



Deliberazione FVG/ 197 /2010/PAR

REPUBBLICA ITALIANA

la

CORTE DEI CONTI

Sezione di controllo della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia

VI Collegio

composto dai seguenti magistrati:

CONSIGLIERE: avv. Fabrizio Picotti con funzioni di Presidente

CONSIGLIERE: dott. Giovanni Bellarosa

REFERENDARIO: dott.ssa Oriella Martorana (relatore)

Deliberazione del 30/06/2010. Motivato avviso in tema di

utilità economiche spettanti al Comune di Torviscosa

nell'ambito di un accordo di programma e successive

convenzioni attuative stipulati con una società di diritto

privato.

VISTO l'articolo 100, comma 2, della Costituzione;

VISTA la legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1 e successive modifiche ed integrazioni (Statuto speciale della Regione Friuli Venezia Giulia);

VISTA la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, recante "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione";

VISTO il testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti, approvato con regio decreto 12 luglio 1934 n. 1214, e successive

modificazioni ed integrazioni;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20 recante disposizioni in materia di giurisdizione e di controllo della Corte dei conti e successive modifiche e integrazioni;

VISTO l'art. 33, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 25 novembre 1975, n. 902, così come modificato dall'art. 3 del decreto legislativo 15 maggio 2003, n. 125, secondo cui la Sezione di controllo della Corte dei conti della regione Friuli Venezia Giulia, a richiesta dell'amministrazione controllata, può rendere motivati avvisi sulle materie di contabilità pubblica;

VISTA la deliberazione n.9/SEZAUT/2009 del 4 giugno 2009 recante "Modifiche ed integrazioni degli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva da parte delle Sezioni regionali di controllo";

VISTO l'art. 12 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento della Sezione, adottato con le deliberazioni n. 2/Sez.PI./2004 e n. 5/Sez.PI./2004 ai sensi dell'art. 37 del decreto del Presidente della Repubblica 25 novembre 1975 n. 902, sostituito dall'art. 7 del D. Lgs. 125/2003;

VISTA la deliberazione n.4/Sez.PI./2004, come modificata dalla deliberazione n. 19/Sez.PI./2004, e successivamente aggiornata dalla deliberazione n. 27/Sez.PI./2007 che stabilisce le modalità, i limiti ed i requisiti di ammissibilità dell'attività consultiva della Sezione;

VISTA la deliberazione della Sezione Plenaria n. 285/2009/INPR del 16 dicembre 2009 con la quale è stato approvato il programma delle attività di controllo della Sezione per l'anno 2010;

VISTA l'ordinanza presidenziale n. 2/2010 del 9 febbraio 2010, relativa alle competenze ed alla composizione dei Collegi della Sezione;

VISTA la richiesta di motivato avviso avanzata dal Comune di Torviscosa con nota n.4138 del 26 maggio 2010, acquisita il 31 maggio 2010, al n. 2233 del protocollo della Sezione in tema utilità economiche spettanti al Comune a fronte della realizzazione sul suo territorio di un impianto di produzione di energia termoelettrica, in esecuzione di un accordo di programma all'uopo stipulato con la società "Caffaro Energia s.r.l." e successive convenzioni attuative ;

VISTA l'ordinanza presidenziale n. 23 con la quale, ai sensi dell'art. 12 del Regolamento per l'organizzazione e il funzionamento della Sezione, deliberata l'ammissibilità della richiesta di motivato avviso formulata dal Comune di Torviscosa, la questione è stata deferita all'attuale VI Collegio ed è stata individuata la dott.ssa Oriella Martorana quale magistrato incaricato della relativa istruttoria;

VISTA l'ordinanza n. 23 con la quale è stato convocato il VI Collegio per il giorno 30 giugno 2010 alle ore 15.00 presso la sede della Sezione per la discussione dei temi relativi all'emanando motivato avviso;

CONSIDERATO che, in assenza del Presidente, le relative funzioni sono attribuite al Consigliere anziano, Avv. Fabrizio Picotti;

UDITO nella Camera di consiglio del 30 giugno 2010 il relatore dott.ssa Oriella Martorana;

