

Delibera n. 2/2007/par - Parere sulla valutabilità o meno, ai fini del rispetto del patto interno di stabilità, di spese per il personale nella ipotesi di costituzione di una società a responsabilità limitata unipersonale ed a totale partecipazione del Comune

Deliberazione n. 2 /pareri/2007

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

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Donato Maria Fino	Consigliere (relatore)
dott. Antonio Caruso	Consigliere
dott. Giancarlo Penco	Consigliere
dott. Giuliano Sala	Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano	Referendario
dott. Alessandra Sanguigni	Referendario

nell'adunanza del 17 gennaio 2007

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. 16402 del 23 novembre 2006 con la quale il Sindaco del Comune di Cologno Al Serio (Bergamo) ha chiesto 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 n. 14/pareri/2006 del 19 dicembre 2006 con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del Sindaco del Comune di Cologno Al Serio (Bergamo);

Udito il relatore Cons. Donato Maria Fino;

Ritenuto in

FATTO

Il Sindaco del Comune di Cologno Al Serio (Bergamo), con nota del 23 novembre 2006, ha chiesto, ai sensi dell'art. 7 comma ottavo della legge 131/2003, il parere di questa Sezione circa la sottoposizione ai vincoli posti dal patto di stabilità in materia di spese per il personale nella ipotesi di costituzione di una società a responsabilità limitata unipersonale (a totale partecipazione del Comune di Cologno Al Serio) per la gestione della farmacia comunale, attualmente gestita in economia e nel cui organico sono presenti due farmacisti, di cui un direttore, e due collaboratori amministrativi.

Il Sindaco solleva la questione ai fini di eventuali nuove assunzioni nella società suddetta e con riferimento alla deliberazione n. 17 del 30-10-2006 di questa Sezione.

Considerato in

DIRITTO

La Sezione, preliminarmente, ritiene che la richiesta di parere di cui sopra è all'evidenza ammissibile sia sotto il profilo soggettivo, in quanto proviene dal Sindaco del Comune, sia sotto il profilo oggettivo, in quanto attiene alla valutabilità o meno, ai fini del rispetto del patto interno di stabilità, di spese per il personale nella ipotesi di costituzione di una società a responsabilità limitata unipersonale (a totale partecipazione del Comune) come specificato in narrativa.

Nel merito si rileva che questa Sezione, in una serie di pronunce (cfr. deliberazioni n. 17/2006, n. 26/2006 e n. 49/2006), ha evidenziato, tra l'altro, che l'introduzione di vincoli e parametri a livello di Unione monetaria europea ha comportato la necessità che, sempre a livello europeo, venissero stabilite regole comuni per addivenire al calcolo dei disavanzi e del debito pubblico di ogni Stato, non potendosi consentire a ciascuno di essi di determinare in via autonoma le grandezze della finanza pubblica. La principale

regola comune ha riguardato i criteri di calcolo delle grandezze di finanza pubblica e la delimitazione dei soggetti che all'interno di ciascun ordinamento dovevano essere considerati pubblici, così da rientrare fra le Amministrazioni pubbliche al fine della determinazione dei risultati della finanza pubblica dei singoli Stati.

In particolare, con il Regolamento CE 2223/96 del Consiglio, in data 25 giugno 1996, relativo al sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella comunità (SEC 95), il Consiglio della Comunità economica europea ha modificato il Sistema Statistico europeo, varando nuove definizioni e regole di calcolo delle grandezze relative alla finanza pubblica denominate SEC 95 ed applicabili in ogni Stato.

Il risultato attuale di tale evoluzione ordinamentale, in estrema sintesi, è che si considera ente pubblico qualsiasi soggetto che, indipendentemente dalla forma giuridica assunta, utilizzi in prevalenza per lo svolgimento dell'attività per cui è costituito risorse pubbliche anziché private.

Le società a partecipazione pubblica totalitaria o maggioritaria, costituite da un ente territoriale per lo svolgimento di alcuni compiti e funzioni pubbliche, mantengono, pertanto, la natura di ente pubblico ove, per il raggiungimento dello scopo per il quale sono state istituite, utilizzino prevalentemente risorse pubbliche. I risultati gestionali-finanziari delle predette società, anche in mancanza di una specifica disciplina che preveda il loro consolidamento con i risultati dell'ente pubblico costituente, debbono pertanto essere computati insieme a quelli di quest'ultimo al fine di calcolare le grandezze di finanza pubblica relative al Patto di stabilità interno.

L'operazione prospettata dal Comune di Cologno Al Serio nella richiesta di parere, al di là degli effetti specifici che la costituzione della società interamente partecipata avrebbe in ordine al rispetto del patto di stabilità - la cui normativa non può essere elusa né disapplicata - rileva anche sotto il profilo dell'affidamento diretto di un servizio da parte di una pubblica amministrazione, in deroga al regolare metodo di scelta del contraente che prevede il ricorso alle procedure d'evidenza pubblica.

