

Precisazioni in ordine alla deroga all'onere di motivazione analitica e all'ammissibilità della motivazione per relationem ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del D.Lgs. n. 175/2016*

Nota a Corte dei Conti per la Regione Siciliana, Sez. contr., Delib. 16 giugno 2023, n. 174*

DI FABIANA CIAVARELLA

ABSTRACT: La deliberazione della Corte dei Conti in commento appare di particolare interesse poiché amplia la portata dell'eccezione dell'onere di motivazione analitica - di cui all'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 175/2016 - anche a casi non strictu sensu inquadrabili nell'ipotesi di costituzione societaria ex lege, ammettendo inoltre la possibilità di assolvere l'onere motivazionale mediante mero rinvio per relationem alle decisioni delle Autorità d'ambito.

ABSTRACT: *The article analyses a decision by the Corte dei Conti which is of particular interest since it broadens the applicability of the exception of the analytical motivation burden - set forth by Article 5, paragraph 1, of Legislative Decree No. 175/2016 - also to cases not strictly framed into the hypothesis of a company established ex lege, and also admits the possibility to fulfill the motivational burden by reference per relationem to the decision of the Local Regulatory Authority.*

1. Il contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento

Come noto, l'art. 5 del D.Lgs. n. 175/2016 (recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", nel prosieguo, per brevità, TUSPP) prevede a carico della Pubblica Amministrazione che scelga di perseguire l'interesse pubblico mediante il modello societario - sia che decida di costituire società a partecipazione pubblica, sia che decida di acquisire partecipazioni in società già esistenti - un preciso obbligo di motivazione analitica.

Il compendio motivazionale, che l'Amministrazione deve fornire nel proprio atto deliberativo, è particolarmente articolato, dovendo dar conto di tutti i seguenti aspetti: (i) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'Amministrazione, come declinate dall'art. 4 del TUSPP; (ii) ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; (iii) compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa; (iv) compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina in materia di aiuti di stato alle imprese.

In altri termini, grava sull'Amministrazione l'onere di far confluire, le risultanze delle valutazioni sulla strumentalità del modulo societario e sugli effetti finanziari che

* Le opinioni espresse hanno carattere personale e non impegnano in alcun modo la responsabilità dell'AGCM, istituzione di appartenenza dell'Autrice.

* In Giurisprudenza e Controllo

ne discendono nel contenuto della motivazione analitica della delibera di acquisto della partecipazione. E in particolare, si richiede che tale atto deliberativo sia suffragato da un'analisi di fattibilità (tipicamente, un business plan) che dia conto degli elementi economico finanziari che giustificano la necessità e la convenienza dell'operazione, nonché da un'analisi dei punti di forza e di debolezza della scelta del modello gestionale rispetto alle alternative contemplate dalla legge.

Tali considerazioni valgono anche nel caso in cui il modello gestionale prescelto sia quello della società mista, circostanza che pur consentendo una parziale apertura al mercato, mediante la selezione del socio privato operativo con la gara a doppio oggetto, comporta pur sempre la creazione di un nuovo organismo societario, imponendo al socio pubblico di maggioranza di motivare analiticamente la sostenibilità e la convenienza economica di tale scelta rispetto all'opzione di affidamento del servizio a terzi con gara, che invece non comporterebbe la creazioni di alcun organismo societario.

A ben vedere, la previsione dell'art. 5 del TUSPP, riflette un favor dell'ordinamento per la promozione della concorrenza, implicando che le Amministrazioni possano assumere direttamente la gestione di attività imprenditoriali solo se (e in quanto) siano in grado di farlo a condizioni più favorevoli di quelle offerte dal mercato.

L'onere motivazionale risulta tanto stringente da escludere - almeno secondo alcuni indirizzi giurisprudenziali antecedenti alla decisione in commento - che l'Amministrazione possa motivare le proprie decisioni mediante il mero rinvio per relationem al provvedimento di un altro Ente (sovraordinato o, comunque, accentratore di volontà, come l'Autorità d'ambito territoriale ottimale o le Autorità specificamente istituite per la regolazione e controllo dei servizi pubblici locali, nel caso del servizio idrico e della gestione dei rifiuti) senza fornire alcuna ulteriore argomentazione, anche quando la normativa di riferimento lasci limitati margini di discrezionalità decisionale per l'Amministrazione, giacché sarebbe comunque necessario un autonomo apprezzamento in merito alle circostanze legittimanti l'operazione societaria. Diversamente, il ricorso per relationem a documenti e/o elementi informativi, anche predisposti da altre Amministrazioni coinvolte nell'operazione societaria, è stato costantemente ritenuto ammissibile.

