

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

CORTE DEI CONTI

SEZIONE PRIMA GIURISDIZIONALE CENTRALE D'APPELLO

composta dai Sigg.ri magistrati:

dott. Agostino CHIAPPINIELLO	Presidente
dott. Enrico TORRI	Consigliere
dott.ssa Fernanda FRAIOLI	Consigliere relatore
dott.ssa Adelisa CORSETTI	Consigliere
dott.ssa Giuseppina MIGNEMI	Consigliere

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nel giudizio d'appello iscritto al numero 52938 del Registro di Segreteria, proposto dal Procuratore Generale

contro

**MAROTTA Enrico Gerardo Donato** rappresentato e difeso dagli avv.ti Rocco DE BONIS e Orazio ABBAMONTE ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Potenza alla via N. Sauro, n.102;

**ANATRONE Antonio** rappresentato e difeso, dagli avv.ti Giancarlo VIGLIONE ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Roma alla via Lungotevere dei Mellini, n.17;

**AMENTA Domenico, LAURIA Antonio, Rosa GENTILE e Vincenzo AMOIA**, rappresentati e difesi dall'avv. Vincenzo COLUCCI ed elettivamente domiciliati in Roma, Via Barnaba Tortolini n. 30, presso lo studio del dott. Alfredo Placidi;

**MUSSUTO Giovanni** rappresentato e difeso dagli avv.ti Donato LETTIERI e Francesco MARESCA e, con questi, elettivamente domiciliato in Roma, Lungotevere dei Mellini n. 44, presso lo studio dell'avv.ssa Claudia Caputo;

**RIZZITELLI Gaetano** rappresentato e difeso dagli avv.ti Romina GALIANI e Francesca PAUCIULO e Renato ORLANDO ed elettivamente domiciliato IN Roma, alla via Dante de Blasi n. 30 presso lo studio dell'avv.ssa Elisabetta Di Pietro;

**SOAVE Giovanni Paolo** rappresentato e difeso dall'avv. Felice PALI ed elettivamente domiciliato presso lo studio di questi in Potenza alla via del Popolo, n.62.

avverso

la sentenza n. 1/2017 depositata il 24 gennaio 2017 della Sezione Giurisdizionale della Corte dei conti per la Basilicata.

Visti gli atti introduttivi e tutti i documenti di causa.

Uditi nella pubblica udienza del 24 ottobre 2019 la relatrice, Cons. Fernanda FRAIOLI; l'avv. COLUCCI per AMENTA, GENTILE, AMOIA e LAURIA; l'avv. VIGLIONE per ANATRONE; l'avv. PALI per SOAVE; l'avv. E. DI PIETRO, su delega dell'avv. ORLANDO per RIZZITELLI; l'avv. COLUCCI, su delega degli avv.ti Rocco DE BONIS e Orazio ABBAMONTE, per MAROTTA; l'avv. DONATO per MUSSUTO, nonché la Pubblico Ministero nella persona della V.P.G. Paola BRIGUORI.

**FATTO**

Con sentenza n. 1/2017 del 24 gennaio 2017, la Sezione Giurisdizionale per la Basilicata dichiarava il difetto di giurisdizione nei confronti di diversi

soggetti chiamati in giudizio in qualità di esponenti – con incarichi di Direzione e/o di Amministrazione – della “Acquedotto Lucano s.p.a.”, Società interamente partecipata dagli Enti Locali appartenenti all’Ambito territoriale Ottimale (ATO) definiti dalla Regione Basilicata per la gestione del Servizio Idrico Integrato, a rimborsare la somma di €. 5.266.443,00 quale danno derivato dalla creazione e, soprattutto, dalla perdurante gestione nel tempo, di un'altra società, interamente partecipata dalla prima – la “Acquedotto Lucano Progettazione s.r.l.” alla quale venivano affidati la progettazione e la direzione degli interventi relativi alla gestione delle risorse idriche di competenza di “Acquedotto Lucano s.p.a.”.