Premesso

Con la nota indicata in epigrafe il Sindaco del Comune di Torviscosa (Ud) ha esposto quanto segue: l'Amministrazione comunale di Torviscosa ha stipulato nel 2002 con la società "Caffaro energia s.r.l.", avente sede a Milano, un accordo di programma per la realizzazione nel territorio comunale di una centrale termoelettrica da 800 MW, riconoscendo contestualmente al Comune una serie di utilità economiche comprendenti, tra le altre, il diritto alla corresponsione di importi da calcolarsi in relazione ai costi di produzione ed ai proventi derivanti dall'attività di erogazione a titolo oneroso dell'energia prodotta, per un periodo di dieci anni decorrente dall'avvio dell'impianto.

La centrale, medio tempore acquisita da altra società similmente operante nel settore della produzione ed erogazione di energia termoelettrica, a seguito di operazioni di fusione per incorporazione, è effettivamente entrata in funzione il 1° luglio 2007.

Sono state poi poste in essere una serie di convenzioni attuative dell'originario accordo-quadro, segnatamente nel 2007, nel 2008 e nel 2009.

Con le prime due stipulate nel 2007 e nel 2008 era stato previsto il trasferimento diretto nelle casse comunali di somme calcolate secondo i criteri individuati nel citato accordo di programma, mentre per il 2009 la relativa convenzione, facendo riferimento all'intervenuta liberalizzazione operata nel mercato della produzione e vendita dell'energia termoelettrica, ha parzialmente novato i contenuti degli obblighi scaturenti dall'accordo iniziale, prevedendo, in luogo

dell'integrale corresponsione degli importi spettanti all'Ente comunale, la previsione di uno "sconto" da praticarsi a beneficio dei residenti che avessero stipulato il contratto di somministrazione di energia elettrica con il gestore dell'impianto, e, solo in via residuale, l'eventuale versamento alle casse del Comune dell'ulteriore differenza non coperta attraverso la stipula dei contratti con l'utenza dei privati residenti.

L'Amministrazione comunale in carica chiede di conoscere l'avviso di questa Sezione del controllo in ordine alla correttezza, regolarità e legittimità di tale meccanismo, dovendo provvedere ad approvare e sottoscrivere la nuova convenzione attuativa per l'anno 2010, finalizzata ad introitare le somme relative a tale annualità.

* * * * *

**Sui requisiti di ammissibilità soggettiva ed oggettiva
della richiesta di motivato avviso.**

E' opportuno in via preliminare precisare che le richieste di motivato avviso rivolte alla Sezione regionale di controllo per il Friuli Venezia Giulia trovano il loro fondamento nell'art. 33, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 25 novembre 1975, n. 902, così come modificato dall'art. 3 del decreto legislativo 15 maggio 2003, n. 125, secondo cui la Sezione di controllo, a richiesta dell'amministrazione controllata, può rendere motivati avvisi sulle materie di contabilità pubblica.

Prima ancora dell'esame del merito delle richieste di motivato avviso, le Sezioni Regionali di controllo della Corte dei Conti verificano

l'ammissibilità sia sotto il profilo soggettivo (legittimazione dell'organo richiedente), sia sotto quello oggettivo (attinenza del quesito alla materia della contabilità pubblica).

Ai fini della sussistenza dei requisiti di ammissibilità soggettiva si osserva che questa Sezione in composizione plenaria, nella delibera n. 18/Sez. Pl. del 12 ottobre 2004, ai fini dell'individuazione dei soggetti legittimati a rivolgere istanze di motivato avviso, ha precisato che l'ambito soggettivo della attività consultiva espletabile dalla Sezione del Friuli Venezia Giulia è determinato dall'articolo 3, comma 1, del d.lgs. 15 maggio 2003, n. 125, che individua le amministrazioni nei confronti delle quali la Sezione medesima esplica le attività di controllo sulla gestione.

Tra queste rientrano la regione e i suoi enti strumentali, gli enti locali territoriali e i loro enti strumentali, nonché le altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione.

