



REPUBBLICA ITALIANA
LA
CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giuseppe Roberto Mario Zola	Consigliere
dott. Gianluca Braghò	Primo Referendario (relatore)
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario

nelle adunanze in camera di consiglio del 4 dicembre 2012 e del 26 febbraio 2013;

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. 14/2000 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;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota n. 18196 di protocollo in data 7 novembre 2012, con la quale il sindaco del comune di Soresina (CR) ha richiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del sindaco del comune di Soresina (CR).

Udito il relatore dott. Gianluca Braghò;

PREMESSO CHE

Il sindaco del comune di Soresina (CR), mediante nota n. 18196 del 7 novembre 2012, ha posto una serie di quesiti in merito all'obbligo di liquidazione o di cessione delle partecipazioni societarie previsto dall'art. 14 comma 32, del D.L. 31 maggio 2010, n.78.

Il sindaco premette che il comune di Soresina, con popolazione di 9.000 abitanti, è socio unico in due società: Soresina Reti Impianti s.r.l. (SRI) e ASPM Soresina Servizi s.r.l. (ASPM), aventi rispettivamente, come oggetto sociale, la prima (SRI) acquisto, distribuzione e vendita di energia elettrica, urbanizzazione e riqualificazione urbana, illuminazione pubblica, lampade votive, impianti semaforici e arredo urbano e aree verdi; la seconda (ASPM) gestione del servizio idrico integrato, distribuzione gas metano, esercizio degli impianti tecnologici degli stabili comunali e degli impianti termici.

La SRI è altresì la società proprietaria del patrimonio pubblico relativo alle reti (servizio idrico, distribuzione gas, energia elettrica e igiene ambientale) e negli anni 2010 e 2011 ha chiuso i bilanci d'esercizio in perdita, mentre si prevede di conseguire un utile nel 2012; la società ASPM ha sempre chiuso i bilanci in utile ed anche per il 2012 è previsto l'utile d'esercizio.

Il sindaco infine evidenzia che SRI è la società patrimoniale del comune con capitale sociale pari a euro 5.400.844,00, oltre a cespiti immobilizzati per un importo lordo pari a euro 8.823.479,00 al 31 dicembre 2011, e che ASPM è la società affidataria dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con capitale sociale pari ad euro 400.000, che, in riferimento a normative vigenti, non potrebbe più gestire alcuni servizi (servizio idrico e distribuzione gas).

L'amministrazione comunale sta valutando un'operazione di riorganizzazione societaria ai fini di una riduzione dei costi aziendali di gestione delle stesse, attraverso una fusione per incorporazione di una società nell'altra.

Ciò premesso, alla luce dell'art. 14 comma 32 D.L. 31 maggio 2010, n.78 convertito nella legge 30 luglio 2010, n.122 (che prevede la costante presenza di utili di bilancio negli ultimi tre esercizi), in base alla normativa vigente ed ai pareri espressi dalla Corte dei conti sul punto, il sindaco pone i seguenti quesiti:

1. La società SRI è sottoposta ai vincoli dettati dall'art. 14 comma 32 del citato D.L. 31 maggio 2010, n.78, quindi con obbligo di messa in liquidazione entro il 30 settembre 2013?
2. Essendo proprietaria delle reti e impianti di cui alcuni beni pubblici demaniali inalienabili, quali conseguenze si avrebbero su tali beni, in caso di liquidazione?
3. In base alla normativa vigente, l'operazione consistente nella fusione per incorporazione di SRI in ASPM, con necessario adeguamento dello statuto vigente di ASPM, effettuata entro il 30 settembre 2013, evita il dettato normativo di cui all'art. 14 comma 32 del D.L. 31 maggio 2010, n.78 e/o l'operazione di fusione è considerata operazione assimilabile alla cessione o messa in liquidazione di SRI?
4. L'operazione inversa di fusione per incorporazione di ASPM in SRI effettuata entro il 30 Settembre 2013, evita alla società SRI (post fusione avendo incorporato ASPM) i vincoli previsti dall'all'art. 14 comma 32 del D.L. 31 maggio 2010, n.78 per il triennio 2010-2012?
5. Tali operazioni societarie alternative, finalizzate entrambe ad ottenere un'unica società (proprietaria delle reti e gestore delle stesse, oltre al servizio), quali effetti produrrebbero sulla proprietà delle reti dei servizi pubblici locali (alla luce anche della sentenza della Corte Costituzionale n. 320/2011)?
6. Infine, le prospettate operazioni societarie quali effetti produrrebbero sulla gestione dei servizi pubblici locali, nonché strumentali, affidati attualmente alle due società (alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012 e dei decreti leggi "*spending review*" e "sviluppo II" sull'organizzazione dei servizi pubblici locali e dei servizi strumentali)?

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA ED OGGETTIVA

La richiesta di parere di cui sopra è intesa ad avvalersi della facoltà prevista dalla norma contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, la quale dispone che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possono chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti "pareri in materia di contabilità pubblica".

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge 131/2003, recante adeguamento dell'ordinamento della

Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

La Sezione, preliminarmente, è chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normazione sopra indicata.

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei comuni, si osserva che il sindaco è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Pertanto, la richiesta di parere è ammissibile soggettivamente poiché proviene dall'organo legittimato a proporla.

Sotto il profilo oggettivo, la richiesta di parere del comune di Soresina può ritenersi ammissibile, riguardando la corretta interpretazione di norme finanziarie concernenti le società partecipate dall'ente locale di diretto impatto sugli equilibri finanziari e sul bilancio dell'ente.

La Sezione ritiene di poter fornire indicazioni generali sull'interpretazione della disciplina normativa applicabile al caso di specie, spettando successivamente all'ente le decisioni concrete in ordine ai singoli provvedimenti da adottare.

MERITO

L'amministrazione interpellante pone sei differenti quesiti in ordine alla sorte delle due partecipazioni societaria di cui è socio unico (SORESINA RETI E IMPIANTI s.r.l. e SORESINA SERVIZI s.r.l.).

Il comune di Soresina conta una popolazione di circa 9.000 abitanti.

Quanto all'andamento gestionale delle due società, il comune ha precisato che la SRI s.r.l. ha chiuso in perdita gli esercizi 2010 e 2011, mentre per l'anno 2012, in base ai dati previsionali, la chiusura si preannuncia in utile; di contro, la ASPM s.r.l. ha sempre chiuso i bilanci in utile, compresi i dati previsionali per il 2012.

Sotto il profilo patrimoniale, le due società sono connesse per quanto concerne la proprietà delle reti (SRI) e la loro gestione (ASPM).

In via preliminare, la Sezione precisa che la decisione di procedere al mantenimento delle partecipazioni societarie, alla definizione del relativo oggetto sociale ed alle modalità di dismissione o di liquidazione delle medesime, attiene al merito dell'azione amministrativa e rientra nella esclusiva discrezionalità e responsabilità dell'ente che, tuttavia, potrà orientare la sua decisione in base alle conclusioni contenute nel presente parere.

Sinteticamente, i quesiti possono essere raggruppati in tre macro-questioni: la sorte delle partecipazioni detenute nelle due società in relazione all'obbligo di

dismissione previsto dall'art. 14 comma 32 del D.L. 31 maggio 2010, n.78 (quesiti 1,3,4); la sorte dei beni pubblici demaniali e indisponibili trasferiti in proprietà alle costituite società partecipate in caso di dismissione, di liquidazione o di fusione per incorporazione (quesiti 2 e 5); la sorte degli affidamenti diretti inerenti i servizi pubblici locali attualmente gestiti dalle due società (quesito 6).

1. Ambiti e finalità dell'obbligo di dismissione delle partecipazioni societarie per i comuni inferiori ai 30.000 abitanti (quesito 1).

Come è noto, la latitudine precettiva della disposizione è stata già affrontata dalla Sezione in precedenti pareri (solo per citarne alcuni, SRC Lombardia deliberazioni n. 830/2010/PAR, n. 124/2011/PAR; n. 156/2011/PAR, n. 358/2011/PAR e, da ultimi, assieme ad altre problematiche attinenti le partecipazioni societarie e le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, deliberazioni nn. 7/2012/PAR e 147/2012/PAR).

E' stato evidenziato come, in seguito all'avvento del citato art. 14 comma 32, il legislatore abbia adottato un atteggiamento maggiormente restrittivo circa il mantenimento di partecipazioni azionarie da parte degli enti locali.

Mentre con l'art. 3 comma 27 della legge 24 dicembre 2007, n.244, era stato posto in capo agli enti l'obbligo di valutare la conformità delle partecipazioni possedute ai propri scopi istituzionali (precetto di carattere permanente, insito nel principio di legalità dell'azione amministrativa e tuttora esistente), restrizioni più rigorose alla capacità negoziale di Comuni e Province sono state introdotte dal D.L. 31 maggio 2010, n.78.

La necessità di raggiungere la finalità di contenimento dei costi (anche in un'ottica antielusiva degli obiettivi del Patto di stabilità) e di salvaguardia della concorrenza hanno indotto il legislatore a predeterminare rigidamente i margini di autonomia degli enti locali medio piccoli, optando per un vero e proprio ridimensionamento *ope legis*.