In questi termini si è puntualmente pronunciata la Corte dei Conti in alcuni precedenti recenti all'esame della Sezione di controllo per le Marche (nn. 53/2023/PASP - 85/2023/PASP del 20 marzo 2023 e n. 86/2023/PASP del 29 marzo 2023) riguardanti la costituzione di una società consortile a partecipazione indiretta per la gestione del servizio di igiene urbana affidato dall'Assemblea Territoriale d'Ambito, chiarendo che "pur considerando che, in ragione del quadro normativo e dell'iter decisionale sopra richiamati, vi fossero limitati margini di discrezionalità per il provvedimento del consiglio comunale - la Sezione rileva la non conformità della deliberazione consiliare in argomento e dell'operazione societaria complessivamente considerata alle norme del TUSP e, in particolare, all'art. 5 del TURP con riguardo ai profili di seguito rappresentati. Sotto un profilo generale, la deliberazione consiliare non fornisce una motivazione analitica della decisione assunta ai sensi dell'art. 5 TUSP, ma appare indirizzata, più che altro, ad approvare le valutazioni istruttorie contenute in documenti e atti adottati dall'ATA [...]. In proposito, la Sezione sottolinea come tali valutazioni non possano, in ogni caso, sollevare l'amministrazione procedente dal suo specifico e peculiare obbligo istituzionale di vagliare la congruità e la convenienza economico-finanziaria dell'operazione [...]. Non può, inoltre, ritenersi aprioristicamente adeguata, da parte delle amministrazioni comunali interessate, la scelta della creazione di un nuovo ulteriore organismo a partecipazione pubblica per il solo fatto che l'Autorità d'ambito decida di affidargli il servizio, così rischiando di pretermettere, in via pressoché sistematica, una concreta valutazione delle possibilità di assegnazione, tramite gara

pubblica, di servizi potenzialmente contendibili sul mercato”.

In termini opposti, si è invece espressa la Sezione di controllo per la Puglia, in un caso sempre di affidamento del servizio rifiuti, ammettendo che “la circostanza che nel caso in esame la partecipazione dei Comuni dell’ARO 7/LE alla costituzione della Terra d’Otranto Spa sia avvenuta non già singulatim, sulla base di un indirizzo maturato su basi atomistiche, ma in virtù della (obbligatoria, ex lege regionale) appartenenza al citato ambito di raccolta ottimale, impone di traguardare l’iniziativa su un piano più ampio e di ritenere che le deliberazioni dei consigli comunali integrino la formalizzazione di una volontà già compiutamente formatasi in seno all’Assemblea dell’ARO 7/LE. In proposito, rileva la circostanza che l’assolvimento degli oneri motivazionali ex art. 5, comma 1, TUSP sia avvenuto, in modo identico per tutte le delibere consiliari, per relationem al contenuto delle deliberazioni dell’ARO in precedenza richiamate” (n. 11/2023/PASP del 13 febbraio 2023).

Tale impianto normativo ammette tuttavia una deroga, che permette espressamente di escludere l’onere motivazionale, per le sole ipotesi in cui “la costituzione di una società o l’acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative”, come previsto dall’art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 175/2016. Si tratta dei casi di società istituite direttamente e unilateralmente dalla legge e di società a costituzione obbligatoria.

Nella prima ipotesi, la legge istituisce direttamente la società e, di regola, ne stabilisce la denominazione, la sede, l’oggetto sociale, il capitale sociale e l’attribuzione delle azioni. Nella seconda ipotesi, per le società a costituzione obbligatoria, la legge non istituisce direttamente la società ma ne prevede comunque la costituzione, stabilendone la denominazione, la sede, l’oggetto sociale e il capitale iniziale.

La ratio dell’esenzione dall’obbligo di motivazione si fonda, quindi, sulla circostanza che in ogni caso la scelta di costituire la società sia effettuata direttamente dal legislatore. Come conseguenza, gli atti amministrativi che si pongono a valle di questa scelta, in quanto meramente attuativi di disposizioni legislative, non necessitano di una motivazione analitica.

