

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

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giorgio Cancellieri	Consigliere Relatore
dott. Giancarlo Penco	Consigliere
dott. Giuliano Sala	Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano	Primo Referendario
dott. Gianluca Braghò	Referendario
dott.ssa Alessandra Olessina	Referendario
dott. Massimo Valero	Referendario

nell'adunanza del 5 novembre 2008

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. 28125 del 17 ottobre 2008 con la quale il Sindaco del Comune di Malnate (VA) 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'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista l'ordinanza n. 84 del 23 ottobre 2008 con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del Sindaco del Comune di Malnate (VA);

Udito il relatore, Cons. Giorgio Cancellieri;

PREMESSO

Il Comune di Malnate con nota n. 28125 del 17 ottobre 2008 ha chiesto un parere preliminare in merito alla legittimità alla trasformazione di una azienda speciale in società patrimoniale interamente partecipata dall'ente, a cui, oltre al mantenimento della gestione di una farmacia comunale, andrebbe affidata l'erogazione di servizi pubblici relativi a strade, parcheggi, verde attrezzato, illuminazione pubblica, cimitero, scuole, ecc.. Chiede inoltre se la manutenzione ordinaria e straordinaria di detti beni e la costruzione di opere inserite nel piano comunale delle opere pubbliche del Comune possano ritenersi beni strumentali, come dovranno essere disciplinati i rapporti tra società ed ente e che forma dovrà seguire l'amministrazione per il trasferimento dei beni immobili alla società.

CONSIDERATO

La richiesta di parere è fondata sull'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003, che attribuisce alla Corte dei conti una funzione consultiva in materia di contabilità pubblica.

In via preliminare, la Sezione è chiamata a verificare la presenza dei requisiti di ammissibilità della richiesta riconducibili a profili soggettivi ed oggettivi.

In relazione al soggetto legittimato a proporre i quesiti, è ormai orientamento consolidato individuarlo nell'organo rappresentativo dell'ente, come tale "capace" di manifestarne la volontà, e cioè il Sindaco.

Per tale aspetto, la richiesta è quindi ammissibile.

Dal punto di vista oggettivo, questa Sezione con deliberazione n. 1 in data 4 novembre 2004 ha avuto modo di precisare che le richieste devono evitare commistioni con le funzioni di controllo e giurisdizionale esercitate dalla Corte, non devono interferire con giudizi civili, amministrativi o penali in corso, devono riguardare questioni che abbiano carattere generale.

Per quanto riguarda inoltre la materia della contabilità pubblica, con la deliberazione n. 5/AUT/2006, la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti ha precisato che essa può investire qualsiasi attività che abbia comunque riflessi di natura finanziaria e patrimoniale, ma deve assumere un ambito limitato alla normativa ed ai relativi atti applicativi, che regolano in generale l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, comprendendo in particolare la disciplina dei bilanci e dei relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria e contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle imprese, l'indebitamento, la rendicontazione ed i relativi controlli.

A riguardo, la fattispecie sottoposta all'esame di questa Sezione risulta priva del requisito della generalità ed attiene soprattutto a funzioni proprie adeguatamente esercitate nell'ambito dell'autonomia gestionale. L'inammissibilità è inoltre motivata anche dalla formulazione di quesiti che non rientrano nella materia di contabilità.

In termini generali, comunque, si prospettano alcune considerazioni che si ritengono utili per le conseguenti decisioni che l'ente vorrà prendere nell'ambito della propria autonomia.

RITENUTO

In via preliminare, va osservato che è ormai consolidato il principio che le autonomie locali possono individuare le finalità di interesse pubblico della comunità amministrata, disporle secondo una scala di valori e soddisfarle con qualsiasi strumento consentito dall'ordinamento nei limiti dei mezzi finanziari disponibili ed utilizzabili secondo i vincoli di contabilità pubblica, con una attività che rispetti i principi posti soprattutto dagli articoli 3, 81 e 97 della Costituzione.

In questa prospettiva, non esiste alcun vincolo nell'assicurare i servizi pubblici attraverso forme di esternalizzazione, che comunque non possono eludere i principi contabili che regolano gli enti, i vincoli posti nelle leggi finanziarie per il rispetto del patto di stabilità, la valutazione dell'attività resa secondo i principi di efficacia, efficienza, economicità.