Sempre in relazione al profilo dell'ammissibilità soggettiva, si osserva che il soggetto legittimato a rivolgere alla Sezione richiesta di motivato avviso è individuato nell'organo di vertice dell'ente che, per il Comune, ai sensi dell'articolo 50, II comma, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, è il Sindaco, e nel caso di specie la richiesta è ammissibile in quanto proveniente da tale organo.

Quanto all'ammissibilità oggettiva, la Sezione osserva che l'art. 33, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 25 novembre 1975, n. 902, circoscrive i pareri che questa Sezione regionale di controllo della Corte dei Conti può esprimere alle materie

della contabilità pubblica.

La Sezione Regionale per il Friuli Venezia Giulia, nella delibera n. 27/Sez. Pl. del 5 ottobre 2007, che è nuovamente intervenuta sulla materia già oggetto delle precedenti deliberazioni nn. 18/Sez.Pl./2004 19/Sez.Pl./2004, fissando i requisiti di ammissibilità delle richieste di motivato avviso, ha precisato che "le materie di contabilità pubblica sulle quali può esplicarsi l'attività consultiva della Sezione sono quelle tematiche in relazione alle quali essa ritiene di poter utilmente svolgere quella funzione di affermazione di principi attinenti la regolarità contabile e la corretta e sana gestione finanziaria che costituiscono l'essenza del suo ordinario controllo".

Nella citata delibera sono stati indicati gli ulteriori requisiti di ammissibilità oggettiva delle richieste di motivato avviso costituiti dall'inerenza della richiesta a questioni:

- non astratte e/o di interesse generale;
- a scelte amministrative future e non ancora operate;
- per le quali non è pendente un procedimento presso la Procura regionale della Corte dei Conti;
- per le quali non è pendente un giudizio avanti ad organi giurisdizionali di qualsiasi ordine;
- per le quali non è pendente una richiesta di parere ad altre autorità od organismi pubblici;
- di cui sia stata data notizia all'organo di revisione economica e finanziaria o, se esistenti, agli uffici di controllo interno.

Ciò premesso, la Sezione ritiene che la richiesta di parere

formulata dal Comune di Torviscosa possa rientrare nell'ambito della contabilità pubblica nei limiti in cui sia rivolta a fornire all' Ente chiari indirizzi in merito alla convenienza e opportunità di scelte che ridondino: a) sul versante delle minori spese da sostenersi dall'Ente per la fornitura dei quantitativi di energia termica ed elettrica in misura necessaria a coprire i propri fabbisogni; b) sul versante dell' acquisizione di utilità patrimoniali (maggiori entrate) a vantaggio dello stesso, laddove le stesse vengano consensualmente previste in luogo della iniziale fornitura gratuita, a sua volta comportante una minore spesa; c) sul versante di un mancato o diminuito incameramento di entrate patrimoniali a seguito di scelte modificative di già realizzati assetti di interessi dell'Ente medesimo.

Dunque, in definitiva, si verte in materia di atti dispositivi delle risorse acquisibili dall' Ente - come minore spesa ovvero come maggiore entrata - in virtù dell'esecuzione di atti attuativi di un programma negoziale già posto in essere.

Conclusivamente, il requisito dell' attinenza alla materia della contabilità pubblica può ritenersi sussistente nella fattispecie portata all'esame di questa Sezione del controllo.

Meritano altresì di essere approfonditi ulteriori profili presentati dall'odierno quesito, in specie con riferimento ai requisiti della riferibilità a scelte future dell'Ente e alla non pendenza di giudizi davanti ad organi giurisdizionali.

Invero, viene qui in considerazione una fattispecie originata da un preciso regolamento negoziale posto in essere dall'Amministrazione

comunale con una controparte privata, rispetto alla quale la stessa Amministrazione si è già determinata ad agire, con effetti riferibili ad una frazione temporale conclusa e distinta rispetto agli ulteriori periodi con riferimento ai quali l'accordo quadro a monte dovrà continuare ad esplicare i suoi effetti.