Tanto sull’assunto della ritenuta non riconducibilità della società "Acquedotto Lucano S.p.A." al modello societario *"in house"*, per l’assenza di "controllo analogo", ritenuta chiaramente mancante nel caso di "Acquedotto Lucano S.p.A." non ravvisando, nelle norme statutarie, alcuna forma di effettivo controllo da parte degli Enti partecipanti rispetto agli ordinati strumenti contemplati dal codice civile.

Ha proposto appello il Procuratore Regionale contestando la pronuncia di primo grado e rivendicando la giurisdizione della Corte dei conti.

Sostiene, a tal proposito parte attrice, che le società di gestione del servizio idrico sono assoggettate ad una particolare disciplina che le differenzia rispetto alle società partecipate che gestiscono altri servizi pubblici di rilevanza economica e tanto vale anche per la Acquedotto Lucano s.p.a., invitando ad una lettura approfondita delle norme regolatrici del funzionamento della medesima s.p.a.

Per questo chiede che venga dichiarata la sussistenza della giurisdizione

della Corte dei conti sulle domande di cui alla citazione in primo grado, siccome riproposte in secondo, rinviando la causa al primo giudice per la decisione nel merito e la conseguente pronuncia sulle spese anche dell'appello.

All'odierna pubblica udienza, le parti dichiarano di riportarsi agli atti depositati.

Al termine, la causa è stata trattenuta in decisione.

### **DIRITTO**

a) La fattispecie in esame ha ad oggetto il danno derivante dalla maggiore spesa, stimata ingiusta, che si è venuta a determinare in conseguenza dell'affidamento degli incarichi di progettazione ad una società (la "Acquedotto Lucano Progettazione s.r.l."), ritenuta "in house" e che, secondo parte attrice, sarebbe stata evitata se gli stessi fossero stati svolti direttamente dalla società affidataria (la "Acquedotto Lucano s.p.a").

Più precisamente, il comportamento contestato dalla Procura come causativo di danno sarebbe da rilevarsi nella irragionevole scelta di mantenere in vita una società – la "Acquedotto Lucano Progettazione S.r.l." – in aperta violazione di un sistema normativo ormai orientato a disincentivare, se non ad obliterare del tutto, il ricorso a siffatte forme "privatistiche" di gestione dei servizi di rilevanza locale, ed al cospetto di risultati economici chiaramente dimostrativi, da un lato, della insussistenza di alcuna concreta utilità discendente dalla derivazione di tale ulteriore forma societaria *in house*, e, dall'altro, della esistenza di ingenti perdite finanziarie in danno della "Società madre" che, per il periodo di riferimento interessante l'odierna vicenda (2010-2014) venivano quantificate in Euro 5.266.443,00 secondo la seguente operazione: Valori della produzione (Euro 11.122.764,00) – Costi del

personale (Euro 3.841.260,00) + Incentivi legati alla progettazione (Euro 729.400,00) – Utile di esercizio (Euro 2.744.461,00) = Danno erariale (Euro 5.266.443,00).

b) L'appello del Procuratore Generale vede quale unico motivo di gravame, la richiesta di affermazione della giurisdizione del giudice contabile nella fattispecie de quo.

La sentenza di prime cure ha ritenuto che il requisito del controllo analogo difetti chiaramente nel caso di “Acquedotto Lucano s.p.a”, non ravvisandosi nelle norme statutarie, alcuna forma di effettivo controllo da parte degli Enti partecipanti rispetto agli ordinari strumenti contemplati dal codice civile.

Più precisamente, ha ritenuto che *“lo statuto di “Acquedotto Lucano S.p.A.” - Società costituita il 30 luglio 2002 tra i 73 Comuni della Regione Basilicata - non contempla, nelle norme disciplinanti le modalità di formazione e funzionamento del Consiglio di Amministrazione (artt. 16,17,18,19 e 20), o in quelle regolanti il controllo (artt. 24 e 25), alcuna forma di ingerenza, o alcun potere di coordinamento o verifica, in qualche modo riconducibile a prerogative esercitabili dagli Enti Pubblici soci, ed esclusivi detentori del capitale azionario, non consentendo di ritenere soddisfatto, per quanto in questa sede rileva, quel requisito del “controllo analogo” la cui sussistenza, per quanto motivato infra, giustificherebbe, unitamente agli altri due elementi della esclusività della titolarità pubblica delle quote e della esclusiva o prevalente finalizzazione dell’oggetto sociale verso le esigenze del socio pubblico, la corretta sussunzione della Società nel “tipo” della formazione in house, e la conseguente sottoposizione al giudizio della Corte dei conti delle*

*responsabilità imputate agli organi amministrativi e di gestione della stessa per i danni inferti al patrimonio sociale”.*

Per concludere, quindi, con la dichiarazione di difetto di giurisdizione di questa Corte nell’odierna controversia, indicando il Giudice Ordinario, quale “*giudice munito di giurisdizione*”, ex art. 59 della l. n.69/2009.