Come chiarito dalla giurisprudenza contabile e amministrativa, la deroga va interpretata in modo restrittivo, facendo rientrare all’interno dell’eccezione soltanto quei casi in cui sussista una previsione normativa puntuale che autorizzi la costituzione di una società (ad esempio, come avvenuto con gli artt. 7 e 8 del D.L. n. 63/2002, convertito dalla L. n. 112/2002, che hanno rispettivamente istituito la società Patrimonio dello Stato S.p.A. e costituito la società Infrastrutture S.p.A.; o come nel caso della partecipazione pubblica al GAL al fine di accedere a fondi comunitari per lo sviluppo locale del proprio ambito territoriale, cfr. Corte Conti per la Regione Veneto, Sez. contr., 8 maggio 2023, n. 157; o, ancora, dell’art. 7-bis del D.L. n. 80/2021 che ha espressamente autorizzato la società Sogei S.p.A. alla costituzione di società per “la realizzazione dei progetti di trasformazione digitale del PNRR affidati alla medesima società”, cfr. TAR Lazio – Roma, Sez. I-bis, 13 marzo 2023, n. 4338).

2. La fattispecie oggetto della deliberazione della Corte dei Conti

La fattispecie oggetto del parere della Corte di Conti ha riguardato l’acquisizione da parte del Comune di Melilli di una partecipazione in una costituenda società mista pubblico-privata, a prevalente capitale pubblico e con socio privato di minoranza selezionato mediante procedura di gara a doppio oggetto, cui verrà affidata la gestione del servizio idrico integrato nell’ambito territoriale ottimale di Siracusa (eccezione fatta per i comuni cui è stata riconosciuta la gestione autonoma del servizio idrico integrato ex art. 147, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 152/2006).

In particolare, nel citato ATO, le attività di pianificazione e affidamento della gestione del servizio idrico sono di competenza dell'Assemblea Territoriale Idrica di Siracusa, quale Autorità dell'ATO del territorio della provincia di Siracusa. Tuttavia, nel caso di specie, non avendo l'Assemblea Territoriale Idrica di Siracusa proceduto all'affidamento del servizio idrico integrato al gestore unico entro i termini indicati dal legislatore, è stato sostituito da un commissario ad acta nominato dal Presidente della Regione, il quale ha proceduto, con i poteri dell'Assemblea Territoriale Idrica di Siracusa, all'espletamento di tutte le attività necessarie per l'affidamento del SPL, approvando con proprie delibere la scelta della gestione a mezzo di società a capitale misto, ampiamente illustrata nella relazione ai sensi dell'art 14 del D.Lgs. n. 201/2022 e nel relativo PEF asseverato, nonché gli schemi di statuto e patti parasociali della costituenda società mista e il regolamento per l'esercizio del controllo pubblico congiunto sulla medesima società.

In tale contesto, l'Ente locale ha ritenuto necessario e obbligatorio aderire alla costituenda società mista, affermando di potersi sgravare dall'obbligo di motivazione analitica poiché la fattispecie rientrava nei casi di costituzione societaria ex lege e, in ogni caso, potendo considerare assolto l'onere motivazionale semplicemente operando un rinvio per relationem alla normativa di settore nazionale e regionale, nonché alle delibere assunte dal Commissario ad acta con i poteri dell'Assemblea Territoriale Idrica di Siracusa.

Tale impostazione dell'atto deliberativo dell'Ente è stata avallata dalla Corte dei Conti in ragione di una serie di considerazioni che hanno fatto rientrare la fattispecie in analisi nell'ambito applicativo dell'eccezione di cui all'art. 5, comma 1, del TUSPP, riempiendo, quindi, il dettato normativo "esprisse previsioni legislative" fondante l'esonero motivazionale, di un nuovo, più ampio, significato.

In primo luogo, la gestione del servizio idrico, quale funzione tipica degli Enti locali, è stata delegata, sia dalla normativa nazionale di cui agli artt. 142 ss. del D.Lgs. n. 152/2006 sia dalle varie normative regionali di riferimento (nel caso di specie, la L.R. n. 19/2015), agli Enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali, i quali soli svolgono - in ossequio al principio dell'unicità della gestione - la funzione di organizzazione del servizio idrico integrato, dalla scelta della forma di gestione, al conseguente affidamento del servizio. All'interno di questa cornice, lo spazio di autodeterminazione che residua in capo ai singoli Comuni è pressoché inesistente, essendo ogni potere relativo alla scelta dell'organizzazione e della gestione del servizio idrico integrato riservata all'Ente d'ambito (nel caso di specie, all'Assemblea Territoriale Idrica di Siracusa, e per essa, al Commissario ad acta di nomina regionale).