Il legislatore ha cioè compiuto una decisa virata verso la dismissione delle partecipazioni sociali detenute dai comuni demograficamente minori. E ciò non solo per potenziare la concorrenza e agevolare l'entrata di operatori privati nel mercato dei servizi pubblici locali, ma anche per limitare la capacità amministrativa dei comuni più piccoli, impossibilitati a sostenere con il proprio bilancio gli oneri di gestione di una o più società partecipate. La dimensione demografica diviene, pertanto, il vincolo di legge per parametrare la sostenibilità delle partecipazioni societarie. Le legittime finalità della norma sono state recentemente ribadite dalla Corte Costituzionale (sentenza 7 giugno 2012, n.148), ad avviso della quale il divieto di costituire nuove società risponde all'esigenza di evitare l'insostenibilità del rischio d'impresa per i comuni le cui piccole dimensioni e le limitate risorse finanziarie non consentono di

ripiantare le eventuali perdite subite. E' palese dunque l'intento del legislatore di assicurare un contenimento della spesa pubblica nel settore delle partecipazioni pubbliche locali, non precludendo in linea di principio, neanche agli enti inferiori ai 30.000 abitanti, la possibilità di mantenere in esercizio le società già costituite. Lo strumento utilizzato dal legislatore nazionale è ascrivibile alla materia dell'ordinamento civile, riservata in via esclusiva alla potestà normativa statale ed è pienamente conforme al principio di razionalità, atteso che il divieto di costituire nuove società incide in modo permanente sul diritto societario escludendo per una specifica categoria di soggetti pubblici (comuni demograficamente minori) l'idoneità a costituire società partecipate o ad acquisire nuove partecipazioni societarie. In altri termini al piccolo comune è preclusa la qualità di socio (Cfr. sul punto SRC Basilicata deliberazione n.173/2012/PAR).

L'art. 14 comma 32 statuisce, fra l'altro, che i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società; entro il 30 settembre 2013 (termine prorogato dall'art. 29 comma 11 *bis* del D.L. 29 dicembre 2011, n.216, convertito nella legge 24 febbraio 2012, n.14), tali enti mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni (Cfr. SRC Lombardia deliberazione n.124/2011/PAR).

A tale proposito, è d'uopo segnalare che la *prorogatio* del termine per la dismissione, oltre ai naturali effetti cronologici, produce la modifica di aspetti sostanziali della disciplina contenuta nell'art. 14 comma 32.

Venendo alle conseguenze cronologiche della *prorogatio*, si evidenzia che per effetto del citato decreto mille proroghe (D.L. 29 dicembre 2011, n. 216, convertito in Legge 24 febbraio 2012, n. 14), i termini in questione sono stati posticipati di nove mesi; pertanto gli obblighi di dismissione, a seconda della dimensione demografica, risultano allo stato così articolati: a) per i comuni sotto i 30 mila abitanti, la scadenza per la dismissione coincide con il **30 settembre 2013**; b) per i comuni tra i 30 e i 50 mila abitanti, la scadenza è il **30 settembre 2014**. (Sull'esatta individuazione dei termini di dismissione *post decretum*, cfr. SRC Lombardia deliberazione n. 113/2012/PAR, nonché SRC Piemonte deliberazione n.291/2012/PAR. In sede di analisi dei rendiconti finanziari, cfr. SRC Lombardia deliberazione n. 361/2012/PRSE. Da ultimo, in sede d'indagine settoriale sulle società partecipate nella regione Lombardia, cfr. SRC Lombardia deliberazione n.34/2013/COMP, pagg. 26 e seguenti).

La proroga dei termini opera su tutte le scadenze temporali previste dall'art. 14 comma 32, alla stregua di una duplice previsione normativa di rinvio. L'art. 29, comma 11 *bis* del D.L. 29 dicembre 2012, n.216 come risultante dopo le interpolazioni apportate dalla legge di conversione, ha disposto quanto qui di seguito letteralmente si riporta: «*I termini temporali e le disposizioni di cui ai commi da 1 a 16, 22, 24, 25 e 27 dell'articolo 16 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con*

*modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, sono prorogati di nove mesi». Si rammenta, infatti, che l'art. 16, comma 27, del D.L. 13 agosto 2011, n.138 dispone: «All'articolo 14, comma 32, alinea, del citato decreto-legge n. 78 del 2010, le parole: "31 dicembre 2013" sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2012"; alla **lettera a)** del medesimo comma 32, le parole "31 dicembre 2013" sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2012».*

Per quanto concerne invece le modificazioni indotte dalla *prorogatio* sulla disciplina sostanziale in materia di dismissioni societarie, valgono le osservazioni che seguono.

E' noto che l'art. 14 comma 32 del citato decreto legge ponga un principio generale riassumibile in due concetti: divieto di costituire nuove società e correlato obbligo di messa in liquidazione o di dismissione mediante cessione della partecipazione già costituita.

Il legislatore pone un'alternativa paritetica lasciata alla discrezionalità dell'amministrazione comunale. La disposizione non indica una priorità nelle due modalità di eliminazione della partecipazione societaria, ma è ovvio che la discrezionalità amministrativa debba tener conto dell'opzione che sia più confacente alle specifiche esigenze comunali e conforme alla peculiare situazione economica della società da far cessare, alla luce dei criteri di economicità, efficacia ed efficienza delle decisioni amministrative. Così, l'alienazione sarà percorribile per le società *in bonis*, appetibili sul mercato, mentre la messa in liquidazione sarà la via preferibile per le società strutturalmente in perdita, per le società strumentali e per tutti quegli *asset* societari che non trovano collocazione sul mercato a causa della diserzione della procedura di alienazione ad evidenza pubblica.

Al principio generale deroga il regime delle c.d. **esclusioni**, in ragione del principio di **mantenimento delle partecipazioni in equilibrio finanziario** e del principio della **partecipazione associata, paritaria o proporzionale**, criteri distintamente previsti da altri periodi dell'art. 14 comma 32 a tenore del quale: "*Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite:*

- a) abbiano, **al 30 settembre 2013**, il bilancio **in utile** negli ultimi tre esercizi;*
- b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio;*
- c) non abbiano subito, nei **precedenti esercizi**, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al **ripiano delle perdite** medesime.*

*La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con **partecipazione paritaria** ovvero con **partecipazione proporzionale** al numero*

degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti".

Con il primo principio derogatorio, sono fatte salve dall'obbligo di dismissione o di liquidazione dell'attività, le società che si presentano in **equilibrio finanziario** secondo le stringenti condizioni legali a carattere cumulativo.

Per quanto concerne la **lettera a)**, il riferimento temporale al 30 settembre 2013 e al bilancio in utile negli ultimi tre esercizi ha **mutato il periodo di riferimento** (non più il triennio 2009, 2010, 2011) e si connette, necessariamente, ai bilanci regolarmente approvati per gli esercizi **2010, 2011 e 2012** e non anche al bilancio 2013, posto che in tale data il bilancio per l'anno in corso ancora non è stato approvato.

Né vale obiettare che per il 2013 il bilancio rilevante possa essere un documento contabile provvisorio, di verifica o di periodo, non ancora approvato, poiché il riferimento legale è **all'utile d'esercizio** conseguente al bilancio regolarmente approvato e non all'utile di periodo. Ciò che conta per far scattare il regime derogatorio non è soltanto la generazione di utili di ciclo economico, ma anche la regolarità contabile della società, che deve presentare **bilanci regolarmente approvati** e con i conti in ordine (Cfr. in senso conforme, SRC Emilia-Romagna, deliberazione n.9/2012/PAR).

Questa Sezione, nella deliberazione n. 636/2011/PAR, con riferimento alla norma di contenuto analogo (art. 6 comma 19 del D.L. 30 maggio 2010, n.78, concernente il divieto di finanziamenti straordinari alla propria società partecipata), recante un termine simile rapportato agli utili (termine entro quale procedere a ritroso per indagare la sussistenza di un triennio di perdite) ha ritenuto che la locuzione "*per tre esercizi consecutivi*" si riferisca agli ultimi tre esercizi, non invece a tre esercizi consecutivi nell'arco della vita di una società partecipata dall'ente locale: ciò al fine di rendere più attendibile e maggiormente aderente all'attualità la valutazione del mantenimento delle partecipazioni stesse da parte degli enti locali soci.

La precisazione rileva nel caso di specie, posto che l'amministrazione comunale di Soresina correttamente ritiene rilevanti per entrambe le società oggetto del parere, i bilanci 2010, 2011 e 2012; con l'ulteriore precisazione, però, che per quanto attiene all'esercizio 2012 non ai dati previsionali debba farsi riferimento, bensì al bilancio 2012 regolarmente approvato entro il 30 settembre 2013.

Deve infine trattarsi di **utili effettivi** e non fittizi, la cui creazione non derivi da manovre di bilancio artificiose, o peggio fraudolente, tese ad impedire l'emersione di perdite d'esercizio, ad esempio- e solo per citare le prassi più ricorrenti - mediante la posticipazione espressa o tacita, *sine die certo*, del rimborso di prestiti erogati dal comune alla società partecipata in difficoltà finanziaria (*pactum de non petendo*), l'accollo comunale di passività finanziarie contratte dalla società con gli istituti di

credito, la surrogazione nel pagamento delle rate di mutuo stipulato dalla società, la contribuzione straordinaria in conto esercizio o in conto impianti in base al contratto di servizio, al solo scopo di ripianare i costi sociali o il disavanzo di gestione del servizio a tariffa calmierata.

Più complessa appare l'esegesi delle lettere b) e c) del citato art. 14 comma 32. A differenza della lettera a), in entrambe le ipotesi normative si fa riferimento ad un **periodo di tempo indeterminato** "a ritroso" alludendo ai "precedenti esercizi", nonché a **perdite di bilancio** che nell'un caso sono causa di riduzione di capitale (lett. b) e, nell'altro, sono causa di obbligo di ripiano delle medesime gravante sul comune socio (lett. c).

Si analizza dapprima il significato normativo da attribuire alla locuzione "**precedenti esercizi**".

Essa è riferita necessariamente ai **bilanci anteriori al 2010** (prima del decreto mille proroghe l'esercizio era il 2009), ovvero agli esercizi precedenti al primo bilancio che deve essere in utile (2010).

Se il termine dell'esercizio *a quo*, da cui partire a ritroso, è palesemente ricavabile, alla luce del richiamo contenuto nella lettera a), di difficile lettura è la definizione del termine *ad quem*.

Ci s'interroga, infatti, sino a quale esercizio debba essere calcolato il bilancio da sottoporre a verifica. Le soluzioni prospettabili sono due. **La prima**: per stabilire il mantenimento della partecipazione, il comune dovrà verificare se **a partire dall'esercizio 2009, a ritroso, sino alla data di costituzione della società**, la medesima non abbia subito riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio, ovvero non abbia subito perdite di bilancio in conseguenza delle quali l'ente socio sia stato gravato dall'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime.