Al contrario, questo Collegio deve ritenere la fondatezza di quanto domandato con l’atto di appello, ma soprattutto delle motivazioni poste a sostegno.

Ritiene, infatti, il Procuratore appellante che la sentenza impugnata vada riformata sul punto in quanto la negazione della giurisdizione contabile in merito è dichiarata unicamente “*in base alla semplice affermazione dell’assenza di clausole statutarie che manifestino un controllo analogo degli Enti partecipanti (ovvero una forma di incidenza di tali Enti sulle scelte della società partecipata, tale da far venire meno l’alterità soggettiva tra le due persone giuridiche)*”.

Mentre reputa “*evidente (anche per una ovvia considerazione di gerarchia tra le fonti del diritto) che la natura "in house" della società e l’esistenza di un "controllo analogo" (e quindi la giurisdizione della Corte dei conti) possano desumersi da fonti di rango superiore allo Statuto, come leggi o regolamenti, che attribuiscono alla società una sostanziale natura di ente pubblico con assoggettamento alla supremazia di una pubblica amministrazione; è quindi obbligo del giudice (in base al principio dello Iura novit curia) conoscere ed esaminare non solo lo Statuto, ma anche le norme di settore per verificare se esse prevedano una gestione in house del servizio. In tal senso, del resto, è la più recente giurisprudenza della Cassazione (cfr. Sez.*

*Un. Ord. n. 11983/2017 e n.24737/2016) che afferma o nega la giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori della S.p.a. partecipata solo all'esito di un completo esame — oltre che dello Statuto — delle norme di legge e regolamentari che disciplinano l'Ente; nonché la giurisprudenza comunitaria, che per verificare l'esistenza di un "controllo analogo" ritiene "necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e le circostanze pertinenti" (C.G.C.E. Sez. III del 10.9.2009, in causa C573/07)".*

Anche questo giudice concorda che sia proprio in tal senso.

A differenza, però, di quanto sostiene diffusamente il PM appellante in merito alla sussistenza di una serie di norme di rango superiore allo Statuto che attribuirebbero (come, comunque del resto, è) “*alla società una sostanziale natura di ente pubblico con assoggettamento alla supremazia di una pubblica amministrazione*”, ritiene il Collegio che molto più semplicemente il riferimento primario sia proprio lo Statuto.

Si legge all’art. 7, u.c., del medesimo che “*il trasferimento delle azioni, tanto a titolo oneroso quanto a titolo gratuito, è consentito unicamente a favore di enti pubblici territoriali costituenti l’Autorità d’Ambito Territoriale Ottimale di Basilicata*”.

Tanto, sulla scia della giurisprudenza della Cassazione, deve ritenersi bastevole per poter affermare, in fattispecie, la sussistenza della giurisdizione.

Si legge in svariate sentenze della Suprema Corte – da alcune delle quali il principio affermato, si trae *a contrariis* (SS.UU. n. 26645/2016; id. n. 171888/2018; id. 26283/13, solo per citarne alcune) – che la lettura dello Statuto della Società sia non soltanto *tranchant*, ma un *prius* imprescindibile,

sulla scorta della giurisprudenza comunitaria per la quale è necessario che *“lo statuto inibisca in modo assoluto la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari”*.

Da ultimo, Cass. SS.UU. n. 17188/2018 – che richiama la più nota sentenza n. 26283 del 2013 che ha definito in maniera organica i connotati delle società in house, riconoscendo la sussistenza della giurisdizione contabile in relazione alla responsabilità degli organi sociali per i danni da essi causati al patrimonio di tali società; alla n. 26806 del 2009, nonché alla sentenza Teckal della Corte di giustizia dell'Unione europea – ha affermato che i connotati qualificanti delle società in house sono essenzialmente tre: *“la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici”*.