Tale tipologia gestionale è contenuta nell'art. 113, comma 5, in particolare lettere b) e c) del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico degli enti locali), come sostituito dall'art. 35 della legge n. 448/2001 e modificato dall'art. 14 del D.L. 30.09.2003, n. 2003, convertito dalla legge 24.11.2003, n. 326. In virtù delle predette disposizioni la gestione dei servizi pubblici locali, tra i quali si ritiene che rientri anche la gestione della farmacia comunale, avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea. Ciò significa, in buona sostanza, che l'erogazione del servizio può avvenire solo osservando le specifiche (e tassative) forme organizzative previste dal quinto comma, la cui nuova formulazione rende, pertanto, non più utilizzabili altre forme di affidamento previste in precedenza (quali il ricorso alle convenzioni di cui agli artt. 30 del D. Lgs. 267/2000 e 15 della legge 241/1990), anche in virtù della espressa clausola contenuta nel primo comma dell'art. 113 in cui si

afferma che " le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili...".

In proposito è possibile rilevare che la disposizione previgente è stata interamente sostituita dalla nuova che nell'ipotesi formulata sub lett. c), comma 5, dell'art. 113 del D. Lgs. n. 267/2000, ossia nell'ipotesi di affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico (come nel caso di specie), richiede che siano soddisfatte le seguenti condizioni:

- 1) 1) che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- 2) 2) che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

La formula gestionale considerata nella lett. c) si sostanzia in un recepimento pieno e rigoroso del modello "in house providing" o della "delegazione interorganica" contemplato, per gli appalti pubblici, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (cfr. da ultimo la pronuncia, quarta sezione, 14 novembre 2002, in causa C-310/01, Comune di Udine). Il suddetto modello implica che la società affidataria sia in sostanza nient'altro che una sorta di diramazione organizzativa dell'ente locale, priva di una sua autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle dell'ente stesso, tanto da potersi parlare, in tal caso, di una mera "autoproduzione" del servizio pubblico. Il requisito del "controllo analogo", richiesto dai giudici comunitari (cfr. Corte di Giustizia Cee, causa 94/99, ARGE Gewasserchutz c/Bundesministerium fur Land und Forstwirtschaft) ripreso dallo stesso legislatore italiano, implica certamente un "controllo strutturale" sul soggetto affidatario, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, quale condizione necessaria e imprescindibile per la configurazione del "in house providing".

"Controllo strutturale" che non implica la necessaria integrale partecipazione pubblica al capitale sociale, ma può consistere tanto nel potere di nominare la maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza dell'ente "in house", quanto nell'adozione di qualsiasi altro mezzo idoneo ad assicurare un'effettiva dipendenza formale, economica ed amministrativa di quest'ultimo rispetto all'amministrazione controllante (cfr, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316).

In altri termini, secondo l'orientamento della recente giurisprudenza comunitaria e nazionale (Corte di Giustizia 18.11.1999, causa C-107/98; idem, 13.10.2003, C-458/03, causa Parking Brixen; idem, 11.05.2006, C-340/04; Consiglio di Stato, Sez.

VI, 25.01.2005, n. 168), il controllo analogo sussiste ogniqualvolta si accerti l'esistenza di uno stringente controllo gestionale e finanziario dell'ente pubblico sulla società partecipata, in modo tale che i compiti affidati alla società saranno trattati come se fossero stati ad essa delegati dall'amministrazione.

In virtù di tale rapporto il soggetto partecipato, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa.

Solo a tali condizioni si può ritenere che tra l'amministrazione e la società sussista un rapporto tale da impedire l'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni pubbliche. A proposito di queste ultime, la Corte di Giustizia, Sez. I 13/10/2005 causa "Parking Brixen contro Comune di Bressanone e ASM Bressanone S.p.a." n. C-458/03, ha statuito espressamente che "la totale mancanza di gara nel caso di attribuzione di concessione di pubblici servizi non è conforme al disposto degli artt. 43 CE e 49 CE, né ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza"; ha ribadito che "non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne" e che, pertanto, "nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizza la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrica" (cfr. anche TAR Piemonte Sez. II n. 4164/2006).

Nel delineato contesto appare opportuno porre in evidenza che, nel caso di esternalizzazione di servizi, l'ente deve attentamente valutare i vantaggi ed i costi dell'affidamento del servizio ad una società partecipata, in termini di efficienza del servizio e di economicità della gestione nonché delle ricadute sui cittadini e sulla responsabilità dell'ente.

Infatti ciò che dovrebbe spingere il comune ad esternalizzare il servizio sono in ogni caso valutazioni di efficacia, efficienza, economicità di lungo periodo e non contingenti esigenze di elusione di regole di finanza pubblica.

In conclusione, pertanto, la Sezione ritiene che la mera distinzione formale della società affidataria rispetto al Comune di Cologno Al Serio, secondo quanto prospettato nella richiesta di parere, a nulla rilevi ai fini del rispetto del Patto di stabilità interno, poiché la società, quale Ente strumentale del Comune, assumerebbe la veste

sostanziale di un ufficio del Comune, non distinto da esso, analogamente a qualsiasi altro ufficio comunale.

P.Q.M.

Nelle valutazioni e considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore
(Donato M. Fino)

Il Presidente
(Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il 17 gennaio 2007

Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)