La seconda: per un principio di simmetria e di sufficiente determinazione della fattispecie normativa, il lasso temporale riferito ai precedenti esercizi è pari, a ritroso, rispetto ai tre esercizi in cui la legge richiede il bilancio in utile. *Ergo*, i precedenti esercizi sono da intendersi, al netto del bilancio 2010: 2009, 2008, 2007.

Quanto alla prima opzione emerneutica, si osserva che rispetto alla precisa marcatura temporale riferita ai tre bilanci in utile (lett. a), nelle ipotesi in discussione vi è carenza di un termine finale prestabilito (lett. b e c). La diversità testuale non può essere casuale, ma è indice di **mobilità** del lasso temporale di riferimento.

In tale lasso temporale, variabile secondo **la data di costituzione della società partecipata o di acquisizione della partecipazione pubblica**, la società non deve aver subito riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio, ovvero il socio pubblico non sia stato gravato dall'obbligo di ripiano delle perdite medesime.

Il termine a ritroso sarà dunque determinabile *a posteriori* e calibrato in relazione alla durata e alle vicende della singola partecipazione societaria.

La prospettata soluzione presta il fianco a due obiezioni circa la razionalità della disposizione. In primo luogo, essa incide significativamente sulle società il cui termine di costituzione è più risalente nel tempo. Maggiore è il numero degli esercizi da verificare, maggiore è la probabilità statistica che in almeno un esercizio si siano prodotte perdite di gestione. La generazione di perdite in un esercizio lontano nel tempo non giustificerebbe l'abbandono della partecipazione secondo principi di sana gestione finanziaria del patrimonio mobiliare dell'ente locale.

Tuttavia, si tratta di obiezioni di natura fattuale che non incidono sui margini di ragionevolezza della norma, la cui modulazione degli effetti è rimessa alla discrezionalità del legislatore. A ben vedere, anche per le società di nuova costituzione, la fase iniziale (c.d. *start up*) può agevolmente provocare la maturazione di perdite d'esercizio.

Infatti, anche la seconda soluzione, se da un lato stabilizza l'arco temporale entro cui verificare che i bilanci siano nelle condizioni legali per giustificare il mantenimento della partecipazione (sei anni), dall'altro non tiene conto della diversità del dato testuale fra le varie condizioni elencate alla lettera a) rispetto alle lettere b) e c) dell'art. 14 comma 32 del citato decreto legge.

Alla luce della *ratio* cui la disciplina sulle dismissioni tende, il collegio propende per la **prima opzione interpretativa**, in ragione della maggiore aderenza alle esigenze di coordinamento della finanza pubblica che pone per i comuni demograficamente minori la dismissione delle partecipazioni come regola e il mantenimento entro stringenti limiti come eccezione. L'art. 14 comma 32 favorisce l'eliminazione delle società in esercizio e, contestualmente, vieta la costituzione di nuove società. *Ergo* nei casi dubbi, deve prevalere ogni interpretazione che produca un effetto utile della norma e non la depotenzi.

Inoltre, a prescindere dal dato testuale inequivoco circa la mobilità del termine a ritroso, l'indeterminatezza dell'arco temporale riferito ai "precedenti esercizi" è mitigata dal secondo precipitato normativo che richiama la nozione di **riduzione di capitale per perdite** con o senza obbligo di ripianamento delle medesime.

Infatti, preme osservare che la **mera generazione di perdite** d'esercizio non conduce automaticamente alla carenza delle condizioni legali previste per il mantenimento della partecipazione societaria, ma solo **la maturazione di perdite che sono state causa di riduzione di capitale e di perdite che hanno gravato il comune dell'obbligo di ripianamento delle medesime**.

Ci s'interroga, dunque, a quali ipotesi specifiche il legislatore abbia inteso riferirsi nelle prospettate condizioni descritte alle lettere b) e c) dell'art. 14 comma 32.

Sotto un profilo meramente aziendalistico, ogni perdita genera una riduzione del capitale (*rectius* del patrimonio netto) della società. Occorre dunque compiere una

ricognizione dei casi di riduzione del capitale per perdite, alla stregua della disciplina stabilita dal codice civile.

Sono escluse dalla sfera di applicazione della norma, le ipotesi di **riduzione volontaria** di capitale, sia essa operata mediante rimborso ai soci delle quote pagate, mediante liberazione di essi dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti o mediante l'attribuzione di beni in natura (artt. 2445 e 2482 c.c.).

La riduzione del capitale per perdite è **facoltativa** se le medesime non eccedono la terza parte del capitale sociale. Più propriamente, trattasi di riduzione per perdite inferiori al terzo del patrimonio netto, di norma certificata nel bilancio d'esercizio e riportata a nuovo nell'esercizio successivo, che non necessita d'idei provvedimenti da adottare secondo il meccanismo **formale** della delibera assembleare per atto pubblico notarile nei casi previsti dagli artt. 2446, 2447, 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c. (rispettivamente per s.p.a. ed s.r.l.).

La **riduzione facoltativa è esclusa** dall'ambito di applicazione dell'art. 14 comma 32, in tal modo salvaguardandosi, entro ragionevoli limiti, le società costituite in tempi meno recenti e le società in fase iniziale di attività (*start-up*).

Se invece risulta che il capitale è diminuito oltre un terzo, ma non al di sotto del minimo legale, l'assemblea dei soci, adottando gli opportuni provvedimenti, può rinviare al nuovo anno le determinazioni sul capitale (c.d. **anno di grazia**). Qualora entro l'esercizio successivo, la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea, in sede di approvazione del bilancio, deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite medesime.

E' a tale ipotesi di riduzione del capitale per perdite (art. 2446 e 2482 *bis* c.c.) che il legislatore ha inteso riferirsi nell'ipotesi **sub b)**.

Qualora invece le perdite abbiano del tutto azzerato il capitale sociale (*rectius* il patrimonio netto), ovvero siano superiori ad un terzo del capitale con riduzione del medesimo al di sotto del minimo legale (artt. 2447 e 2482 *ter* c.c, sugli amministratori grava l'obbligo, fatta salva la possibilità di deliberare la trasformazione, di convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale e il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo).

E' a tale ipotesi (riduzione con obbligo di ripiano almeno al minimo legale) che il legislatore ha inteso riferirsi nell'ipotesi **sub c)**, nella quale il criterio temporale è ridonato dalla lettera precedente ed il meccanismo di ripiano delle perdite fa riferimento ad una verifica di carattere sostanziale, nel senso che, unitamente all'attivazione dei formali meccanismi di operazioni straordinarie sul capitale sociale per perdite, ciò che rileva è **l'obbligo giuridico di soccorso finanziario** a carico del comune al fine di ripianare le perdite d'esercizio, (perdite che hanno totalmente azzerato o reso negativo il patrimonio netto, perdite che hanno ridotto il capitale sociale al di sotto del minimo legale).

Il richiamo codicistico, non esaurisce la casistica insita nella predetta ipotesi normativa, posto che l'obbligo di procedere al ripiano delle perdite può derivare al comune in relazione al contratto di servizio in vigore con la propria società partecipata o a seguito di previsione statutaria. Anche in tali casi, si applicherà l'art. 14 comma 32 lett. c).

Occorre precisare ulteriormente che con riferimento al complesso delle condizioni dettate dalle lettere a), b) e c) dell'art. 14 comma 32, il legislatore ha inteso ricomprendere quale condizione negativa per scongiurare la dismissione della società, ogni **manovra finanziaria di ricostituzione occulta di perdite gestionali**, tradottasi in un finanziamento gravante sul socio pubblico erogato a titolo di soccorso alla società che versa in disequilibrio gestionale, senza attivare il metodo assembleare previsto dalla legge (artt. 2446, 2447 per le s.p.a.; 2482 *bis* e 2482 *ter* per le s.r.l.).

La prassi invero registra numerosi casi in cui l'amministrazione comunale, pur al cospetto di perdite che obbligherebbero l'adozione degli opportuni provvedimenti di cui agli artt. 2446, 2447, 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c., provvede a soccorrere la società in modo alternativo: o mediante l'erogazione di prestiti a breve, o attraverso la rinuncia a crediti maturati nei confronti della propria società partecipata. In tali evenienze, l'elusione dei meccanismi assembleari di ripianamento delle perdite e di ricostituzione del patrimonio netto nei limiti legali dissimulano la copertura di perdite d'esercizio già accumulate, vulnerando la sana gestione finanziaria della società partecipata.

Come si può notare, il legislatore ha presidiato il **principio del mantenimento delle partecipazioni societarie in equilibrio finanziario**, con stringenti limiti legali e con condizioni cumulative, riferite a diverse annualità, a carattere fisso per i bilanci in utile (2010, 2011 e 2012), con termini mobili per l'assenza di perdite ("i precedenti esercizi"), la cui praticabilità è rimessa ad attente valutazioni in fatto a cura dell'amministrazione comunale interessata, essendo sufficiente la carenza di uno solo dei requisiti per far venir meno il regime delle esclusioni e far rivivere l'obbligo di dismissione.

Assai più agevole si presenta, in fatto e in diritto, il **principio della partecipazione associata, paritaria o proporzionale**, quale criterio derogatorio all'obbligo di dismissione per i comuni demograficamente minori.

L'art. 14 comma 32 recita: *"La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti"*.

Il legislatore ha inteso favorire un processo di razionalizzazione delle partecipazioni locali, mediante un processo di accorpamento, di fusione o di costituzione di nuove società con partecipazione paritaria o proporzionale al numero

degli abitanti, in cui la compagine sociale è composta da più Comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti.

Adottando tale criterio, sono irrilevanti sotto il profilo della legalità finanziaria, le condizioni gestionali della società pluripartecipata, sia essa in equilibrio finanziario, ovvero in perdita. Pur potendo costituire o mantenere la società a partecipazione plurima o proporzionale, non è irrilevante l'economicità dell'andamento societario sul versante della sana gestione finanziaria dell'ente locale.

