



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

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Antonio Caruso	Consigliere
dott. Giorgio Cancellieri	Consigliere
dott. Giancarlo Penco	Consigliere
dott. Giuliano Sala	Consigliere
dott. Angelo Ferraro	Consigliere (relatore)
dott. Gianluca Braghò	Referendario
dott. Alessandra Olessina	Referendario

Nell'adunanza del 23 aprile 2009

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, 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. 67 recante il testo unico delle leggi nell'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota prot cc n. 2235 del 27 marzo 2009 con la quale il sindaco del comune di Ghisalba (BG) 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 con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare, tra le altre, sulla richiesta del sindaco del comune di Ghisalba.

Udito il relatore, Cons Angelo Ferraro,

Fatto

Il Sindaco del Comune di Ghisalba:

- premette che l'amministrazione comunale intende prendere parte alla costituzione di una società con un operatore privato per realizzare e/o gestire una casa di riposo per anziani con l'intento di offrire alla comunità locale un servizio ulteriore;
- chiede di conoscere se tale operazione, finalizzata all'attivazione di un servizio di carattere generale, sia ammissibile alla luce delle disposizioni di cui all'art 3, comma 27, della legge n. 244/2007, ed in che termini incida sul patto di stabilità interno.

Condizioni di ammissibilità

Ai fini dell'ammissibilità della richiesta di parere il primo punto da esaminare è l'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7 comma ottavo, della legge 5 giugno 2003, n. 131, norma in forza della quale Regioni, Province e Comuni possono chiedere a dette Sezioni pareri in materia di contabilità pubblica nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

In proposito questa Sezione ha precisato in più occasioni, che la norma in esame, il cui contenuto risulta ancora poco approfondito sia dalla giurisprudenza contabile che dalla dottrina, consente alle amministrazioni regionali, provinciali e comunali, di rivolgere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti due diverse tipologie di richieste (delibera n. 9, in data 12 marzo 2007).

Da un lato, possono domandare l'intervento della magistratura contabile al fine di ottenere forme di "collaborazione", non specificate dalla legge, dirette ad

assicurare la regolare gestione finanziaria dell'ente ovvero l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa.

Dall'altro possono richiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

La funzione consultiva, che nei primi anni di applicazione della legge è stata la principale forma di collaborazione attivata dalle amministrazioni locali, non esaurisce quindi la possibilità di intervento delle Sezioni regionali della Corte dei conti, in seguito a specifiche richieste degli enti territoriali.

Anzi, in base alla formulazione della norma non sembrerebbe neppure essere la principale forma di collaborazione, poiché nella prima parte del comma ottavo dell'art.7 è chiaramente specificato che gli enti territoriali possono domandare alle Sezioni regionali della magistratura contabile "ulteriori forme di collaborazione", con l'unico limite della finalizzazione alla regolare gestione finanziaria dell'ente e dallo svolgimento della azione amministrativa secondo i parametri dell'efficienza e dell'efficacia.

L'intensificarsi dell'uso degli strumenti collaborativi innanzi indicati richiede ulteriori approfondimenti sulla natura e sull'ambito della funzione indirizzati al suo corretto esercizio.

In proposito va considerato che l'attribuzione della funzione consultiva alle Sezioni Regionali della Corte dei conti si situa nell'ambito dell'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale n. 3/2001 che ha radicalmente modificato il titolo V della Costituzione.

In conseguenza della equiordinazione degli enti territoriali allo Stato (art. 114), e della necessaria abrogazione di ogni forma di controllo amministrativo esterno sulle Regioni (art. 124), sulle Province e sui Comuni (art. 130), il legislatore ha inteso permettere agli enti territoriali di avvalersi della collaborazione della Corte dei conti, organo magistratuale che opera quale garante imparziale nell'interesse dello Stato comunità (Corte cost. 12 – 27 gennaio 1995, n. 29), e, dopo la riforma costituzionale, di tutti gli enti che costituiscono la Repubblica (Corte cost. 11 ottobre – 9 novembre 2005, n. 417)

Le nuove attribuzioni conferite alla Corte dei conti appaiono così finalizzate ad individuare un organo neutrale che in materia di coordinamento della finanza pubblica interagisce tra i vari livelli di governo della Repubblica a tutela delle istanze e prerogative di ciascuno di essi in una materia quale quella della finanza pubblica che all'evidenza condiziona l'esercizio di tutte le funzioni pubbliche.