In secondo luogo, la legge impone all'Ente locale uno specifico obiettivo amministrativo per la realizzazione delle finalità pubbliche del servizio idrico integrato e, a tali fini, anche l'adesione all'Ente di governo dell'ambito. Perciò, la delibera dell'Ente di governo dell'ambito riguardante la forma di gestione del servizio idrico integrato è legislativamente vincolata (e vincolante) rispetto al singolo Comune partecipante, in quanto per il principio di unicità del servizio idrico integrato gli Enti locali hanno l'obbligo di partecipare alla gestione unitaria, che si configura quindi come atto dovuto e inderogabile, con conseguente necessaria adesione alla forma di gestione prescelta dall'Ente di governo dell'ambito.

Da questo panorama discende, quindi, il parere favorevole sull'operazione da parte della Corte dei Conti, che ha ritenuto integrata la specifica eccezione di cui all'articolo 5, comma 1, del TUSPP e perciò chiarito che l'atto deliberativo dell'Ente locale - conforme ad espressa previsione di legge - non è soggetto all'obbligo di analitica motivazione.

Le argomentazioni della Corte dei Conti valgono anche al fine di valutare la delibera comunale come adeguatamente motivata mediante il mero rinvio per relationem

alla delibera dell'Ente d'ambito, la quale invece esponeva diffusamente le ragioni che giustificavano la modalità di gestione prescelta, in quanto "tale motivazione della scelta effettuata, a monte, dall'ente di governo di riflette poi anche sugli atti deliberativi adottati, a valle, dai singoli enti locali ricompresi nell'ambito".

3. Il nuovo orientamento della Corte dei Conti

Come visto, la Corte dei Conti ha ammesso che la scelta della modalità di gestione del servizio idrico integrato effettuata dall'Ente di governo dell'ambito pur non configurando strictu sensu l'ipotesi di una società costituita ex lege, rientri ugualmente nell'ambito applicativo dell'eccezione prevista dal comma 1 dell'art. 5 del TUSPP, in quanto la partecipazione dei Comuni alla costituzione della società mista per la gestione del servizio idrico integrato è avvenuta sulla scorta di una scelta normativamente ammessa (o meglio vincolata) per l'Ente locale da "esprese previsioni legislative". Di conseguenza, la delibera comunale sottoposta al parere della Corte dei Conti è risultata esonerata dall'obbligo di motivazione analitica prescritto dalla predetta norma e adeguatamente motivata mediante il mero rinvio per relationem alla delibera dell'Ente di governo dell'ambito.

Detto in altri termini, la Corte dei Conti fa derivare dalla assenza del potere discrezionale dell'Ente locale la possibilità che lo stesso motivi le proprie delibere con il mero rinvio per relationem agli atti dell'Ente sovraordinato o, per meglio dire, accentratore di volontà, come l'Autorità d'ambito territoriale ottimale nel caso del servizio idrico.

Sulla scia dell'indirizzo giurisprudenziale in commento, si sono susseguite ulteriori deliberazioni delle Sezioni di controllo della Corte dei Conti che, in casi analoghi a quello oggetto di approfondimento, hanno ritenuto adempiuto l'onere motivazionale da parte dell'Ente locale mediante il mero rinvio per relationem alle delibere dell'Ente di governo dell'ambito, affermando con una crescente convinzione come le delibere dei Consigli Comunali assunte nell'ambito della scelta della gestione del servizio idrico integrato non esprimano un indirizzo maturato atomisticamente dal singolo Ente, ma piuttosto costituiscano la semplice formalizzazione di una volontà già formatasi nell'assemblea dell'Ente d'ambito.

In particolare, sempre la Sezione di controllo della Corte dei Conti per la Regione Siciliana (nn. 218/2023/PASP - 221/2023/PASP del 25 luglio 2023, n. 233/2023/PASP del 9 agosto 2023, nn. 234/2023/PASP - 241/2023/PASP del 10 agosto 2023, nn. 243/2023/PASP-244/2023/PASP del 24 agosto 2023 e 245/2023/PASP-247/2023/PASP del 25 agosto 2023) nell'esprimere il proprio parere favorevole sulla costituzione di una società mista pubblico-privata per la gestione del servizio idrico integrato nell'ATO di Messina, ha ribadito che "risulta integrata la specifica eccezione, di cui al primo comma dell'articolo 5 TUSP, per cui l'atto deliberativo, conforme ad espressa previsione di legge, non è soggetto all'obbligo di analitica motivazione [...] fermo restando che nel caso di specie l'ente locale ha provveduto a motivare per relationem, richiamando cioè la deliberazione dell'ente di governo, che contiene una effettiva motivazione analitica in ordine ai profili prescritti dalla norma in esame. L'ente di governo, attraverso il quale gli enti locali ricompresi nell'ambito territoriale esercitano le funzioni di scelta della forma di gestione, ha, invero, indicato in modo specifico, sia pure sulla base dei dati previsionali ivi formulati, le ragioni che giustificano la modalità di gestione prescelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria [...]. La presenza di tale motivazione della scelta effettuata, a monte, dall'ente di governo si riflette poi anche sugli atti deliberativi adottati, a valle dai singoli enti locali ricompresi nell'ambito".