Al riguardo, il tenore testuale della disposizione (***società costituite da più Comuni***), nonché l'interpretazione finalistica della legge, suggeriscono che possa ammettersi la costituzione proporzionale o paritaria di una società pubblica locale costituita anche solo da **due Comuni**, purché la sommatoria superi la soglia dimensionale dei 30.000 abitanti.

Alla stessa stregua, non può essere computata nel calcolo della partecipazione paritaria o proporzionale l'amministrazione provinciale, non richiamata dalla norma, in quanto ente territoriale che si sovrappone al livello di governo comunale e pertanto non idoneo ad incidere sulla soglia demografica.

In sede consultiva la Sezione ha anche più volte esaminato l'estensione dell'art. 14 comma 32 del D.L. 31 maggio 2010, n.78 ed il rapporto con il precedente art. 3 comma 27 della legge 24 dicembre 2007, n.244, evidenziando le potenziali letture contrastanti (per le motivazioni si rinvia a SRC Lombardia deliberazioni nn. 861/2010/PAR e 912/2010/PAR), e concludendo nel senso che sia la lettera che la *ratio* della disposizione più recente inducono a ritenere che quest'ultima non ha inteso abrogare la precedente normativa, di carattere generale, contenuta nell'art. 3 comma 27 ma, al contrario, ha inteso mantenere entrambe le discipline prevedendo che, da una lettura coordinata, risulti la regola di comportamento che deve essere seguita dai Comuni demograficamente minori.

Le due prescrizioni operano infatti su piani diversi: l'art. 3 comma 27 si riferisce alla finalità ed agli scopi che l'ente può raggiungere con la partecipazione societaria, l'art. 14 comma 32 limita la capacità degli enti sul piano numerico ed operativo, prevedendo che, in ogni caso, nessun comune possa detenere un numero di partecipazioni superiore a quello previsto dalla legge.

Si tratta, in sostanza, di una valutazione con la quale il legislatore ha ritenuto rilevanti non solo gli scopi perseguiti (già oggetto d'attenzione da parte dell'art. 3 comma 27 della Legge finanziaria 24 dicembre 2007, n.244), ma anche le modalità di svolgimento dell'attività, ritenendo che il rapporto fra ente costituente e organismo societario, per essere efficiente, debba avvenire in un ambito territoriale più esteso, quale è quello degli enti di maggiori dimensioni e popolazione.

Questi ultimi, proprio in considerazione della precisata circostanza possono più agevolmente dar vita a società dotate di una capacità operativa più significativa,

valorizzando le economie di scala ed evitando il fenomeno della costituzione di società che non dispongono di risorse sufficienti per operare in modo soddisfacente ed autonomo.

A suffragio di quanto esposto depone anche la possibilità, per gli enti di minori dimensioni, di associarsi per dar vita ad aggregazioni societarie maggiormente funzionali (sempreché la popolazione interessata complessiva sia superiore ai 30.000 abitanti).

In sintesi, l'inciso "*fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244*" comporta che, nell'osservanza dei limiti numerici alle partecipazioni che ciascun ente può detenere in base alla previsione dell'art. 14 comma 32, le stesse dovranno, altresì, essere conformi ai canoni di stretta inerenza al perseguimento delle finalità istituzionali.

Pertanto, per ciò che rileva in questa sede in cui il quesito è posto relativamente a comune con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, appare evidente la volontà del legislatore di ridurre le partecipazioni societarie possedute dagli enti compresi in tale categoria demografica, vietando la costituzione di nuove società e permettendo il mantenimento delle società in essere, solo se ricorrono le condizioni di legge testé analizzate. La carenza delle condizioni legali di mantenimento conduce alla liquidazione o alla dismissione, entro il 30 settembre 2013, della società già costituita ed in perdita negli esercizi 2010 e 2011, a meno che l'amministrazione comunale non si determini ad utilizzare il criterio della partecipazione proporzionale, o paritaria, al fine di superare la soglia dimensionale di 30.000 abitanti.

2. Divieto di coesistenza nel medesimo organismo societario di servizi pubblici locali e di servizi strumentali (quesito 1).

Prima di analizzare i quesiti inerenti le operazioni di fusione per incorporazione, verificandone l'impatto in funzione antielusiva di quanto disposto dall'art. 14 comma 32 del D.L. 31 maggio 2010, n.78, la Sezione ritiene opportuno rimarcare il previgente divieto di coesistenza nell'oggetto sociale della medesima società pubblica di servizi pubblici locali e di servizi strumentali.

Quantunque il citato art. 14 comma 32 non distingua le attività che costituiscono l'oggetto sociale della partecipazione pubblica, si rammenta che per le c.d. "società strumentali" l'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n.223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n.248, ha testualmente vietato l'esplicazione di attività a favore di enti diversi da quelli costituenti o partecipanti e la commistione con attività societarie deputate alla gestione di servizi pubblici locali.

In termini più espliciti, il dettato dell'art. 13 comma 2 del D.L. n. 223/2006, convertito nella legge n. 248/2006, ha imposto alle società che producono beni o

servizi strumentali all'attività degli enti locali (o costituite, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza) di avere "oggetto sociale esclusivo" (oltre a dover operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti e non poter svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né previa gara).

Come già esposto nei precedenti pareri della Sezione (Cfr. SRC Lombardia deliberazioni nn. 517/2011/PAR e 653/2011/PAR), le disposizioni legislative in materia hanno statuito specifiche incompatibilità fra la gestione di attività strumentali, che vedono quale destinatario ed interlocutore l'ente locale, e le attività a rilevanza economica, che presentano un'incidenza sul mercato, sia pure locale.

Al riguardo, è acquisito che il requisito della strumentalità sussiste "*allorquando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche*" in relazione al perseguimento dei loro fini istituzionali (si rinvia, per tutte, a Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282 e Cons. Stato, sez. V, 12.6.2009, n. 3766).

Pertanto, vista la loro natura e considerata la deroga alle ordinarie procedure di affidamento, le società strumentali non possono svolgere, data la loro posizione privilegiata, ulteriori attività a favore di altri soggetti pubblici o privati poiché, in caso contrario, si verificherebbe un'alterazione o comunque una distorsione della concorrenza all'interno del mercato locale di riferimento. Per i medesimi motivi il secondo comma dell'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 impone che gli enti locali prevedano per le società strumentali un oggetto sociale esclusivo.

Anche a seguito dell'intervento della Corte costituzionale risulta chiaro che l'ambito di operatività delle società strumentali è limitato e circoscritto allo svolgimento di attività in favore dell'ente locale che le ha costituite (Corte cost. 1° agosto 2008, n. 326) e che, in base alla previsione legislativa, agli enti locali è precluso lo svolgimento di attività strumentali per il tramite di società che non siano ad oggetto esclusivo. In sostanza non è possibile che la stessa società che opera in house svolga, per conto di uno o più enti, sia attività strumentali che di gestione di servizi pubblici locali.

La disamina sull'esclusività dell'oggetto sociale per le società strumentali, rileva nel caso di specie avuto riguardo ai dati fattuali declinati dall'amministrazione interpellata, atteso che la SORESINA RETI IMPIANTI s.r.l. ricomprende, nella medesima gestione societaria, accanto ai servizi pubblici locali (acquisto, distribuzione e vendita di energia elettrica) taluni servizi strumentali (urbanizzazione e riqualificazione urbana, illuminazione pubblica, lampade votive, impianti semaforici, arredo urbano e aree verdi), in palese violazione del dettato normativo.

E' pertanto necessario che l'amministrazione comunale, prima ancora di valutare la sorte della partecipazione in ragione delle perdite gestionali pregresse, proprio alla luce della coesistenza di servizi strumentali nella SRI s.r.l., si determini nel reinternalizzare i predetti servizi o nell'affidarli mediante gara in ossequio ai principi comunitari di concorrenza e non discriminazione.

3. Fusione societarie e obblighi di dismissione o di liquidazione delle partecipazioni pubbliche (quesiti 3 e 4).

Occorre analizzare la natura delle operazioni di fusione societaria al fine di verificarne il possibile conflitto con la disciplina dell'art. 14 comma 32 del D.L. 31 maggio 2010, n.78.

A tale fine è necessario ripercorrere i quesiti che pone a tale proposito l'amministrazione comunale, la quale s'interroga se:

- a) l'operazione di fusione per incorporazione di SRI s.r.l. (bilanci in perdita) in ASPM (bilanci in utile), effettuata entro il 30 settembre 2013, possa essere considerata operazione assimilabile alla cessione o alla messa in liquidazione della società che alla luce dell'art. 14 comma 32 del D.L. 31 maggio 2010, n.78 non può essere mantenuta in attività per la dimensione demografica del comune socio e per la carenza dei parametri idonei al mantenimento;
- b) l'operazione inversa di fusione per incorporazione di ASPM s.r.l. in SRI s.r.l. effettuata entro il 30 Settembre 2013, eviti alla società SRI (post fusione avendo incorporato ASPM) i vincoli previsti dall'art. 14 comma 32 del D.L. 31 maggio 2010, n.78 per il triennio 2010-2012;
- c) le operazioni di fusione, tendenti a costituire un'unica società, possano modificare il regime giuridico e la proprietà delle reti nei servizi pubblici locali attualmente gestiti da ciascuna società comunale.

Sul piano descrittivo la fusione è l'unificazione di due o più società in un unico organismo comportante la confusione dei patrimoni e della compagine societaria già appartenenti alle società fuse.

Sotto il profilo giuridico, nella fusione in senso stretto, si produce la costituzione di una nuova società con estinzione delle società preesistenti, nella fusione per incorporazione, una società assorbe una o più società preesistenti. Carattere essenziale della fusione è l'assegnazione di quote o di azioni della società risultante dall'operazione ai soci delle società fuse o incorporate.