Contemporaneamente le modalità di esercizio del controllo e le ulteriori attribuzioni intestate alla Corte di conti intendono esaltare la natura collaborativa della funzione, propedeutica allo svolgimento dell'attività degli enti territoriali secondo il principio di legalità e soprattutto di legalità finanziaria.

In proposito questa Sezione ha più volte posto in luce che la nozione di legalità riferita alla attività della pubblica amministrazione si è andata approfondendo ed arricchendo, investendo l'esercizio del potere conferito all'amministrazione non solo al rispetto delle disposizioni normative ma anche alla sua rispondenza ai principi di buona amministrazione canonizzati nell'art. 97 della Costituzione. Anzi quest'ultimo aspetto del principio di legalità va assumendo sempre maggior rilievo, dal momento che la pubblica amministrazione, ed in particolar modo gli enti territoriali, assicurano ai cittadini servizi pubblici, il cui livello delimita le loro condizioni di vita. Ne consegue l'esigenza di assicurare il rispetto del principio di legalità, come sopra inteso, sia preventivamente in sede del processo decisionale degli amministratori dell'ente sia in sede di verifica dell'attività attraverso i controlli interni ed il controllo esterno collaborativo.

La funzione di cui al comma ottavo dell'art. 7 della legge n. 131/2003 si connota così come facoltà conferita agli amministratori di Regioni, Comuni e Province di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità della loro attività amministrativa.

I pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nei procedimenti amministrativi degli enti territoriali consentendo sulle tematiche sulle quali la collaborazione viene esercitata scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che pertengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno.

Alla luce delle esposte considerazioni va delimitato l'ambito di legittimazione soggettiva ed oggettiva degli enti ad attivare le forme di collaborazione.

Quanto all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, occorre premettere che la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, con documento approvato nell'adunanza del 27 aprile 2004, ha fissato principi e modalità di esercizio dell'attività consultiva, al fine di garantire l'uniformità di indirizzo in materia, limitando l'ammissibilità delle richieste, sul piano soggettivo, agli organi rappresentativi degli Enti (nel caso del comune, il Sindaco o, nel caso di atti di normazione, il Consiglio comunale). Inoltre si è ritenuto che la mancata costituzione del Consiglio delle Autonomie Locali non costituisca elemento ostativo all'ammissibilità della richiesta, poiché l'art. 7, comma ottavo, della legge n. 131/2003 usa la locuzione "di norma", non precludendo, quindi, in linea di principio, la richiesta diretta da parte degli enti.

In tal senso, questa Sezione, con deliberazione n. 1 in data 4 novembre 2004, ha già precisato che "non essendo ancora costituito in Lombardia il Consiglio delle autonomie, previsto dall'art. 7 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che modifica l'art. 123 della Costituzione, i Comuni possono, nel frattempo, chiedere direttamente i pareri alla Sezione regionale".

Limiti alla legittimazione oggettiva vanno invece stabiliti solo in negativo. In proposito va, infatti, posto in luce che la nozione di "contabilità pubblica" deve essere intesa nella ampia accezione che emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di giurisdizione della Corte dei conti ed investe così tutte le ipotesi di spendita di denaro pubblico oltre che tutte le materie di bilanci pubblici, di procedimenti di entrate e di spesa, di contrattualistica che tradizionalmente e pacificamente rientrano nella nozione. D'altro canto la norma in discussione non fissa alcun limite alle richieste di altre forme di collaborazione.

In negativo, senza peraltro voler esaurire la casistica, va posta in luce la inammissibilità di richieste interferenti con altre funzioni intestate alla Corte ed in particolare con l'attività giurisdizionale; richieste che si risolvono in scelte gestionali, come si è detto di esclusiva competenza degli amministratori degli enti; richieste che attengono a giudizi in corso; richieste che riguardano attività già svolte, dal momento che i pareri sono propedeutici all'esercizio dei poteri intestati agli amministratori e non possono essere utilizzati per asseverare o contestare provvedimenti già adottati.

Ne consegue che la richiesta di parere proveniente dal Sindaco del Comune di Ghisalba è ammissibile e può essere esaminata nel merito.