Pertanto, in disparte da qualsivoglia valutazione di elementi relativi ad un regolamento negoziale già posto in essere, che potrà eventualmente formare oggetto di cognizione da parte del competente plesso giurisdizionale, si ritiene che questa Sezione del controllo può esprimere il suo motivato avviso in riferimento alle scelte ancora da compiersi dall'Ente e solo limitatamente ad esse.

La richiesta di parere ha, inoltre, rilevanza generale in quanto consente di approfondire le tematiche afferenti l'attività consensuale della Pubblica Amministrazione; non interferisce con funzioni di controllo o giurisdizionali svolte dalla magistratura contabile né risulta essere pendente analoga richiesta di parere rivolta ad altra autorità od organismo pubblico.

Nei limiti come sopra precisati, pertanto, la richiesta di motivato avviso deve ritenersi ammissibile e può quindi essere esaminata

Nel Merito

1. L'odierna fattispecie presenta profili di stretta attinenza con le problematiche afferenti la c.d. attività di diritto privato della P.A. nel panorama più ampio dello strumentario di atti e istituti cui la persona giuridica pubblica può fare ricorso per l'esercizio in concreto della

propria attività, a sua volta finalizzata alla cura degli interessi alla stessa affidati.

Nell'ambito della generale categoria dell'attività amministrativa, infatti, si pone la distinzione fondamentale tra atti di diritto pubblico ed atti di diritto privato della P.A., gli uni e gli altri comunque ontologicamente distinti dalle mere operazioni che rivestono invece un profilo di essenziale materialità.

All'interno della sopra richiamata grande bipartizione si distinguono, per un verso, gli atti giuridici di diritto pubblico, a loro volta posti in essere secondo i principi e le regole propri del diritto pubblico, e comprendenti senz'altro gli atti e i provvedimenti amministrativi, per l'altro, i contratti di diritto pubblico.

Con quest'ultima categoria si introduce la vasta tematica della configurabilità dell'attività consensuale della P.A. primariamente nei confronti dei privati, con la ormai riconosciuta possibilità per la stessa di addivenire alla stipula di "accordi" sia integrativi del contenuto del provvedimento finale sia sostitutivi della stesso, secondo la disciplina dettata all'art. 11 della legge fondamentale sul procedimento amministrativo (legge n. 241 del 7 agosto 1990 e s.m. e i.).

Viene altresì in considerazione il fenomeno dell'attività consensuale posta in essere da una pluralità di P.P.A.A. nell'esercizio di un'attività comune in vista della miglior regolamentazione degli interessi funzionalmente loro affidati. In tale ultimo ambito è d'uopo citare l'istituto degli accordi di programma, previsto e disciplinato dall'art. 15 della citata legge n. 241/90, nonché dalla normativa succedutasi in

materia di ordinamento degli Enti locali (così da ultimo dall'art. 34 del d. lgs. n. 267 del 18 agosto 2000, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali).

Entrambe le norme citate sono comunque espressione di una generalizzazione del principio dell'esercizio consensuale della potestà amministrativa.

In tale contesto viene in rilievo il profilo della coesistenza dei due momenti dell'autorità e del consenso, che appaiono comunque inseriti in una dinamica permeata dalla chiara influenza degli assetti di carattere pubblicistico.

Ciò comporta che, anche quando pone in essere atti di natura negoziale, la P.A. non perde la sua posizione di supremazia.

Diverso il caso in cui la P.A. pone in essere attività di diritto privato, ossia in cui agisca attraverso negozi di stampo privatistico *tout court*, conclusi su un piano di pariteticità con gli altri soggetti dell'ordinamento e finanche in posizione di inferiorità nei confronti di altre pubbliche amministrazioni che agiscano sulla base dell' esercizio di un potere pubblico.

In ogni caso, anche allorché agisca secondo lo strumentario privatistico, la persona giuridica pubblica persegue un fine pubblico. Ciò che muta è, in definitiva, il mezzo prescelto - il modulo procedimentale ovvero quello consensuale - da cui discende l'assoggettamento alla disciplina propria di ciascuno, ferma restando la funzionalizzazione dell'attività posta in essere dal soggetto pubblico alla cura concreta dell'interesse affidato.