La *ratio* della fusione è consentire la concentrazione d'impresa, evitando il passaggio della liquidazione delle società originarie con conseguente costituzione di una nuova società fra i medesimi soci, garantendo la continuità dell'attività imprenditoriale. Con la riforma del diritto societario, il legislatore ha inteso unificare i

passaggi societari, diminuendo gli impatti fiscali, temporali ed economici delle operazioni di unificazione, al fine di garantire la continuità nell'esercizio dell'attività d'impresa.

Secondo la giurisprudenza della Cassazione a Sezioni Unite *post* riforma (Cass. SS.UU. ordinanza 8 febbraio 2006, n.2637), *"la fusione tra società non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo"*.

Si ritiene pertanto superata la tesi che intravede nella fusione un'ipotesi di successione universale *inter vivos*, analoga al fenomeno successorio fra le persone fisiche (cfr. Cass. *ante* riforma sent. 11 aprile 2003, n.5716).

Dopo l'entrata in vigore della riforma del diritto societario, attuata con D. Lgs. 17 gennaio 2003, n.6, la fusione è configurabile alla stregua di una mera modifica dell'atto costitutivo, in ossequio al principio di continuità giuridica ed imprenditoriale della società interessata al procedimento di unificazione.

In particolare, nella fusione per incorporazione, la società risultante alla fine delle operazioni è la medesima società che sopravvive in un nuovo assetto organizzativo, conservando intatti, senza soluzione di continuità, tutti i rapporti giuridici attivi e passivi riferibili alla società incorporata.

La diversità concettuale e di disciplina giuridica fra la fusione per incorporazione e la messa in liquidazione o la cessione della partecipazione societaria non rende praticabile l'ipotesi prospettata dall'amministrazione richiedente circa la possibilità di procedere ad operazioni di concentrazione societaria, eludendo il precetto di ordine pubblico economico insito nel disposto dell'art. 14 comma 32 del D.L. 31 maggio 2010, n.78. Fondere per incorporazione due società, significa decidere di proseguire nella medesima attività, dapprima compiuta in modo disgiunto.

La riorganizzazione societaria delle partecipazioni pubbliche locali presuppone necessariamente l'idoneità della società partecipata ad essere mantenuta in mano pubblica, sicché non appare conforme allo scopo della normativa sulle dismissioni applicabile agli enti demograficamente minori, procedere ad operazioni di concentrazione societaria facendo perno su partecipazioni che debbono essere dismesse mediante liquidazione o alienazione. E ciò non solo nel caso di fusione per incorporazione della società in perdita (SRI s.r.l.) nella società in utile (ASPM s.r.l.), ma anche nell'ipotesi inversa, poiché, in entrambe le evenienze, le diseconomie strutturali e le criticità della società da dismettere, si estenderebbero alla società in utile, in palese contrasto con i principi di sana gestione di buon andamento della pubblica amministrazione.

Alla luce delle osservazioni che precedono, la Sezione ritiene non percorribili le soluzioni prospettate dall'amministrazione comunale di cui ai superiori sottopunti a) e b), alla luce del principio di ordine pubblico economico e di coordinamento della finanza pubblica ricavabile in via interpretativa dal precetto dell'art. 14 comma 32 del citato decreto legge, a tenore del quale la partecipazione soggetta ad obbligo di dismissione non può essere utilizzata *tout court* per operazioni di concentrazione societaria.

Cionondimeno, l'amministrazione comunale può procedere senza indugio ad operazioni di riassetto societario, potendo prevedere per la società soggetta all'obbligo di dismissione una fase liquidatoria, cui fa seguito la retrocessione all'ente locale dei beni pubblici già appartenenti al comune, nonché il possibile trasferimento d'azienda dei beni e degli *assets* cedibili alla società da mantenere, in conformità alle norme finanziarie sopra indicate.

Per quel che concerne il sotto quesito sub c), la risposta è *in re ipsa* e discende dalla prospettata natura giuridica della fusione per incorporazione, la quale, trattandosi di mera vicenda evolutivo-modificativa dell'assetto giuridico di un organismo societario non incide, di per sé, sul regime giuridico e sulla proprietà pubblica delle reti nei servizi pubblici locali e nei servizi strumentali.

4. Regime giuridico dei beni pubblici conferiti alle società patrimoniali gerenti servizi pubblici locali (quesiti 2 e 5).

Gli organismi societari menzionati dall'amministrazione comunale sono da considerarsi, nell'un caso, società patrimoniale proprietaria del patrimonio pubblico (Soresina Reti ed Impianti s.r.l.), nell'altro, società di gestione erogatrice di servizi pubblici locali (ASPM s.r.l.).

Dopo aver analizzato il quadro normativo afferente i limiti inderogabili posti dal legislatore agli enti locali minori che detengono partecipazioni societarie, incluse le c.d. società patrimoniali, occorre, pertanto, analizzare le questioni giuridiche richiamate con i quesiti concernenti il regime dei beni pubblici conferiti alle società SRI s.r.l. e gestiti in parte da ASPM s.r.l., con specifico riferimento alla presenza di cespiti funzionali all'erogazione dei servizi pubblici locali e agli incrementi di tali beni dovuti all'esecuzione di lavori di ordinaria e straordinaria manutenzione del patrimonio pubblico, consolidatisi nelle immobilizzazioni materiali iscritte nei bilanci delle partecipazioni societarie.

L'analisi degli elementi di maggiore criticità sulla tematica di che trattasi è stata affrontata *funditus* dalla Sezione con la recentissima deliberazione SRC Lombardia n.61/2013/PRSE, depositata in data 19 febbraio 2013 (camere di consiglio del 20 giugno e del 20 novembre 2012).

Il collegio ritiene di coordinare le argomentazioni del presente parere con le determinazioni cui è pervenuto con la suddetta delibera, non ravvisando motivi per discostarsene.

Si riporta *per tabulas* il percorso logico-argomentativo della citata deliberazione, con l'avvertenza che la categoria cui ci si riferisce è la società patrimoniale *in house*, interamente detenute dall'ente locale che esercita sulla medesima il c.d. controllo analogo.

4.1 Nozione di società patrimoniale.

Aderendo ad una nozione in senso ampio delle società "patrimoniali", esse si configurano quali detentrici, a titolo di proprietà mediante conferimento in natura, delle reti e/o di altri beni in natura funzionali all'erogazione di servizi pubblici locali o strumentali alla stessa amministrazione.

Nella società patrimoniale, lo schema societario non solo è finanziariamente partecipato dall'ente locale, ma è dotato da quest'ultimo del patrimonio immobiliare, donde il termine "patrimoniale" caratterizzante il modello organizzativo di società prescelto.

Nella prassi, infatti, può verificarsi che alla società patrimoniale non sia demandata solo l'attività di gestione dei servizi pubblici, ma anche la gestione del patrimonio comunale con la relativa attività strumentale di manutenzione.

Si definisce, inoltre, società "operativa" quella cui è demandata anche la possibilità di effettuare interventi sul patrimonio medesimo. Le opere d'intervento manutentivo sul patrimonio trasferito alla società o rimasto in capo al Comune e dato in gestione alla società, alla stregua dello statuto societario, vengono realizzate direttamente dalla società a capitale interamente pubblico o vengono affidate esternamente nel rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, mantenendo in capo alle società medesime l'attività di monitoraggio sull'andamento dei lavori.

Ne consegue che la locuzione società patrimoniale non è idonea a qualificare la natura della partecipazione locale e in definitiva la disciplina ad essa applicabile. *"Infatti, l'interprete –per individuare la disciplina giuridica applicabile al caso concreto– deve anche accertare se la dotazione patrimoniale è funzionale all'erogazione dei servizi pubblici locali o se piuttosto è funzionale alla manutenzione del patrimonio comunale o se, addirittura, in capo alla società patrimoniale c'è una commistione tra l'attività di interesse generale e quella di tipo strumentale.*

In altri termini, il conferimento del patrimonio pubblico ad una società interamente partecipata dall'ente locale impone, sul piano della disciplina applicabile, un distinguo a seconda che i cespiti conferiti siano funzionali o meno all'erogazione di servizi pubblici locali" (Cfr. segue, SRC Lombardia deliberazione n.61/2013/PRSE).

4.2 Società patrimoniali dotate di cespiti funzionali all'erogazione di servizi pubblici locali.

Di seguito si riporta l'orientamento della Sezione (SRC Lombardia, deliberaz. cit.): *“tra i principali interventi normativi sulle società patrimoniali -costituite dagli enti locali per attribuire a soggetti strumentali beni funzionali all'erogazione di servizi pubblici locali- si segnala l'art. 35 della Legge 28 dicembre 2001, n.448 che ha modificato l'art. 113 del Testo Unico degli Enti Locali. In particolare, si richiamano i commi 2 e 13 dell'articolo citato che, dopo le modifiche introdotte comma 1 dell'art. 14, D.L. 30 settembre 2003, n. 269, recitano così: «comma 2. Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13. Comma 13. Gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile. Tali società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali. Alla società suddetta gli enti locali possono anche assegnare, ai sensi della lettera a) del comma 4, la gestione delle reti, nonché il compito di espletare le gare di cui al comma 5».*

*Nel 2008, tuttavia, il quadro normativo legittimante la costituzione delle società patrimoniali è totalmente mutato. In particolare, il comma 5 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, con riguardo in genere ai SPL di rilevanza economica, ha stabilito – in parziale contrasto con detto comma 13 dell'art. 113 del TUEL – che, «Ferma **restando la proprietà pubblica delle reti**, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati».*

Il coordinamento tra le due disposizioni di legge richiamate (cioè, il comma 5 dell'art. 23-bis D.L. n. 112/2008 ed il comma 13 dell'art. 113 TUEL) è stato ricostruito in via interpretativa dalla Corte Costituzionale che, nella sentenza n. 320 del 25 novembre 2011, ha affermato a chiare lettere che il comma 13 dell'art. 113 del TUEL deve ritenersi “tacitamente abrogato”, per incompatibilità, dal comma 5 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, <<il quale stabilisce il principio secondo cui le reti sono di «proprietà pubblica»; principio evidentemente in contrasto con il richiamato comma 13, che consentiva, invece, il conferimento delle reti in proprietà a società di diritto privato a capitale interamente pubblico>>. La Corte Costituzionale, dunque, ritiene che è <<evidente l'incompatibilità del regime demaniale stabilito dal comma 5 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 (...) con il conferimento in proprietà previsto dal comma 13 dell'art. 113 del TUEL>> (Corte Cost., sent. n. 320 del 25 novembre 2011).