In proposito, di rilievo sono i limiti alla costituzione di società posti dall'art. 13 del d. l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006 n. 248 e dalla legge finanziaria 2008. Quest'ultima al comma 27 dell'articolo 3 fa divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire società e di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni in società non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (vds. per chiarezza di interpretazione, la delibera n. 23/08 pareri, datata 11 aprile 2008, di questa Sezione di controllo).

Di conseguenza, volendo individuare le attività che rispondono al criterio delineato, si perviene alla nozione di "servizi pubblici locali", contenuta nell'art. 112 del d. lgs. n. 267 del 18 agosto del 2000 (TUEL), ovvero a quelle attività che sono "rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

Circa i profili organizzativi concernenti l'ordinamento degli enti locali la normativa tende a limitare il possibile oggetto delle società partecipate costituite o costituenti e delinea un percorso fortemente limitativo di forme elusive degli obiettivi di finanza pubblica posti dalle leggi finanziarie.

Secondo quanto è stato affermato dalla Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 326/2008 del 30 luglio-1 agosto 2008, le disposizioni del c. d. "decreto Bersani" (ma si deve ritenere anche le norme in proposito recate dalle leggi finanziarie 2007 e 2008) costituiscono un dettato speciale delle società pubbliche e perciò attengono all'ordinamento civile.

Queste norme si riferiscono ai presupposti per la costituzione delle società ed al suo oggetto, all'ambito della partecipazione, alle modalità di costituzione degli organi societari ed alla loro remunerazione e vanno sempre più delineando un corpo di disposizioni di diritto speciale.

Altre disposizioni riguardano, in modo più particolare, gli equilibri di bilancio degli enti locali ed al rispetto dei vincoli di finanza pubblica.

Sotto questo aspetto vengono in rilievo una serie di elementi che debbono caratterizzare la costituzione delle società partecipate.

In primo luogo la delibera del Consiglio comunale dell'ente (unico organo a ciò competente) deve dare dimostrazione della convenienza, sotto il profilo economico-giuridico anche della esternalizzazione in forma societaria, del servizio nonché della sufficienza delle risorse trasferite.

In quest'ottica è opportuno richiamare l'art. 3, comma 30, della legge finanziaria 2008.

La norma è particolarmente impegnativa: l'accertata insufficienza delle risorse trasferite in relazione alla funzione da esercitare specialmente se in limiti temporali brevi potrebbe dar luogo anche a responsabilità degli amministratori sotto il profilo del danno derivante all'ente per l'impiego delle risorse necessarie a ripianare i disavanzi dell'organismo partecipato, ove il fatto sia stato causato da una analisi gravemente carente delle necessità

dell'organismo ed ancor più ove sia stato finalizzato a mantenere risorse finanziarie e/o personale presso l'ente.

Si tratta, in ogni caso, di regole intese ad assicurare l'efficacia del servizio reso e l'economicità complessiva della struttura organizzativa dell'ente.

Particolarmente impegnativa è poi la normativa introdotta con l'art. 23 bis del d. l. n. 112/2008, che, relativamente alla gestione di servizi di rilevanza economica, detta un percorso restrittivo che riguarda ogni servizio esternalizzato.

Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica avviene, in via ordinaria, mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (art. 23 bis, comma 2) e sono fatte salve le procedure di affidamento già avviate alla data del 22 agosto 2008 (art. 23 bis, comma 12). Entro il 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi pubblici locali dovrà procedersi mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica (art. 23 bis, comma 9).

In deroga al conferimento in via ordinaria, l'affidamento diretto a società sulla quale l'ente ha "controllo analogo" e, quindi, avente i requisiti per la gestione "in house", è consentito solo in presenza di situazioni che, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato (art. 23 bis, comma 3).

In caso di affidamento diretto in deroga, l'ente deve dare adeguata pubblicità alla scelta, che deve essere motivata, e relazionare l'autorità garante della concorrenza e del mercato e le autorità di regolazione del settore, se costituite, per l'espressione di un parere da rendere entro 60 giorni (art. 23 bis, comma 4). E' fatto divieto ai soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali e della gestione di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, di

acquisire la gestione di ulteriori servizi anche in ambiti territoriali diversi o per altri soggetti pubblici o privati, sia direttamente che tramite controllate o partecipate, sia partecipando a gare (art. 23 bis, comma 9).