Considerato in diritto

La questione oggetto della richiesta di parere, concernente la possibilità per un ente locale di erogare un servizio di interesse generale attraverso la costituzione di una società mista ed i termini nei quali tale iniziativa incida sul patto di stabilità interno, rientra nel più ampio quadro del fenomeno delle esternalizzazioni e della gestione delle società partecipate, affrontato con carattere di sistematicità e completezza con le deliberazioni n. 10/2008 e n. 270/2008 di questa Sezione.

La prima riflessione al riguardo attiene all'ambito entro il quale, ai sensi della disciplina pubblicistica - segnata in particolare dall'art. 13 del D.L. 223/2006 (c.d. decreto Bersani), dall'art. 3, commi dal 27 al 32 ,della legge n. 244/ 2007 (finanziaria 2008) e dall'art. 23 bis del D.L. 112 / 2008 - è consentita la costituzione e/o la permanenza di società partecipate.

L'art. 13 del decreto legge n. 223/2006 prende in esame le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dagli enti locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti nonché, nei casi consentiti, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. Nei confronti dei predetti soggetti la norma introduce precisi limiti, prescrivendo che essi operino esclusivamente con gli enti pubblici costituenti ed affidanti, non svolgano prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, non partecipino ad altre società od enti e abbiano un oggetto sociale esclusivo.

In tal modo il legislatore statale ha inteso evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza ed assicurare condizioni di parità tra gli operatori, impedendo che società solo formalmente privatizzate ma soggette ad influenza dominante dei pubblici poteri possano liberamente operare sul mercato concorrenziale traendo vantaggio dal regime speciale di cui godono. Ulteriormente restrittivi sono, poi, i limiti posti dal comma 27 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008 che fa divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire società e di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni in società, aventi per oggetto la produzione di beni e servizi, non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. E' sempre ammessa, peraltro, la costituzione o la partecipazione in società che producono servizi di carattere generale da parte delle stesse amministrazioni nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.

Le disposizioni citate intendono espressamente tutelare la concorrenza e il mercato nonché perseguire altre importanti finalità, tra le quali quella di: arginare l'abuso di forme privatistiche da parte degli enti pubblici, presenti sovente in settori del tutto estranei alla loro missione istituzionale, evitare che le esternalizzazioni siano in realtà strumentali all'elusione degli obiettivi di stabilità interna nonché limitare la tendenza di talune società partecipate ad eludere i rischi d'impresa e a non operare secondo criteri di economicità.

L'effetto ultimo dei suddetti interventi legislativi è quello di tutelare gli equilibri della pubblica finanza, contenendo i costi delle società costituite o partecipate da alcuni enti pubblici, tra cui i Comuni (Sez. reg. contr. per il Veneto, parere in data 14 gennaio 2009).

L'assunzione di nuove partecipazioni o il mantenimento di quelle attuali devono comunque essere autorizzate dall'organo consiliare il quale è chiamato a motivare caso per caso in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27 (art. 3, comma 28, legge n. 244/2007) e cioè circa la presenza del rapporto di "stretta necessità" per il perseguimento delle attività istituzionali dell'ente ovvero il carattere di generalità dell'interesse perseguito con lo strumento societario.

Il dato normativo sancisce chiaramente per tutte le amministrazioni pubbliche, e tra queste gli enti locali, il carattere strumentale rispetto alle finalità dell'ente di ogni possibile forma di esternalizzazione.

Nel caso prospettato dal Comune di Ghisalba si tratta, a questo punto, di individuare quale siano le "finalità istituzionali" proprie dell'ente e verificare, alla luce della richiamata disposizione della legge finanziaria 2008, se la realizzazione e gestione di una casa di riposo, da insediare nel territorio comunale per erogare prestazioni a favore di persone anziane non assistibili a domicilio, rientri o meno nel novero delle funzioni riservate dall'ordinamento all'ente locale.