In seguito al referendum tenutosi nel mese di giugno 2011, l'articolo 23 bis, comma 5, D.L. cit., è stato abrogato; tuttavia, l'articolo 4 D.L. 138/2011 -a distanza di

meno di un mese- ha riprodotto letteralmente la disposizione contenuta nel comma di legge abrogato dal referendum popolare. Da ultimo, però, la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 D.L. 138/2011, conv. nella legge n. 148/2011, relativo ai servizi pubblici locali in quanto viola l'art. 75 della Costituzione.

L'exkursus sin qui ripercorso a grandi linee, dunque, implica che nell'attuale contesto normativo l'interprete, per affrontare la questione se l'ente locale possa o non possa trasferire alle società cespiti immobiliari funzionali all'erogazione di un servizio pubblico -sia in sede di costituzione della società (sotto forma di conferimento) sia nel corso della vita della società (sotto forma di conferimento per aumento di capitale o, più in generale, attraverso un negozio traslativo)- deve rispondere al quesito se il trasferimento del patrimonio demaniale o indisponibile dall'ente locale alla società patrimoniale muti o meno il carattere dell'indisponibilità del patrimonio ed il vincolo di destinazione che lo caratterizza.

Secondo un orientamento, il trasferimento di beni demaniali a società patrimoniale interamente pubblica non modifica il regime giuridico previsto dagli articoli 823 e 829, primo comma, del codice civile.

Tale orientamento, tuttavia, deve ritenersi superato dall'inconfutabile ragionamento della Corte Costituzionale (sent. 25 novembre 2011, n.320) laddove afferma che l'incapibilità del capitale della società a totale partecipazione pubblica (a cui ai sensi del comma 13 dell'art. 113 del TUEL sono stati trasferiti beni demaniali) non garantisce il mantenimento del regime giuridico proprio dei beni conferiti in proprietà alla società patrimoniale. Infatti, <<è noto che il patrimonio sociale costituisce una nozione diversa da quella di capitale sociale: il primo è rappresentato dal complesso dei rapporti giuridici, attivi e passivi, che fanno capo alla società; il secondo è l'espressione numerica del valore in denaro di quella frazione ideale del patrimonio sociale netto (dedotte, cioè, le passività) che è fissata dall'atto costitutivo e non è distribuibile tra i soci. Ne deriva che l'incapibilità delle quote od azioni del capitale sociale – sia essa frutto di una pattuizione fra i soci (art. 2341-bis cod. civ.) o, come nel caso di specie, di una previsione legislativa – non comporta anche l'incapibilità dei beni che costituiscono il patrimonio della società; beni, perciò, che possono liberamente circolare e che integrano la garanzia generica dei creditori (art. 2740 cod. civ.), limitabile solo nei casi stabiliti dalla legge dello Stato nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di ordinamento civile. La sola partecipazione pubblica, ancorché totalitaria, in società di capitali non vale, dunque, a mutare la disciplina della circolazione giuridica dei beni che formano il patrimonio sociale e la loro qualificazione>>.

D'altra parte, a sostegno dell'incapibilità dei beni conferiti in proprietà nella società patrimoniale non assume rilievo neppure il disposto dell'art. 7 del decreto-

legge 15 aprile 2002, n. 63, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 giugno 2002, n. 112, <<secondo cui il conferimento in proprietà di beni demaniali dello Stato alla «Patrimonio dello Stato S.p.A.», anch'essa società a capitale interamente pubblico, non comporta la modificazione del regime giuridico di tali beni, quale stabilito dagli articoli 823 e 829, primo comma, cod. civ. Tale normativa statale, infatti, non riguarda i beni demaniali degli enti pubblici territoriali considerati dalla disposizione impugnata, perché ha introdotto una speciale disciplina del regime proprietario dei soli beni demaniali dello Stato, insuscettibile di applicazione estensiva o analogica>>.

Sulla scorta di detta premessa, questa Sezione ritiene che la capacità giuridica dell'ente locale di conferire (nella propria società patrimoniale interamente partecipata) beni necessariamente funzionali all'erogazione di un servizio pubblico incontra due limiti tra loro strettamente interdipendenti.

Un limite di carattere generale per cui i beni demaniali e quelli facenti parte del patrimonio indisponibile non sono trasferibili alla società patrimoniale (né in sede di costituzione con un vero proprio conferimento né successivamente con un atto traslativo in generale) senza un procedimento di sdemanializzazione o senza l'inserimento del bene indisponibile nel piano delle alienazioni, perché se così non fosse verrebbe pregiudicato il regime giuridico della demanialità o della indisponibilità dei beni medesimi (in particolare, l'inalienabilità e l'inespropriabilità).

Un limite di carattere speciale per cui, per alcune tipologie di beni facenti parte del demanio pubblico, è preclusa all'ente locale la possibilità di procedere ad una sdemanializzazione (e, quindi, a fortiori è preclusa la possibilità di trasferirli ad una società patrimoniale). In particolare, ci si riferisce alle "reti" le quali, per loro natura, sono beni unici ed imprescindibili per l'erogazione di un servizio pubblico essenziale. Conseguentemente, le reti devono essere necessariamente nel patrimonio dell'ente locale che ha l'obbligo di rendere il servizio, salva la possibilità di concederne l'uso al soggetto gestore del servizio stesso. In altri termini, rispetto a detti beni è preclusa all'ente la scelta discrezionale di conferirli o trasferirli ad una propria società anche se la partecipazione societaria ha le caratteristiche dell'in house providing.

In proposito, si richiama l'insegnamento della Corte Costituzionale secondo il quale <<la proprietà pubblica delle reti implica, indubbiamente, l'assoggettamento di queste – e, dunque, anche delle reti idriche – al regime giuridico del demanio accidentale pubblico, con conseguente divieto di cessione e di mutamento della destinazione pubblica. In particolare le reti, intese in senso ampio, vanno ricomprese, in quanto appartenenti ad enti pubblici territoriali, tra i beni demaniali, ai sensi del combinato disposto del secondo comma dell'art. 822 e del primo comma dell'art. 824 cod. civ.>> (Corte Cost., sent. n. 320 del 25 novembre 2011). Con riferimento allo specifico caso delle reti idriche, inoltre, <<l'inalienabilità della struttura a società di diritto privato a capitale interamente pubblico trova ulteriore conferma nel comma 1

dell'art. 143 del d.lgs. n. 152 del 2006, dove si ribadisce «la natura demaniale delle infrastrutture idriche, dettando una specifica normativa di settore. Esso dispone, infatti, che: “Gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o di misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del codice civile e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge”>> (Corte Cost., sent. n. 320 del 25 novembre 2011).

Chiarita la netta posizione della Corte Costituzionale, in ordine all'incredibilità delle reti funzionali all'erogazioni di servizi pubblici, questa Sezione -a prescindere dal fatto che con la successiva sentenza n. 199/2012 la Corte medesima abbia abrogato l'art. 4 D.L. n. 138/2011 che riproduceva la norma del 2008- ritiene che non si possa non condividere il principio di carattere generale per cui la cessione di beni demaniali alla società patrimoniale senza la volontà di sdemanializzare i beni medesimi, non garantisce il regime dell'inalienabilità e dell'inespropriabilità.

Ne consegue che in presenza di società patrimoniali dotate di beni demaniali o di beni del patrimonio indisponibile dell'ente locale, si pone il problema di come debba attivarsi l'ente locale per rimediare a questa “sdemanializzazione” di fatto di beni che per legge non sono alienabili (come, ad esempio, le reti per SPL).

La Sezione di controllo per la regione Emilia Romagna, in sede consultiva, (parere n. 9 del 13 febbraio 2012) ha ritenuto <<che gli enti locali a densità demografica ridotta e/o media, non solo non potranno costituire nuove società patrimoniali in ragione del divieto disposto dall'articolo 14, comma 32, D.L. cit, e della previsione contenuta nell'articolo 4, comma 28, D.L. 138/2011, ma dovranno anche dismettere le società patrimoniali ancora oggi operanti, non essendo più consentito che la proprietà delle reti, impianti ed altre dotazioni destinate all'esercizio di servizi pubblici locali a rilevanza economica sia detenuta da società. Nei limiti previsti dall'articolo 14, comma 32, D.L. 78/2010 la predetta tipologia di enti locali potrà, al più, costituire società e/o detenere partecipazioni in società cui è affidata la gestione delle reti>>.

Questa Sezione, in realtà, ritiene che l'obbligo di dismissione della partecipazione societaria è imposto agli enti locali solo dai concorrenti limiti previsti dall'art. 3, comma 27, l. n. 244/07 e dall'art. 14, comma 32, D.L. n. 78/10. D'altra parte la dismissione di una società patrimoniale potrebbe significare anche la cessione delle quote; dunque, sarebbe più opportuno esprimersi in termini di messa in liquidazione della società (con la conseguente restituzione dei beni conferiti al termine della fase liquidatoria) per garantire il rispetto del regime di demanialità delle reti funzionali alla resa dei servizi pubblici.

Tuttavia, anche in assenza di uno specifico obbligo di dismissione della partecipazione societaria, l'ente locale deve adeguarsi ai principi elaborati dalla Corte Costituzionale sul regime giuridico delle reti funzionali alla resa dei servizi pubblici.