Ma, quel che maggiormente interessa – al di là della contemporanea presenza di questi elementi – è che lo Statuto deve vietare «in modo assoluto» la cessione a privati delle partecipazioni di cui sono titolari gli enti pubblici.

Partendo, quindi, proprio dall'atto costitutivo della società in fattispecie, deve concordarsi con la parte pubblica laddove rileva che *“diversamente da quanto ritenuto in sentenza, nella concreta fattispecie lo Statuto prevede comunque alcune forme di supremazia dell'amministrazione pubblica, rilevanti ai fini del controllo (cfr. intra, § 3.2.7)”*.

Tale circostanza deve ritenersi corrispondente al vero, atteso che al surrichiamato art. 7, u.c., dello Statuto della Società, si legge che il trasferimento delle azioni, a qualunque titolo non può che avvenire in favore di soggetti pubblici, quali sono quelli menzionati con la formula di *“enti pubblici*

*territoriali costituenti l’Autorità d’Ambito Territoriale Ottimale di Basilicata”.*

Emerge, infatti, dagli atti di causa che la Regione Basilicata, in pieno ossequio ai principi comunitari disciplinanti la materia, ha affidato il servizio idrico ad un gestore unico – la “Acquedotto Lucano S.p.a.”, per l’appunto – con un accordo sottoscritto dall’A.A.T.O., sulla base della convenzione tipo approvata dalla Regione.

È notoria la disciplina del servizio idrico in Basilicata.

Ad opera della Legge Regionale n. 63/1996, relativa all’ “Istituzione del Servizio Idrico Integrato”, è stato delimitato il territorio regionale in un unico Ambito Territoriale ottimale (art.2), ed istituita, poi, l’Autorità d’Ambito (art.6), a cui sono state attribuite *“funzioni di organizzazione del servizio idrico”* tra le quali rientrano l’individuazione della quantità e qualità del servizio da garantire all’utenza, l’adozione del programma degli interventi, la determinazione dei livelli di imposizione tariffaria, la vigilanza ed il controllo sulla gestione del servizio e sull’osservanza delle prescrizioni contenute nella convenzione di gestione di cui all’art. 11 della Legge n. 36/1994 (art. 4 nella originaria formulazione, prima delle modifiche introdotte dall’art. 26 della L.R. n. 33/2010).

La successiva Legge Regionale n. 33 del 30 dicembre 2010, in vigore dal 1 gennaio 2011 (art. 45), ha abrogato l’AATO, assegnando le relative funzioni alla “Conferenza Interistituzionale Idrica” (art. 26, co. 1, che ha sostituito l’art. 4 della L.R. n. 63/1996), confermando anche in capo alla istituenda “Conferenza” le *“funzioni in materia di organizzazione del Servizio Idrico Integrato”* già esercitate dall’AATO (art. 4 co. 6 della L.R n. 63/1996 nel testo riformulato dall’art. 26 co. 1 della L.R. n. 33/2010).

Oltre a disporre la nomina di un Commissario liquidatore dell’AATO (art.

26 co. 3), era anche previsto che, nelle more della effettiva costituzione della “Conferenza Interistituzionale Idrica”, le funzioni ad essa attribuite fossero esercitate da un Commissario – nominato dal Presidente della Giunta Regionale – utilizzando la struttura amministrativa e le risorse umane in servizio presso la soppressa Autorità d’Ambito (art. 4 co. 7 della L.R. n. 63/1996 nel testo riformulato prima dall’art. 26 co. 1 della L.R. n. 33/2010, e poi dall’art. 17 della L.R. n. 26/2011).

L’art. 11 della L.R. n. 63/1996 prevedeva anche che la gestione del servizio fosse affidata ad un soggetto gestore, attraverso una convenzione da stipularsi a cura dell’AATO sulla base di una convenzione tipo da approvarsi da parte del Consiglio Regionale.