2. Risolto positivamente il quesito sulla possibilità per la P.A. di attingere al modulo consensuale in sostanziale alternativa a quello tradizionale di stampo procedimentale, sia pure alle condizioni sopra esplicitate, l'altro profilo, che viene anch'esso posto dalla fattispecie di cui al presente avviso, è quello relativo alla possibilità di utilizzo, da parte del soggetto pubblico, di forme contrattuali atipiche.

Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità, per la P.A. di stipulare contratti di sponsorizzazione, accordi di collaborazione e convenzioni (cfr. art. 43 legge n. 449 del 27 dicembre 1997, disposizione poi recepita nel T.U.E.L. citato all'art. 119). Di tale problematica, con specifico riferimento alla figura del contratto (atipico con causa gratuita) di sponsorizzazione, si è in epoca recente occupata la giurisprudenza del Giudice amministrativo, che ha accolto la tesi positiva circa la possibilità di ammettere la stipula di contratti di sponsorizzazione nell'ambito di una procedura contrattuale ad evidenza pubblica finalizzata alla scelta dell'appaltatore del servizio di tesoreria comunale.(vd. CdS, VI sez., 4 dicembre 2001, n. 6073 e CdS, Ad. Plen. 18 giugno 2002, n. 6).

E' dunque conforme agli assetti normativamente posti in ambito pubblicistico la possibilità, in ispecie degli Enti locali, di fare ricorso all'utilizzo di forme atipiche, pur se all' interno di un modulo procedurale scandito dalle regole dell' evidenza pubblica, comunque ritenuta l'unica forma atta a garantire la massima trasparenza e la *par condicio* dei concorrenti.

L'argomentazione in virtù della quale la citata giurisprudenza

amministrativa è giunta agli esiti riferiti è quella secondo cui " *pur dovendo le P.A. operare nei limiti consentiti dalla legge, alcuna disposizione vieta alle stesse di operare anche con contratti atipici ed anzi il sempre maggiore utilizzo di strumenti privatistici al fine della realizzazione di bisogni generali di rilievo pubblicistico costituisce una conferma dell'assenza, in astratto, di una limitazione di carattere generale all'autonomia contrattuale dell'amministrazione, anche con riferimento ai contratti atipici*" (così CdS, VI sez., n. 6073/2001 citata).

Applicando i predetti principi alla questione in esame, è ben possibile che, nell' articolata composizione di interessi tra parte pubblica e controparte privata, queste addivengano alla stipula di accordi comprensivi anche di figure contrattuali atipiche, da cui scaturiscano utilità per l'Ente nonché per la collettività amministrata e che rispondano ad un interesse del privato sostanzialmente riconducibile al ritorno d' immagine ed alla maggiore visibilità conseguente alle operazioni di sponsorizzazione e patrocinio poste in essere.

3. Oltre alla delineata possibilità di scelta del modulo consensuale e di ricorso a forme contrattuali atipiche, la P.A. può, d'intesa con la controparte privata, adottare un regolamento negoziale in parte modificativo degli assetti iniziali, anche attraverso l'adozione di clausole da interpretarsi come disposizioni novative del programma inizialmente assunto, specialmente in considerazione e in conseguenza di sopravvenute circostanze di fatto e di diritto. Analogamente, è astrattamente ammissibile che in sede di convenzioni attuative dell'accordo quadro, la controparte privata si

determini a proporre modifiche delle clausole negoziali e contrattuali già poste in essere, nella logica della ottimizzazione delle proprie finalità lucrative, strettamente correlate alla propria vocazione imprenditoriale.

Così come rientra nella fisiologica esplicazione dell'iniziativa economica privata la scelta di adottare politiche fidelizzanti della clientela inserite in una logica concorrenziale tipica di un libero mercato.

Tuttavia le proposte di modifica delle clausole negoziali avanzate dalla controparte privata dovranno essere valutate dalla parte pubblica alla luce della loro idoneità a garantire il perseguimento dell'interesse pubblico; l'assenza di qualsiasi conflitto di interesse tra l'attività pubblica e quella privata; nonché, ulteriormente, a consentire risparmi di spesa rispetto agli stanziamenti disposti (così, sia pure con riferimento alle iniziative oggetto dei contratti di sponsorizzazione di cui all'art. 43, comma 2, della l. n. 449/1997, CdS, VI sez. n. 6073/2001 citata).