In proposito, com'è noto, permane una situazione di relativa incertezza a livello legislativo poiché, non essendo stata ancora esercitata la delega concernente la definizione delle funzioni fondamentali degli enti territoriali, il quadro normativo di riferimento risulta anteriore alla riforma costituzionale del Titolo V e, in larga parte, ispirato ad una logica differente da quella che ha indotto il legislatore a conferire dignità costituzionale al principio di sussidiarietà. L'art. 13 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.), infatti, attribuisce genericamente al Comune "tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione e il territorio comunale, particolarmente nei settori organici dei servizi sociali, dell'assetto e dell'utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge regionale o nazionale secondo le rispettive competenze".

In realtà, dal testo costituzionale (art. 118, comma I, Cost.) sembra emergere, come ritenuto anche da autorevole dottrina, che l'unico titolare di tutte le funzioni amministrative sia il Comune e che il legislatore, nazionale o regionale, possa intervenire unicamente per limitarle, conferendole ad altro livello di governo ove venga ravvisata la necessità di un esercizio unitario di tutela di taluna delle predette funzioni.

In forza del richiamato principio di sussidiarietà e con il conforto della prevalente giurisprudenza amministrativa è lecito, quindi, sostenere che "il ruolo centrale dell'amministrazione locale quale interprete primario dei bisogni della collettività locale, riconosciuto anche a livello costituzionale, non può essere messo in discussione dalla mancanza di un organico quadro legislativo che individui le funzioni comunali perché, semmai, il legislatore può solo specificare gli ambiti che non rientrano nella competenza comunale. Con la conseguenza che "spetta al singolo ente valutare quale siano le necessità della comunità locale e, nell'ambito delle compatibilità finanziarie e gestionali, avviare le "politiche" per soddisfarle" (Sez. reg. contr: per la Lombardia, parere n. 23 del 3 aprile 2008).

Pertanto, la scelta di ricorrere allo strumento societario - correlata per legge ai fini perseguiti dall'ente pubblico ed inerente allo svolgimento di attività di stretta pertinenza dell'ente medesimo - è, come detto, demandata all'organo consiliare che deve operare le opportune verifiche di compatibilità e di inerenza alle finalità istituzionali ancor prima di deliberare la costituzione di una nuova società per la gestione di un servizio pubblico.

Alla luce del delineato contesto normativo e con specifico riferimento al quesito posto dal Sindaco del Comune di Ghisalba, non pare dubbio che l'erogazione di un servizio di assistenza per anziani della comunità territoriale interessata rientri nei compiti di pertinenza dell'ente e, comunque, nei "servizi di interesse generale" che, secondo la definizione recepita a livello comunitario, sono volti a garantire, tra l'altro,

il godimento dei diritti costituzionalmente tutelati alla salute, all'assistenza e alla previdenza sociale.

Ove si orienti per l'esternalizzazione di tale servizio pubblico, l'ente dovrà attentamente valutare i vantaggi e i costi dell'affidamento del servizio ad una società partecipata in termini di efficienza dell'attività e di economicità della gestione nonché delle ricadute sulle comunità locale e sulla responsabilità dell'ente.

Poiché l'erogazione di un servizio di rilevanza generale per la comunità rientra nella piena competenza dell'ente locale, quest'ultimo è chiamato a deliberare, nell'ambito della sua sfera di autonomia, le concrete modalità di espressione del servizio, fatto salvo il rispetto delle compatibilità di bilancio e della sana gestione finanziaria.

Per soddisfare le predette finalità il Comune può anche utilizzare lo strumento societario, purché ciò avvenga in relazione a motivate ed obiettive necessità istituzionali, puntualmente esplicitate, e non comporti momenti elusivi delle norme dettate in materia di finanza pubblica e di attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni

In merito interviene l'art. 3, comma 30, della finanziaria 2008 che obbliga le amministrazioni costituenti o partecipanti ad organizzazioni di qualsiasi tipo ad adottare provvedimenti di trasferimento di risorse umane e strumentali in misura adeguata alle funzioni affidate all'organismo partecipato.

Viene così stabilito, ai fini della contabilità pubblica, uno stretto collegamento tra ente costituente ed organismo partecipato che si riflette in via immediata sulla organizzazione, sul patrimonio e sulle risorse finanziarie dell'ente e che deve trovare adeguata rappresentazione nei documenti di bilancio (Sez. reg. contr. per la Lombardia, delibera n. 270 /2008).