Avendo il Consiglio Regionale approvato la convenzione tipo, con delibera n. 502/2002, l’AATO ha stipulato la prevista “Convenzione di Gestione” (approvata con delibera dell’Assemblea AATO n. 19/2002), che all’art. 1 dispone: “*L’Autorità di Ambito Territoriale ottimale, unico in Basilicata, affida in via esclusiva, la gestione del servizio idrico integrato ad Acquedotto Lucano spa*”.

Pertanto, sulla base della disciplina innanzi richiamata, all’AATO erano affidate tutte le funzioni amministrative di programmazione, organizzazione, vigilanza e controllo sulla gestione del servizio idrico integrato, mentre la gestione del servizio era affidata, in via esclusiva, ad Acquedotto Lucano s.p.a.

Anche se non di interesse della presente fattispecie, per motivi temporali, *ad abundantiam*, è opportuno rilevare che con successiva L.R. n. 1 dell’8 gennaio 2016 è stato istituito l’ “*Ente di Governo per i Rifiuti e le Risorse Idriche della Basilicata*” (E.G.R.I.B.), al quale sono state trasferite, con decorrenza 1

aprile 2016, insieme alla gestione integrata dei rifiuti, le funzioni di competenza prima dell'AATO e poi della Conferenza Interistituzionale Idrica (peraltro, mai diventata operativa), e con successiva D.R.G. n. 117/2016 è stato individuato un nuovo "Commissario Straordinario" per la gestione provvisoria.

Come correttamente rileva parte attrice nel proprio atto di appello, lo Statuto non ha soltanto previsto l'incapacità delle azioni a soggetti differenti dagli enti locali territoriali d'ambito, ma anche l'oggetto e lo scopo sociale (come avanti evidenziato), nonché la riserva all'Assemblea dei soci non solo della nomina degli amministratori (art. 16), ma soprattutto della preventiva autorizzazione su scelte fondamentali per la società, ovvero il programma annuale e triennale della gestione e degli investimenti, la sottoscrizione della convenzione con l'AATO della Basilicata e la realizzazione di investimenti eccedenti il valore di €. 1.000.000,00 (art. 15) ed, infine, il rinvio alle leggi previste in materia quale criterio residuale di disciplina (art. 29).

Di non poco momento anche quanto rileva in merito al successivo ingresso nella compagine sociale di altri enti territoriali lucani, tra i quali la Regione di cui, peraltro, ricorda la menzione fatta dagli stessi soggetti convenuti nelle proprie memorie di costituzione in giudizio.

Conclusivamente, allora, sulla base dell'intera disciplina posta a fondamento del legislatore, nazionale e comunitario, ma ancor prima dallo Statuto della società, deve ritenere il Collegio che sussistano i presupposti necessari per la configurazione della Acquedotto Lucano s.p.a. come società in house, a totale partecipazione pubblica, interdetta alla cessione di quote ai privati, ovvero a soggetti differenti dagli enti territoriali d'ambito e con svolgimento esclusivo di attività di servizio pubblico nell'ambito territoriale

della Regione – peraltro, ininterrotto ed indiscusso sin dall’atto della sua costituzione del 30 luglio 2002 – e con controllo analogo.

Tutto ciò premesso, l’appello del Procuratore Generale – diretto esclusivamente all’affermazione della giurisdizione contabile in fattispecie – deve essere accolto ed il giudizio rinviato al primo giudice affinché si pronunci sul merito della questione, nonchè sulle spese di giudizio.

**P.Q.M.**

la Corte dei conti, Sezione Prima Giurisdizionale Centrale di Appello, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione reiette,

**ACCOGLIE**

l’appello iscritto al n. 52938, proposto dal Procuratore Generale avverso la sentenza in epigrafe indicata e, per l’effetto, rinvia al primo giudice, affinché si pronunci sul merito della questione, nonché sulle spese di giudizio anche di questo grado di appello.

Manda alla segreteria per gli adempimenti di competenza.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 24 ottobre 2019.

IL GIUDICE ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Fernanda FRAIOLI

F.to Agostino CHIAPPINIELLO

Depositata in Segreteria il 28 novembre 2019

IL DIRIGENTE

(F.to dott. Sebastiano ROTA)

