



REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE DEI CONTI

Sezione regionale di controllo per la Campania

composta dai Magistrati:

Massimo Gagliardi	Presidente
Emanuele Scatola	Primo Referendario (Relatore)
Tommaso Martino	Primo Referendario

nella camera di consiglio del 5 dicembre 2024

ha pronunciato la seguente

DELIBERAZIONE

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

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

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

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

Visto il decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162 (c.d. decreto *"Milleproroghe"*), convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8;

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

Viste le deliberazioni nn. 16/2022 e 19/2022 delle Sezioni Riunite in sede di controllo della Corte dei conti;

VISTA la deliberazione n. 50/INPR/2024 con la quale è stato approvato il programma dei controlli di questa Sezione per il 2023;

VISTA la nota prot. n. 3615 dell'8/10/2024, acquisita al prot. SC CAM 7035 del 9/10/2024, con al quale il Segretario comunale del Comune di Aquara (SA) ha trasmesso a questa Sezione, ai sensi dell'art. 5, co. 3. TUSP, la deliberazione consiliare n. 49 del 07/10/2024 avente come oggetto: *"modifica della delibera C.C. n. 26 del 29.05.24 relativa alla costituzione della comunità energetica in forma cooperativa. Approvazione di statuto, atto costitutivo e regolamento per l'istituzione della comunità energetica rinnovabile in forma di associazione di fatto (art. 42 bis del D.L. 162/2019, convertito in legge n. 8/2020)";*

Vista l'ordinanza presidenziale n. 139/2024, con la quale è stata fissata l'odierna camera di consiglio, ai fini della trattazione in sede collegiale della presente questione; Udito nella camera di consiglio del 5 dicembre 2024 il Relatore, Primo Referendario Emanuele Scatola;

PREMESSO IN FATTO

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

Con deliberazione di Giunta comunale n. 71 dell'11/10/2023, l'Amministrazione ha manifestato la volontà a dare attuazione di un programma di interventi attinenti allo strumento giuridico della Comunità Energetica rinnovabile previsto dall'art. 42-bis (rubricato *"Autoconsumo da fonti rinnovabili"*) del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162 (c.d. decreto *"Milleproroghe"*), convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, per l'accesso al regime incentivante dedicato alla realizzazione di nuovi impianti a fonte rinnovabile in regime di autoconsumo energetico.

Facendo seguito alla deliberazione di Giunta comunale n. 71 dell'11/10/2023, il Comune di Aquara ha promosso la fase conoscitiva pubblica (manifestazione di interesse), diretta a valutare l'interesse delle utenze private e pubbliche presenti sul territorio comunale a far parte della Comunità Energetica Rinnovabile (CER); a tal fine, in data 11/04/2024, è stato pubblicato l'avviso prot. n. 1305.

Al fine di individuare un soggetto tecnico in grado di supportare l'Ente alla creazione della suddetta C.E.R, con determinazione del Servizio Tecnico n. 48 del 24/04/2024, al termine della valutazione comparativa delle istanze pervenute, l'Ente ha selezionato la Società Helios S.p.A., con sede in Salerno, alla Via Fuorni di Sotto, n. 19.

Alla scadenza del termine concesso per le manifestazioni di interesse, così come prorogato, sono pervenute, tramite PEC, al protocollo dell'Ente n. 15 adesioni agli atti dell'Ufficio Tecnico.

Con deliberazione consiliare n. 26 del 29/05/2024, il Comune di Aquara ha approvato lo statuto, l'atto costitutivo e il regolamento interno per la costituzione della Comunità Energetica Rinnovabile nella forma della società cooperativa.

Con deliberazione consiliare n. 49 del 07/10/2024, sottoposta al vaglio di questa Sezione, il Comune ha proceduto alla *"modifica della delibera C.C. n. 26 del 29.05.24 relativa alla costituzione della comunità energetica in forma cooperativa"*.

Con la suddetta deliberazione, in luogo della forma di Società cooperativa, originariamente scelta con la deliberazione 26 del 29/05/2024, l'Ente ha optato per *"l'istituzione della comunità energetica rinnovabile in forma di associazione di fatto"*, approvandone lo statuto, l'atto costitutivo e il regolamento interno.

Dall'esame dell'atto costitutivo dell'Associazione "Comunità Energetica Rinnovabile del Comune di Aquara" emerge con nitore l'intenzione di costituire *"un'Associazione non riconosciuta autonoma"*, con *"partecipazione aperta e volontaria, senza scopo di lucro"*.

L'art. 1 della bozza di Statuto trasmessa dall'Ente prevede la costituzione di una *"Associazione non riconosciuta"* denominata *"Associazione Comunità Energetica Aquara"*. Il successivo art. 5 prevede che *"l'Associazione è autonoma e ha una partecipazione aperta e volontaria"*.

Descritta nei suddetti termini l'operazione sottoposta al vaglio della magistratura contabile, occorre preliminarmente appurare se sussistano, nella fattispecie, i presupposti normativi che legittimano questa Sezione a pronunciarsi, ex art. 5, comma 3, TUSP, sulla suddetta deliberazione consiliare.