Per quanto concerne, in particolare, la ventilata costituzione di una società mista pubblico-privato per l'erogazione di un pubblico servizio si richiamano le considerazioni espresse nella delibera n. 10/2008 di questa Sezione, con riferimento ai criteri ed alle modalità di affidamento del servizio ed alla scelta del socio privato, nonché la disposizione (art. 76, comma 1, del D.L. 112/2008) che comprende nelle spese di personale dell'ente anche quelle sostenute per tutti i soggetti a vario titolo utilizzati in organismi partecipati o comunque facenti capo all'ente medesimo.

Nella citata delibera è stata, tra l'altro, affermata la necessità che la gara per la scelta del socio privato sia estesa a comprendere anche gli elementi costitutivi per l'affidamento del servizio, con effetti sullo statuto e l'oggetto sociale del nuovo organismo e con l'ulteriore conseguenza "dell'inserimento del soggetto esterno nell'organizzazione in senso ampio dell'ente" e dell'instaurazione di un "rapporto di servizio tra ente pubblico e società partecipata" che si riflette sugli stessi rapporti giuridici tra ente e impresa societaria.

Questa affermazione ha trovato, poi, una importante conferma nella recente disciplina introdotta dall'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008, convertito nella legge n.133/2008, a tenore del quale il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (comma 2), salvo deroghe specifiche (comma 3) giustificate da situazioni peculiari che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato in ragione di particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e morfologiche del contesto territoriale.

Peraltro, il ricorso alla deroga di cui al comma 3 non ricade nell'ambito delle scelte discrezionali dell'ente, ma è subordinato ad una precisa motivazione adeguatamente pubblicizzata e sottoposta al parere dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato e della eventuale autorità di regolazione del settore.

Nel caso prospettato, invero, non pare in discussione la rilevanza economica del servizio pubblico che si intende erogare, apprezzata, secondo la costante giurisprudenza comunitaria, in relazione non tanto alla natura dell'attività ovvero al suo oggetto quanto piuttosto al soggetto erogatore nonché ai caratteri ed alle concrete modalità della prestazione resa.

Si ritiene, in effetti, che l'attività di interesse generale affidata alla costituenda società partecipata presenti "prima facie" caratteristiche e modalità propri di una prestazione economicamente rilevante per il mercato della produzione e distribuzione di servizi, dovendo assicurare, stante la presenza operativa del socio privato, la convenienza economica complessiva dell'attività ed il rispetto dei principi della concorrenza.

Nella fattispecie all'esame, pertanto, non sembra applicabile il disposto dell'art. 116 del T.U.E.L. che consente la costituzione di società miste pubblico-private, anche con la partecipazione minoritaria dell'ente, per la gestione di servizi privi di rilevanza economica, cioè di quelle attività rese nell'interesse generale a titolo gratuito o a prezzo politico ed i cui costi devono necessariamente trovare copertura soprattutto nelle risorse pubbliche dell'ente.

Conclusivamente, alla luce della normativa richiamata, si ritiene che l'eventuale opzione per la forma di gestione del servizio mediante la costituzione di società mista, compatibile con la legge n. 244/2007, sia legittimamente esperibile nell'ipotesi in cui la costituzione/partecipazione in società dell'ente locale risulti strettamente necessaria per il raggiungimento di un interesse pubblico chiaramente individuato e non siano utilmente esperibili le modalità di affidamento ordinario dell'incarico a soggetti terzi già presenti sul mercato.

In ogni caso, ferma restando la scelta del partner privato con procedura di selezione ad evidenza pubblica, la società partecipata dovrà uniformarsi ai principi/

criteri di economicità,efficienza ed efficacia per la gestione del servizio e seguire procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale (cfr. anche art. 76,comma 10,D.L. n. 112/2008).

Tra la società di nuova costituzione e l'ente pubblico viene a determinarsi, come detto in precedenza, un nesso funzionale che si riflette sull'organizzazione, sul patrimonio e sulle risorse finanziarie dell'ente stesso,il quale, pertanto, anche nella gestione dell'organismo partecipato ,dovrà rispettare gli obiettivi ed i vincoli del vigente patto di stabilità interno.

P.Q.M.

Nelle considerazioni espresse è il parere della Sezione.

Il Relatore
(Cons Angelo Ferraro)

Il Presidente
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
Il 6 maggio 2009
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)