Ancor più esplicitamente, la Sezione di controllo della Corte dei Conti per la Regione Emilia Romagna ha da ultimo evidenziato che i Comuni non hanno alcun potere di autodeterminazione sull'organizzazione del servizio idrico integrato nel vigente quadro normativo, essendo ogni competenza demandata all'Ente di governo dell'ambito ed essendo unicamente in seno a quest'ultimo, cui i Comuni partecipano obbligatoriamente, che l'Ente locale assume le decisioni in merito all'affidamento del servizio: "Il principio di unicità del servizio idrico integrato comporta per i singoli Comuni l'obbligo di partecipare alla gestione unitaria, che si configura, dunque, come atto dovuto, con conseguente adesione anche alla società in house o mista individuata come gestore dall'ente d'ambito (Cons. St., Sez. II, sent. n. 7476/2021). Non residua pertanto alcun potere di autodeterminazione sull'organizzazione, essendo ogni competenza demandata all'Ente di Governo dell'ambito territoriale (Sez. Contr. Sicilia, delib. n. 174/2023/PASP). Nel vigente quadro normativo, dunque il Comune partecipa obbligatoriamente all'ente di Governo dell'ambito ed è in seno a quest'ultimo che l'ente locale assume le decisioni in merito all'affidamento del servizio. La delibera oggetto d'esame in questa sede, infatti, correttamente non assume determinazioni in merito alla costituzione della società ARCA S.r.l., ma più opportunamente prende atto delle determinazioni dell'ATERSIR e autorizza il Sindaco o un suo delegato a esprimere voto favorevole nell'ambito della società veicolo AGAC Infrastrutture S.p.a. In tale contesto, la costituzione della società di gestione del SII sarà adottata con deliberazione dell'assemblea dei soci di AGAC Infrastrutture S.p.a., rispetto alla quale le deliberazioni dei singoli Consigli Comunali costituiscono atti presupposti" (nn. 95/2023/PASP - 104/2023/PASP del 27 luglio 2023 e 118/2023/PASP - 123/2023/PASP del 29 agosto 2023).

Peraltro, l'estremizzazione del percorso ermeneutico seguito dalla Corte dei Conti è chiaro anche ad una prima lettura dei pareri delle Sezioni di controllo, i quali - pur trovandosi ad analizzare una serie di delibere consiliari similmente motivate per relationem con rinvio al contenuto delle delibere dell'Ente di governo dell'ambito di volta in volta competente e pur esprimendo gli stessi principi - nei primi casi hanno comunque operato una valutazione delle delibere di adesione degli Enti locali, mentre nei casi più recenti, facendo leva sul perno dell'assenza di potere deterministico in capo ai Comuni e sul principio di unitarietà gestionale, hanno addirittura dichiarato non valutabili singolarmente le delibere consiliari comunali a contenuto speculare, potendo essere unicamente vagliate le delibere a monte dell'Ente di governo dell'ambito, delegato del potere.

Le più recenti deliberazioni delle Sezioni di controllo della Corte dei Conti fanno, in definitiva, registrare un solido virage rispetto all'indirizzo che escludeva il ricorso alla motivazione per relationem a provvedimenti di altre Amministrazioni - sviluppato sull'assunto che l'Amministrazione deliberante la partecipazione societaria dovesse analiticamente dar conto di essersi autodeterminata per la scelta del modello societario, anche all'interno di un'operazione societaria complessa e laddove sostanzialmente priva di potere discrezionale - sul presupposto che, laddove l'Ente locale sia normativamente obbligato e vincolato alla decisione dell'Ente sovraordinato non residui alcun dovere di giustificare né la decisione in sé, né la spesa pubblica che ne deriva.

* * * * *

Massime:

Per i servizi di interesse economico generale di livello locale "a rete", è consentito a un ente locale di rendere la motivazione di cui all'articolo 5 del TUSP (decreto legislativo n. 175/2016) per relationem, richiamando, cioè, la deliberazione dell'ente di governo dell'ambito, qualora quest'ultima contenga una effettiva motivazione analitica in ordine