DIRITTO

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

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

In merito a tale funzione assegnata alla Corte dei conti sono intervenute le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22 e n. 19/SSRRCO/QMIG/2022), che ne hanno individuato la *ratio* nell'esigenza di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta amministrativa, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato.

Più in particolare, nella deliberazione n. 16, si specifica che *"l'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario, sia in fase di creazione di un nuovo soggetto di diritto, sia in sede di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente, è un processo che si articola in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari ammessi dal TUSP; la seconda, avente rilevanza*

privatistica, è volta a tradurre in attuazione la determinazione assunta in via amministrativa, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione in via diretta o mediante aumento di capitale) (...) La funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca proprio nel passaggio tra le due fasi, con il chiaro intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'Amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato, ciò in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili".

Da quanto detto si evince che il controllo della Corte dei conti ex art. 5, co. 3, TUSP è limitato agli atti di costituzione di una società o di acquisto di una partecipazione in essa, non potendosi ricondurre nell'alveo del controllo anche gli atti costitutivi di associazioni.

Occorre infatti rammentare che intercorre una netta distinzione tra gli **enti lucrativi** (organizzazioni che assumono i caratteri delle società, disciplinate dal Libro V del codice civile) e gli **enti non lucrativi** (che assumono i caratteri dell'associazione, della fondazione o del comitato e rinviengono la loro disciplina nel Libro I del codice civile). Il principale criterio adoperato per la distinzione di tali enti è incentrato sulla distribuzione degli utili, esclusa nelle organizzazioni non lucrative, prevista invece come evento periodico e fisiologico nelle società (tanto che, una clausola societaria che escludesse la ripartizione di utili tra soci sarebbe nulla perché contrastante con l'art. 2247 c.c.; in tale ottica, trova giustificazione anche il divieto di patto leonino, di cui all'art. 2265 c.c.).

L'art. 1 del TUSP nel delineare il proprio ambito applicativo prevede che esso abbia a oggetto *"la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta"*.

Ai sensi del successivo comma 4 *"restano ferme"* tra l'altro *"b) le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni"*.

L'art. 5, co. 3, del TUSP, peraltro, espressamente sottopone al parere della Corte dei conti l'atto deliberativo, analiticamente motivato, di costituzione di una società o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, in società già costituite da parte di amministrazioni pubbliche.

La giurisprudenza di questa Sezione (deliberazione n. 297/2023/PASP), già in passato ha chiarito che *“la piana lettura delle sopra riportate disposizioni consente di affermare che la delibera di acquisizione o costituzione deve necessariamente riguardare una società di cui ai titoli V e VI, capo I, del libro V del Codice civile, come definito dallo stesso Tusp, art. 2, comma 1, lett. l)”*.

A tale orientamento il Collegio intende dare continuità.

Su questa scia, peraltro, si colloca anche la giurisprudenza delle altre Sezioni regionali di controllo, che hanno escluso l'applicabilità della disciplina dell'art. 5 all'atto di costituzione di una associazione senza scopo di lucro (v. SRC Lazio n. 124/2023/PASP) e di un consorzio non qualificabile come società consortile ai sensi dell'art. 2615 *ter* del codice civile (Sez. contr. Lombardia, n. 143/2022/PAR, Sez. contr. Umbria, n. 14/2023/PASP).

Nel caso di specie, pur persistendo, negli allegati trasmessi, degli elementi riconducibili alla forma societaria originariamente prescelta (ossia la società cooperativa), non sembra revocabile in dubbio che l'Ente abbia optato, sotto il profilo formale e sostanziale, per il modello associativo in luogo di quello societario. Depongono in tal senso oltre al *nomen juris* adoperato nella deliberazione consiliare n. 49 del 2024, nella bozza di statuto e nell'atto costitutivo, anche la presenza di alcuni elementi caratterizzanti la natura associativa, come l'assenza dello scopo di lucro e il sistema di adesione all'associazione descritto dalla bozza di statuto.

Del resto, il Comune ha adottato una nuova deliberazione al precipuo fine di sostituire la forma della società cooperativa, originariamente prescelta, con quella dell'associazione non riconosciuta; il che non lascia adito a dubbi sulla volontà dell'Amministrazione di ricorrere a tale modello associativo, pur persistendo negli atti trasmessi elementi che denotano un adeguamento incompleto delle clausole statutarie alla nuova forma prescelta.

Tale profilo assume carattere dirimente, imponendo a questa Corte una declaratoria di non luogo a provvedere sull'istanza presentata dal Comune di Aquara, non sussistendo i presupposti richiesti dall'art. 5 TUSP.

P.Q.M.

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

- dichiara il non luogo a provvedere in ordine all'operazione delineata dal Comune di Comune di Aquara con la deliberazione c.c. n. 49 del 7/10/2024, per le ragioni esposte in parte motiva;

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

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

- manda alla Segreteria per gli adempimenti di rito.

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 5 dicembre 2024.

Il Magistrato estensore
Emanuele Scatola

Il Presidente
Massimo Gagliardi

Depositato in Segreteria il
6 dicembre 2024

Il Funzionario Preposto
Dott. Giuseppe Imposimato