*In altri termini, l'ente locale, avvalendosi sia dei poteri autoritativi sia dei poteri tipici del socio unico, deve assicurare che le reti funzionali all'erogazione dei servizi pubblici mantengano il carattere della **demanialità** e, quindi, anche il regime dell'inalienabilità e dell'**inespropriabilità**".*

4.3 Società patrimoniali affidatarie di servizi strumentali all'ente medesimo.

Non trova applicazione la normativa sui servizi pubblici locali quando alla società patrimoniale è affidata un'attività non qualificabile in termini di servizio pubblico locale di rilevanza economica; infatti, sono riconducibili alla categoria dei servizi strumentali "rispetto ai bisogni dell'amministrazione locale" quei servizi non diretti a soddisfare in via immediata esigenze della collettività (cfr. segue SRC Lombardia, deliberaz. cit.).

"In altri termini, quando la società patrimoniale svolge solo un'attività di supporto alle funzioni dell'ente locale ricorre la fattispecie delle società c.d. strumentali (Lombardia, parere n. 78 del 14 febbraio 2011); conseguentemente trovano applicazione i primi due commi dell'art. 4 del D.L. n. 95/12.

Nel caso delle società patrimoniali esclusivamente strumentali, tuttavia, anche se non viene direttamente in rilievo la questione dell'inceditività delle reti, si deve tenere sempre conto che il socio che dota del patrimonio immobiliare la propria società è un soggetto di diritto pubblico e, in quanto tale, deve agire nel rispetto del principio di legalità e con il fine di tutelare l'interesse pubblico. In quest'ottica, quindi, il conferimento di beni in una società di diritto privato interamente detenuta dall'ente locale conferente è legittimo se ricorre un duplice presupposto:

a) il conferimento deve rispettare i vincoli che conformano la proprietà pubblica, a seconda che i beni siano soggetti al regime giuridico della demanialità, della indisponibilità o della disponibilità;

b) il conferimento deve avere sempre uno stretto rapporto funzionale con l'oggetto sociale.

In altri termini, il conferimento di cespiti nella società patrimoniale (anche se non funzionali all'erogazione di SPL) deve rispondere al regime giuridico che, con più o meno intensità a seconda della natura del bene, conforma la proprietà pubblica, nonché deve rispondere ai più generali vincoli che informano l'agire pubblico dell'ente locale (in particolare, efficienza ed economicità).

*Con riferimento al primo limite, si ricorda che l'ente locale non può conferire alla società i **beni demaniali** di cui agli artt. 822 e 824 c.c. (strade, cimiteri ecc.) per i quali, ai sensi dell'art. 823 c.c., al di fuori dei casi specificatamente previsti dalla*

legge la proprietà non può essere ceduta a soggetti terzi (anche se questi sono interamente partecipati dallo stesso ente locale). In quanto inalienabili, i beni demaniali non sono usucapibili, né pignorabili, né possono formare oggetto di diritti a favore di terzi se non nei limiti previsti dalla legge. Il T.U. espropri (D.P.R. n. 327/01), all'art. 4, aggiunge che <<i>beni appartenenti al demanio pubblico non possono essere espropriati fino a quando non ne viene pronunciata la sdemanializzazione>>. In ordine alle modalità di acquisto e di perdita del carattere della demanialità, vengono in rilievo le categorie dei beni appartenenti al demanio necessario e quelli appartenenti al demanio accidentale (questione che non si ritiene opportuno approfondire in questa sede).

Per gli immobili del **patrimonio indisponibile** -ovvero, ai sensi dell'art. 826 terzo comma c.c., gli edifici destinati a sede di ufficio pubblico e gli altri beni destinati a un pubblico servizio (ad esempio, scuole, uffici, impianti sportivi, ecc.)- è possibile, invece, il loro conferimento in proprietà a soggetti terzi, purché questi rispettino il vincolo di destinazione all'uso pubblico (art. 828 c.c.). I beni facenti parte del patrimonio indisponibile, tra l'altro, sono inespropriabili.

Diversamente, i beni immobili, che non rientrano nella nozione di demanio pubblico o non fanno parte del patrimonio indisponibile, appartengono al c.d. **patrimonio disponibile** dell'ente locale. Ai sensi dell'art. 58 D.L. n. 112/2008 (conv. in l. n. 133/2008) ciascun ente locale con delibera di giunta <<individua redigendo apposito elenco (...) i singoli beni immobili ricadenti nel territorio di competenza, non strumentali all'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, suscettibili di valorizzazione ovvero di dismissione. Viene così redatto il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari allegato al bilancio di previsione. L'inserimento degli immobili nel piano ne determina la conseguente classificazione come patrimonio disponibile e ne dispone espressamente la destinazione urbanistica>>.

La magistratura contabile, in proposito, ha affermato che <<dal tenore letterale della norma si evince che la perdita dell'originaria connotazione di bene indisponibile non può avvenire "sic et simpliciter" mediante l'iscrizione del bene nel piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari: condizione imprescindibile per l'iscrizione del bene nei predetti elenchi è infatti la "non strumentalità all'esercizio delle funzioni istituzionali" che deriva dalla inidoneità o dalla "effettiva" sottrazione del bene stesso alla sua originaria destinazione pubblica.

A contrario, si può desumere che, qualora un bene sia ancora destinato ad essere utilizzato per un pubblico scopo, lo stesso non possa essere fatto rientrare nel novero dei beni disponibili, non essendo sufficiente la temporanea inidoneità del bene a quella funzione pubblica ovvero una temporanea utilizzazione ad altri fini perché il bene perda la qualificazione di "indisponibile" (cfr. Cass. Sezioni Unite, 21 aprile 1989, n. 1889)>>. Dunque, <<una diversa interpretazione sarebbe incompatibile con

la ratio della stessa norma che, riguardando principalmente le attività di dismissione e di valorizzazione dei beni disponibili, non potrebbe autorizzare l'assoggettamento di beni ancora indisponibili al regime tipico dei beni disponibili. Quest'ultimo - comportando la commerciabilità, l'usucapibilità, la pignorabilità e l'assoggettabilità ad esecuzione forzata e sequestro del bene e dei diritti reali attribuibili a soggetti terzi in regime di diritto privato - non sarebbe idoneo a preservare in modo adeguato l'utilizzazione di un bene per un pubblico scopo e sarebbe incompatibile con le esigenze di tutela dell'interesse pubblico, garantite invece dal particolare regime cui sono soggetti i beni del patrimonio indisponibile.

Invero, verrebbero sottoposti all'alea di rischio tipica dell'attività privatistica beni pubblici per i quali si impone, con particolare evidenza, il rispetto del principio di sana gestione finanziaria che implica la valutazione da parte dell'Ente locale non solo dei vantaggi derivanti nell'immediato, ma anche dei rischi che potrebbero sorgere in futuro in conseguenza della propria attività gestionale e finanziaria>> (Deliberazione FVG/76/2011/PA del 15 settembre 2011).

Con riferimento al secondo limite, invece, l'ente locale deve mettere in evidenza che la cessione del bene in favore della società ha una sua giustificazione in termini di redditività della gestione, sia che la gestione consista solo nello svolgimento dell'attività manutentiva del bene (c.d. gestione statica), sia si traduca nella realizzazione di una vera e propria rendita proveniente dalla gestione del bene (c.d. gestione dinamica). Se l'ente locale, dunque, non giustifica la cessione del bene in termini di economicità della gestione (statica o dinamica) dei beni in origine facenti parte del suo patrimonio, l'operazione potrebbe essere solo strumentale a "valorizzare" il bene ceduto alla società che contabilizza il proprio patrimonio secondo le regole della contabilità economica, eludendo il regime di contabilità finanziaria che non consente agli enti locali di iscrivere i beni facenti parte del patrimonio al fair value.

Si aggiunga che, in alcuni casi, il trasferimento di beni dall'ente locale in favore della propria società patrimoniale potrebbe non solo essere strumentale a "valorizzare" il patrimonio dell'ente locale sfruttando il regime di contabilità economica cui soggiace la propria società partecipata, ma addirittura potrebbe tradursi in una manovra finanziaria volta ad aggirare vincoli di finanza pubblica. Infatti, quando il bene non viene conferito in sede di costituzione della società, bensì viene ceduto dal Comune dietro il pagamento di un corrispettivo da parte della società medesima (la quale, tra l'altro, iscrive ipoteca sul bene in favore di istituti di credito che finanziano il pagamento del corrispettivo della cessione), si altera il saldo finanziario dell'ente locale "gonfiando" il titolo IV delle entrate relativo ai proventi da alienazione di beni".

4.4 Società patrimoniali affidatarie di servizi pubblici locali e di servizi strumentali all'espletamento delle funzioni dell'ente medesimo.

Nella fattispecie rappresentata dal comune di Soresina, ricorre la presenza di almeno una società patrimoniale (SRI s.r.l.), in cui il conferimento dei beni da parte dell'ente locale è funzionale sia all'erogazione di servizi pubblici, sia allo svolgimento delle funzioni facenti capo all'ente conferente.

Per quanto concerne le criticità connesse al trasferimento dei beni in capo alla predetta società valgono le considerazioni di cui si è detto nei punti che precedono, ovvero che la società che gestisce servizi di natura strumentale, ai sensi dell'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n.223 convertito dalla legge 4 agosto 2006, n.248, deve svolgere detta attività in via esclusiva (SRC Lombardia deliberazione n.517/2011/PAR).

4.5 Società patrimoniali operative che incrementano la consistenza del patrimonio immobiliare mediante lavori affidati dall'ente locale.

Accade sovente nella prassi che le società patrimoniali incrementino il patrimonio immobiliare realizzando lavori sul patrimonio originariamente conferito dall'ente.

