/04, punto 111; infine sentenza *Mangold*, 22 novembre 2005, causa C-144/2004, punti 74-78), persino quando il termine per l'applicazione della direttiva non è ancora scaduto, a maggior ragione se nella fattispecie considerata assumono rilevanza principi generali dell'ordinamento comunitario (sent. *Mangold*, cit., punto 75) che si impongono prima e a prescindere dalla direttiva.

Ciò anche alla luce dell'art. 1 della L. n. 241/1990, secondo cui ogni procedimento amministrativo, e quindi la scelta pubblica che precede ogni negozio di diritto (Ad. Plen. n. 10/2011), è "retto" «*dai principi dell'ordinamento comunitario*»

In definitiva, l'espressione "prescritta" di cui alle richiamate disposizioni delle direttive definitorie dell'*in house* – espressione che di per sé appare necessitare di una stretta interpretazione, in quanto determina una deroga principi che hanno fondamento diretto nel diritto dei Trattati – presuppone comunque una disposizione nazionale che tale partecipazione renda necessaria (per fini discrezionalmente individuati dal Legislatore interno) e non meramente "possibile"; solo in tal caso sussiste il presupposto per la deroga al pregresso *acquis communautaire*.

Allo stato, si osserva, difetta una disposizione di diritto interno che "disponga", in modo obbligatorio, la partecipazione del capitale privato ad organismi di gestione del servizio idrico,

non potendo ravvisarsi tali estremi nella normativa, statale e regionale, che consente la razionalizzazione delle partecipazioni nei pregressi gestori.

Infatti, se è vero che il principio dell'unicità della gestione di cui all'art. 147 TUE e le correlate norme di attuazione regionale consentono al soggetto unico individuato dall'EIC di subentrare ai rapporti pregressi secondo una dettagliata disciplina transitoria, la stessa normativa: a) rimette alla discrezionalità degli enti coinvolti l'effettuazione delle operazioni di riorganizzazione delle partecipazioni societarie, b) non rende necessaria la partecipazione di privati al capitale di società pubbliche, né c) tantomeno, introduce forme di gestione alternative ai moduli già esistenti.

5. Ricostruita la prefata normativa, appare evidente che, ad un lato, il principio dell'unicità della gestione non introduce nuove forme di gestione, ma si limita a favorire la concentrazione della gestione, fatto salvo il rispetto, nell'individuazione del gestore unico, delle norme che presiedono ai moduli di affidamento prescelti, dall'*in house providing*, al partenariato, orizzontale o verticale, fino all'esternalizzazione piena a soggetti privati.

In definitiva, nel richiamato settore della gestione dei servizi idrico, non è ammesso l'affidamento a soggetti a controllo pubblico al cui capitale partecipino soggetti privati, sia pure con forme e percentuali non "determinanti" sulla *governance*.

P.Q.M.

la Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Campania si esprime sul quesito in oggetto nei termini di cui in motivazione.

Copia della presente deliberazione sarà trasmessa, per il tramite della Segreteria del Servizio di supporto, all'Amministrazione interessata.

Così deliberato in Napoli, nella camera di consiglio del 22 aprile 2016.

L'Estensore
f.to dott. Francesco Sucameli

Il Presidente
f.to dott. Ciro Valentino

Depositata in Segreteria il
29 aprile 2016
Il Direttore della Segreteria
f.to Dott. Mauro Grimaldi