I soggetti affidatari di servizi pubblici locali possono concorrere alla prima gara per l'affidamento, mediante procedura ad evidenza pubblica, del servizio già loro affidato (art. 23 bis, comma 9). L'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali è consentito se è dimostrabile che tale scelta è economicamente vantaggiosa (art. 23 bis, comma 6). Gli enti locali, d'intesa con la Conferenza unificata, possono definire bacini di gara per i diversi servizi, in modo da garantire economie, efficienza, efficacia ed integrazione dei servizi a domanda debole con quelli redditizi (art. 23 bis, comma 7).

Le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedura diversa dall'evidenza pubblica cessano automaticamente il 31 dicembre 2010 (art. 23 bis, comma 8). La gestione delle reti, fermo restando la proprietà pubblica, può essere affidata a soggetti privati (art. 23 bis, comma 5). Con regolamenti governativi da emanare entro il 18 febbraio 2009, sarà previsto, fra l'altro (art. 23 bis, comma 10):

- l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno;
- l'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale da parte delle società "in house" e delle società a partecipazione mista.

Nella fattispecie prospettata dal Sindaco di Malnate si fa riferimento all'azienda speciale che, come è noto, viene definita dall'art. 114 del citato TUEL come "ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio Statuto, approvato dal Consiglio comunale".

Lo stesso TUEL, all'art. 115, consente la trasformazione dell'azienda speciale in società di capitali, la quale, di conseguenza, conserva i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione, subentrando in tutti i rapporti attivi e passivi, ivi inclusi. Tale trasformazione però consente al Comune di restare azionista unico per un periodo comunque non superiore a due anni dalla data della costituzione della società ed obbliga, ai fini della determinazione dei valori patrimoniali conferiti, la richiesta, entro tre mesi dalla costituzione, di una relazione giurata da parte di un esperto designato dal Presidente del Tribunale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2343, primo comma, del Codice Civile.

In sostanza, la trasformazione dell'azienda speciale in società di capitali è consentita, origina da una "una valutazione di ordine economico – organizzativo, connessa all'esigenza di garantire la competitività nell'ambito dell'evoluto mercato dei servizi pubblici e si struttura in :

- una fase amministrativa, che inizia con l'adozione della delibera (atto unilaterale) da parte dell'ente interessato;
- una fase civilistica, strettamente connessa agli adempimenti relativi alla vera e propria costituzione della società di capitali risultante dalla trasformazione".¹

Il conferimento e l'assegnazione dei beni da un ente locale e dall'azienda speciale ad una società di capitali sono consentiti purchè deliberati dalla Giunta comunale, in esecuzione di quanto approvato dal Consiglio, e seguiti da uno specifico atto pubblico.

Tra l'altro questi hanno un impatto anche di natura fiscale, sul quale, per quanto di interesse, si segnalano le risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate n. 135/E del 14 giugno 2007 e n. 375/E del 6 ottobre 2008.

Un ultimo approfondimento infine va fatto per il servizio farmaceutico. Ai sensi dell'art. 115 del TU citato, deve ritenersi legittima la trasformazione dell'azienda

¹ Risoluzione n. 375/E datata 6 ottobre 2008 dell' Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso

speciale di gestione di farmacia comunale in società di capitali, in cui l'ente locale può rimanere azionista unico per un periodo non superiore a due anni, alla scadenza del quale dovrà procedere ad alienare le azioni, fermo restando quanto disposto dal terzo comma dello stesso art. 115, relativo alla determinazione dei valori patrimoniali conferiti.

Argomentando dall'art. 7, comma 2, e dall'art. 8 della legge 362/1991, invece, non può ritenersi compatibile con l'esercizio della farmacia alcuna altra attività che non sia finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico, al corretto svolgimento del servizio farmaceutico ed alla salvaguardia del bene salute (Corte Costituzionale n. 275/2003) e pertanto non si ritiene che l'ente possa procedere alla costituzione di società che, unitamente alla gestione di farmacia comunale, svolga altri servizi di natura del tutto diversa.

In linea di principio, tale incompatibilità sembra preclusiva; sussistendo però la possibilità del suo superamento con la costituzione di altra società di servizi, questa Sezione, al fine di salvaguardare i costi pubblici e di limitare il proliferare di nuove ed onerose società, ritiene che i vari servizi possano concentrarsi in un'unica partecipata, mantenendo ben distinte le rispettive contabilità.

P.Q.M.

Nelle considerazioni su esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore
(Cons. Giorgio Cancellieri)

Il Presidente
(Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
il 13 novembre 2008
Il Direttore della Segreteria
(dott. ssa Daniela Parisini)