4. Un ulteriore elemento che si ritiene di dover evidenziare attiene all'esatta individuazione dell'interesse pubblico coinvolto nella fattispecie esaminata, innanzitutto con riferimento alla corretta individuazione della relativa titolarità.

Allorché si prende in considerazione la categoria generale dell'interesse di natura pubblicistica, vanno innanzitutto individuati e differenziati gli interessi facenti capo al soggetto pubblico in quanto tale, da quelli ascrivibili alla collettività amministrata, rispetto alla

quale la persona giuridica pubblica si pone come ente esponenziale.

Come noto, l'Ente Comune rientra nel novero delle persone giuridiche pubbliche, previste dall'art. 11 del codice civile, i cui caratteri distintivi sono desumibili in modo preminente dalla "titolarità di pubblici poteri" ed individuati, oltre che nei fini di pubblico interesse da esso perseguiti, nel loro speciale regime giuridico, nonché nell'inserimento istituzionale, variamente atteggiato, nell'organizzazione della Pubblica Amministrazione per il raggiungimento delle finalità di interesse generale.

La titolarità della personalità giuridica di diritto pubblico vale ulteriormente a differenziare le persone giuridiche pubbliche dalle persone giuridiche di diritto privato del I libro del codice civile e dagli organismi societari costituiti secondo uno dei tipi disciplinati dal V libro del codice civile.

L'assoggettamento al regime proprio delle persone giuridiche pubbliche, unitamente alla sussistenza della personalità giuridica di diritto pubblico, vale a differenziare l'Ente pubblico territoriale dalla pluralità dei soggetti dell'ordinamento generale e a connotare la sua attività in quanto prioritariamente rivolta al perseguimento e alla realizzazione dei suoi fini istituzionali.

Da ciò consegue che, allorché l'Ente si determini alla regolamentazione dei propri rapporti e interessi, ancorché attraverso l'utilizzo di forme e schemi attinenti al modulo consensuale, dovrà comunque osservare i principi e le regole discendenti dal regime pubblicistico che ne governa l'attività e la funzionalizza al

perseguimento dell'interesse di natura pubblica di volta in volta perseguito.

La valutazione dell'Ente alla luce dei predetti principi dovrà essere prioritaria rispetto alla considerazione delle utilità che genericamente potranno essere realizzate e godute dagli amministrati *uti singuli*, a seguito dell'esercizio di diritti e facoltà rimessi all'autonomia privata.

L'Ente medesimo dovrà valutare, alla luce del suesposto principio della necessaria funzionalizzazione della sua attività al più conveniente perseguimento degli interessi suoi propri, quelle scelte che possano implicare un *vulnus* al proprio patrimonio connesso a un mancato risparmio di spesa, al mancato incameramento di maggiori entrate, ovvero alla maggiore spesa derivante dall'approvvigionamento dei quantitativi di energia termoelettrica necessari per l'illuminazione e il riscaldamento dei propri edifici

P.Q.M.

La Sezione Regionale di controllo della Corte dei Conti per il Friuli Venezia Giulia esprime il proprio motivato avviso sul quesito riportato in epigrafe nei termini di cui in motivazione

ORDINA

alla Segreteria di procedere all'immediata trasmissione di copia conforme alla presente deliberazione al Sindaco del Comune di Torviscosa, di pubblicare la presente deliberazione sul sito web della Sezione e di curare gli adempimenti necessari per la pubblicazione sul sito web istituzionale della Corte dei Conti.

Così deciso in Trieste nella Camera di Consiglio del 30 giugno

2010.

Il relatore

f.to Oriella Martorana

Il Consigliere anziano

con funzioni di Presidente

f.to Fabrizio Picotti

Depositata in segreteria in data 16 luglio 2010.

Per Il Dirigente

f.to dott. Andrea Gabrielli