

REPUBBLICA ITALIANA

CORTE DEI CONTI

LA SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA PUGLIA

Nella Camera di Consiglio del 27 ottobre 2010,

ha assunto la seguente

DELIBERAZIONE N. 129/PAR/2010

sulla richiesta di parere prot. 6166 in data 13 luglio 2010 formulata dal

Sindaco del Comune di Guagnano (LE) pervenuta in data 22.07.2010;

Vista l'ordinanza n. 29/10 del 14/10/2010 con la quale è stata convocata

la Sezione Regionale di Controllo per il giorno 27/10/2010;

udito il relatore Referendario Dott. Marco Di Marco;

Ritenuto in

FATTO

Il comune di Guagnano (LE), con la nota in epigrafe indicata esponeva l'intendimento dell'amministrazione comunale di costituire una società *in house* finalizzata alla gestione dei seguenti servizi pubblici già affidati in appalto a ditte esterne: servizio di trasporto scolastico; servizio di pulizia cimitero; servizio di pulizia uffici comunali; servizio di piccola manutenzione ordinaria strade comunali; servizio di spazzamento strade comunali; servizio di supporto agli uffici comunali; servizio di manutenzione verde pubblico; servizio trasporto disabili.

La scelta di costituire una società *in house* rispetto ad altre forme di gestione sarebbe supportata, secondo quanto riferito dal Comune, da valutazioni di carattere economico, finanziarie, fiscali ed operative.

Premesso quanto sopra il Comune di Guagnano chiede il parere di questa Sezione sulla possibilità di procedere alla costituzione di una società *in house* in riferimento alle disposizioni del Decreto Legge 31 maggio 2010, n. 78.

DIRITTO

1. La funzione consultiva delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti è prevista dall'art. 7, comma 8, della Legge n. 131/2003 che dispone che le regioni, i comuni, le province e le città metropolitane possono chiedere alle dette Sezioni regionali di controllo pareri in materia di contabilità pubblica.

Preliminarmente occorre verificare la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi di ammissibilità della richiesta di parere.

2. Sotto il profilo soggettivo la richiesta di parere in esame è stata formalizzata dal sindaco del Comune e quindi dall'organo che ai sensi dell'art. 50 del TUEL ha la rappresentanza legale dell'ente ed è pertanto ammissibile sotto il profilo soggettivo.

Non può al riguardo ritenersi di ostacolo a detta ricevibilità la mancanza nella Regione Puglia del Consiglio delle Autonomie Locali, organo di consultazione tra la Regione stessa e gli Enti locali - previsto dall'art. 123 della Costituzione, come modificato dalla Legge Costituzionale n. 3 del 18/10/2001 - con funzione di filtro per le richieste di parere da sottoporre

alle Sezioni Regionali di controllo dal momento che tale organo, pur se istituito nella Regione Puglia ai sensi della L. R. n. 29 del 26 ottobre 2007 non risulta ancora operante.

3. Sotto il profilo oggettivo si rileva innanzitutto che il quesito posto non è riferito a provvedimenti già adottati e non interferisce con altre funzioni intestate alla Corte, né con eventuali giudizi in corso ovvero con scelte gestionali di esclusiva competenza degli amministratori.

Inoltre le questioni relative alla costituzione di società (così come l'assunzione di partecipazioni o le operazioni di dismissione) sono comunemente ricondotte alla materia della "contabilità pubblica" in cui può svolgersi la funzione consultiva della Corte, ai sensi dell'art. 7, comma 7 della L. 131/03 (Cfr. Deliberazioni Sez. Controllo Puglia n. 56/10; n. 103/2009).

Il quesito risulta pertanto ammissibile.

4. Il Comune di Guagnano intende costituire una società *in house* a cui affidare la gestione dei servizi di trasporto scolastico; pulizia cimitero, pulizia uffici comunali; piccola manutenzione ordinaria strade comunali; spazzamento strade comunali; supporto agli uffici comunali; manutenzione verde pubblico; trasporto disabili.

Si chiede il parere della Sezione sulla legittimità dell'operazione prospettata con specifico riferimento alle norme contenute nel Decreto Legge 31 maggio 2010, n. 78 convertito con modificazioni dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122.

Al fine di rendere una pronuncia su questioni di interesse generale (condizione che costituisce requisito di ammissibilità del parere) si tralascia il merito inerente la corretta qualificazione in termini di servizi pubblici locali dei servizi che l'amministrazione comunale intende affidare alla costituenda società *in house* e che, peraltro, non costituisce oggetto di specifica richiesta da parte del Sindaco.

L'art. 14, comma 32 del D.L. 78/2010 stabilisce che *"Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244¹, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2011 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2011 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite. Con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni*

¹ L'art. 3, commi 27, 28 e 29 della Legge 244/2007 (Finanziaria 2008) così dispone:

"27. Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.

28. L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27. La delibera di cui al presente comma è trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti.

29. Entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27. Per le società partecipate dallo Stato, restano ferme le disposizioni di legge in materia di alienazione di partecipazioni."

e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono determinate le modalità attuative del presente comma nonché ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione”.

Alla data odierna il decreto del Ministro per i rapporti con le Regioni di cui all'ultimo periodo non risulta ancora emanato.