Anche su tale tematica, si riportano le argomentazioni della citata deliberazione SRC Lombardia n.61/2013/PRSE: *"In tali evenienze ipotesi (ovvero quando la società patrimoniale realizza interventi per incrementare la consistenza degli assets trasferiti dall'ente locale), le maggiori criticità riguardano due profili: quello della scelta del contraente per l'affidamento dei lavori e quello della contabilizzazione degli oneri sostenuti dalla società per svolgere i lavori.*

Con riferimento alla prima questione l'Autorità della Vigilanza sui Contratti Pubblici (Avcp), investita dallo stesso Seprio Patrimonio s.r.l., ha escluso <<la praticabilità dello schema dell'in house providing nel settore dei lavori>> (del. n. 51 del 18.5.2011); infatti, l'affidamento diretto rappresenta una modalità di affidamento avente carattere eccezionale a cui l'ente locale può fare ricorso solo nei casi espressamente previsti dalla legge. Nel settore dei lavori, una società in house providing può realizzare interventi in affidamento diretto solo quando l'importo è contenuto nei limiti di quelli eseguibili in economia.

Con riferimento alla seconda questione –ovvero, in merito alla contabilizzazione degli oneri sostenuti per svolgere i lavori– la società patrimoniale, con le cautele che impongono i principi contabili, può astrattamente iscrivere i costi sostenuti nell'esercizio di competenza tra le immobilizzazioni che, a loro volta, negli anni successivi alla loro iscrizione devono essere sistematicamente ammortizzate in ogni esercizio. Quando la capitalizzazione dei costi riguarda lavori eseguiti su beni non ancora trasferiti alla società patrimoniale, l'iscrizione avviene alla voce "immobilizzazioni immateriali" per investimenti realizzati sui beni ancora rimasti in capo al comune (altrimenti, se i lavori fossero realizzati sui beni già entrati nel patrimonio della società, l'iscrizione nello stato patrimoniale avverrebbe alla voce

“immobilizzazioni materiali”). Questa operazione di “capitalizzazione dei costi”, dunque, è in astratto consentita alla società patrimoniale che opera in regime di contabilità economica, diversamente non è configurabile neanche in astratto per l’ente locale che opera in regime di contabilità finanziaria.

A questa diversa modalità di contabilizzazione dei costi (o spese) di investimento, a seconda che si operi in regime di contabilità economica o in regime di contabilità finanziaria, è riconducibile il rischio che l’ente locale, che si avvale della propria società patrimoniale per effettuare lavori di investimento, finisca per capitalizzare il canone di investimento corrisposto alla medesima società patrimoniale incrementando le immobilizzazioni del suo stato patrimoniale (operazione contabile, diversamente, non consentita a quell’ente locale che non si avvale dell’interposizione societaria e per il quale, quindi, la spesa per investimento rimane una mera uscita finanziaria del titolo II).

L’operazione contabile sin qui descritta, inoltre, presenta ulteriori criticità quando la società patrimoniale finanzia gli investimenti non solo con il canone di investimento corrispostogli dal Comune, ma anche attraverso finanziamenti provenienti da soggetti terzi o dal medesimo socio unico (ad es. sotto forma di “finanziamento soci” o di concessione di crediti). In maggior dettaglio, dal punto di vista dell’equilibrio finanziario dell’ente locale, una parte della programmazione degli investimenti sfugge al bilancio di previsione dell’ente locale (l’ente nel bilancio pluriennale impegna solo le somme che corrisponderà a titolo di canoni per investimento). Dal punto di vista della società, invece, questa capitalizzando i costi come immobilizzazioni, nei primi anni in cui realizza l’investimento (cioè prima che le immobilizzazioni vengano ammortizzate), finisce per registrare un apparente equilibrio finanziario.

Tuttavia, l’equilibrio è solo apparente perché negli anni successivi, se i costi sostenuti per investimenti (e capitalizzati come immobilizzazioni) non produrranno benefici per la società (o, meglio, non consentiranno alla società pubblica di recuperare, nel periodo di ammortamento, le somme investite), la società entrerà in una inevitabile crisi finanziaria. Crisi finanziaria alla quale verrà chiamato a farvi fronte il socio pubblico con una richiesta da parte degli amministratori della società di incremento del canone per il servizio di interesse generale reso o del canone operativo per gli investimenti fatti”.

Non resta che analizzare l’impatto degli orientamenti della Sezione sull’ultimo quesito posto dal comune di Soresina.

5. Sorte degli affidamenti diretti gestiti dalle società a partecipazione pubblica locale alla luce della legislazione in tema di revisione della spesa (quesito 6).

Al riguardo si osserva che molte delle argomentazioni esposte nei punti precedenti, escludendo in radice la percorribilità di operazioni di fusione, sono idonee a depotenziare la necessità di rispondere specificamente al quesito avente ad oggetto la sorte degli affidamenti diretti gestiti dalle società patrimoniali *in house* conseguenti alle prospettate operazioni di concentrazione societaria.

Cionondimeno, la Sezione ha consolidato il proprio orientamento circa la sorte degli affidamenti diretti dei servizi pubblici locali, anche con riferimento ai c.d. settori esclusi (cfr. SRC Lombardia, deliberazioni n.531/2012/PAR e n. 532/2012/PAR).

Appare preliminarmente necessario, per gli effetti che può avere sul complessivo assetto interpretativo della materia dell'affidamento dei servizi pubblici locali, sulla quale verte in definitiva l'ultimo quesito prospettato, dare contezza della sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012, con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'articolo 4 del D.L. 13 agosto 2011, n.138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n.148 (cfr. deliberazione n. 221/2012/PAR).

La declaratoria d'illegittimità costituzionale del citato art. 4 fonda i suoi presupposti sul rilievo che la disposizione violasse "*il divieto di ripristino della normativa, abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost.*" (l'art. 23 bis del D.L. 25 giugno 2008, n.112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133, abrogato dal referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011).

L'abrogato art. 23 bis, fatta eccezione per i servizi espressamente esclusi, restringeva, rispetto alle regole comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, specificamente, la gestione mediante società *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

La sopravvenuta disciplina, posta dall'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011, n.138, è risultata contraddistinta dalla medesima *ratio*, in quanto ha limitato le ipotesi in cui è consentito l'affidamento diretto, condizionandone l'ammissibilità ad una determinata soglia di valore (200.000 euro). Diversamente, la normativa comunitaria consente la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale (quando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la speciale missione dell'amministrazione, art. 106 T.F.U.E.) alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo analogo e, infine, dello svolgimento della parte più importante dell'attività in favore dell'ente socio (cfr. anche Corte Costituzionale, sentenza n. 325/2010).

A seguito dall'espunzione, per illegittimità costituzionale, della regolamentazione posta dall'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011, n.138, si è riprodotta la situazione esistente successivamente all'abrogazione dell'art. 23 bis del D.L. 25 giugno 2008, n.112 ad opera dell'istituto referendario.

La situazione non determina la reviviscenza della normativa nazionale precedente, ma l'applicazione della normativa e dei principi comunitari (cfr. motivazioni di ammissibilità al quesito referendario presenti nella sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010).

Allo stato, infatti, essendo venute meno le norme nazionali, prima in seguito alla consultazione referendaria del giugno 2011 (per quanto riguarda l'art. 23 *bis* del D.L. 25 giugno 2008, n.112) e, dopo, alla sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale (per quanto riguarda l'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011 n.138), si riespano le possibilità di utilizzo dell'affidamento diretto a società *in house* o a società miste, purché conformi ai principi del diritto comunitario, quali definiti dalla Corte di Giustizia UE (fra tutte, sentenze 18 novembre 1999, C-107/98, 9 settembre 1999, C-108/98; 13 ottobre 2005, C-458/03; 18 gennaio 2007, C/220/05, etc.).

In sostanza, l'ente pubblico committente potrà valutare, fra i diversi modelli, la gestione a mezzo organi e uffici interni; di organismi strumentali (per es. aziende speciali); di società interamente partecipate, ove sussistano i presupposti per l'affidamento *in house*; di società miste, con scelta del socio privato previa gara a doppio oggetto (cfr. art. 1 comma 2 D. Lgs. 12 aprile 2006 n.163; deliberazione n. 7/2012/PAR); di operatori privati selezionati mediante gara conforme ai principi comunitari ai sensi dell'art. 30 D. Lgs. 12 aprile 2006 n.163).

Appare opportuno sottolineare, inoltre, al pari di quanto evidenziato dalla Sezione regionale di controllo per la Basilicata nella deliberazione n. 173/2012 /PAR (delibera depositata dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 173/2012), nonché da questa Sezione in precedenti pareri (SRC Lombardia deliberazione n. 147/2012/PAR e altri ivi richiamati), come la disciplina inerente le modalità d'affidamento dei servizi pubblici locali (venuta meno a seguito della predetta pronuncia costituzionale) non impatta sulla differente materia dei vincoli e limiti che il legislatore nazionale impone agli enti locali in tema di costituzione, detenzione e mantenimento di organismi strumentali (art. 9 D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito nella legge 7 agosto 2012, n.135) e società (art. 3 comma 27 legge 24 dicembre 2007, n.244; art. 14 comma 32 D.L. 31 maggio 2010, n.78, cit.; artt. 4 e 9 D.L. 6 luglio 2012 n. 95, cit.).

La precisazione è necessaria affinché l'amministrazione istante, oltre il profilo della correttezza dell'affidamento, scrutini quello del legittimo mantenimento delle partecipazioni societarie detenute, alla luce sia della qualificazione giuridica dell'attività espletata (per le società strumentali, l'art. 4 del D.L. 6 luglio 2012 n. 95 impone nuovi obblighi di dismissione o razionalizzazione) che della classe demografica di appartenenza (alla luce degli obblighi di dismissione e dei limiti di costituzione o detenzione posti dall'art. 14 comma 32 del D.L. 31 maggio 2010, n.78).

Gli ulteriori chiarimenti interpretativi alla luce della sopravvenuta pronuncia della Corte Costituzionale n. 199/2012, nonché dell'avvento delle normative in tema di c.d. "*spending review*" (D.L. 6 luglio 2012, n.95) sono compendati nella citata deliberazione n.531/2012/PAR, cui per brevità si rinvia.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore
(Dott. Gianluca Braghò)

Il Presidente
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
Il 27/2/2013
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)