La norma in esame si inserisce in un quadro normativo piuttosto articolato in quanto il legislatore è ripetutamente intervenuto sulla materia al fine di contrastare il fenomeno della proliferazione delle partecipazioni societarie degli Enti Locali. Il fenomeno infatti ha assunto dimensioni abnormi e rischia di pregiudicare gli equilibri di finanza pubblica poiché di frequente la costituzione di organismi societari di diritto comune costituisce lo strumento per eludere l'applicazione della normativa relativa al Patto di stabilità, ai vincoli in tema di assunzione di personale o di indebitamento, alle procedure di evidenza pubblica.

Con specifico riferimento alla fattispecie in esame l'art. 14, co. 32 del D.L. 78/10 deve essere coordinato con le disposizioni dell'art. 23-*bis* del D.L. 112/08 introdotto dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133 in tema di gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica.

L'art. 23-*bis* prevede che la gestione dei servizi pubblici locali avvenga, in via ordinaria, per mezzo di affidamento a favore di imprenditori o società individuate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica ovvero a

favore di società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica.

In deroga alle suddette modalità, "per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta <<in house>> e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

Nei casi appena descritti, in considerazione della loro peculiarità, l'eccezionale procedura di affidamento è "appesantita" dalla previsione di specifici obblighi di pubblicità e dall'obbligo di acquisire il parere preventivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Si pone pertanto il problema di ricomporre l'apparente antinomia tra l'art. 14 del D.L. 78/2010 che vieta ai Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti la costituzione di nuove società e l'art. 23-bis che, a determinate condizioni, consente l'affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica a società (anche di nuova costituzione) partecipate dall'ente locale a capitale interamente pubblico.

Il rapporto tra le norme in esame va scrutinato facendo applicazione dei tradizionali criteri ermeneutici che regolano il rapporto tra fonti normative di pari grado (Cfr. deliberazione Sez. Regionale Puglia n. 56/2010 in data 7 – 8 luglio 2010).

In applicazione del criterio cronologico di cui all'art. 15 delle disposizioni preliminari al cod. civ. la legge successiva prevale, abrogandola, sulla legge precedente (*lex posterior derogat priori*).

Tale principio non trova applicazione quando la relazione tra le norme in conflitto è di specialità poiché in questi casi prevale la norma speciale (*lex specialis derogat legi generali*).

La norma si definisce speciale quando contiene, oltre agli elementi compresi nella fattispecie generale, anche degli ulteriori elementi c.d. specializzanti che la pongono in relazione di specie a genere rispetto ad un'altra norma.

L'art. 23-*bis* del D.L. 112/08 e l'art. 14, comma 32 del D. L. 78/10 sono tra loro in rapporto di specialità reciproca in quanto il primo è speciale rispetto al secondo in relazione all'oggetto dell'attività svolta dalla società partecipata (servizi pubblici locali) mentre il secondo è speciale rispetto al primo in relazione ai soggetti destinatari (comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti).

Pertanto riguardando il problema dalla prospettiva dei Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti (come nel caso sottoposto all'esame della Sezione) l'ambito di applicazione dell'art. 23-*bis* del D.L.

112/08 presenta profili di specialità rispetto all'art. 14, comma 32 del D. L. 78/10.

Infatti l'art. 23-*bis* ha per oggetto le società in house affidatarie (nel rispetto di determinate condizioni) di servizi pubblici locali a rilevanza economica mentre l'art. 14, co. 32 si riferisce, in termini generali e senza introdurre alcuna distinzione in ordine all'oggetto dell'attività svolta, a tutti gli enti societari partecipati dai Comuni di piccole dimensioni demografiche.

Per quanto sopra, anche per i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti residua la possibilità di costituire società *in house* per la gestione di servizi pubblici locali ai sensi e nel rispetto della disciplina speciale di cui all'art. 23-*bis* DL 112/08 e della eventuale normativa di settore esistente.

La predetta conclusione è confermata anche dalla lettera dell'art. 14, comma 32 del DL 78/10 che espressamente fa salve le disposizioni dell'art. 3, commi 27, 28 e 29 della Legge 244/07 ai sensi del quale, tra l'altro, "è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale (...)" che gestiscono, cioè, servizi pubblici locali.

Infine la specialità dell'art. 23-*bis* rispetto alla generale previsione di cui all'art. 14 del DL 78/10 si giustifica anche in relazione alla differente *ratio* che ispira le due disposizioni.

Infatti le norme introdotte dalla manovra estiva del 2010 sono genericamente finalizzate al perseguimento di obiettivi di finanza pubblica di risparmio di spesa così come desumibile sia dalla rubrica del Decreto

Legge 78/2010 (*"Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica"*), sia dalla collocazione sistematica delle norme in commento nel corpo dell'art. 14 dedicato al patto di stabilità e ad altre misure di carattere finanziario.

Viceversa la disciplina dei servizi pubblici locali è espressamente finalizzata a favorire la diffusione di fondamentali principi comunitari (concorrenza, libertà di stabilimento libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici), a garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali nonché ad assicurare il livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale con la conseguenza che la relativa disciplina deve poter trovare applicazione anche nei Comuni di ridotte dimensioni demografiche.

D'altro canto le situazioni eccezionali riconducibili a "peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento" (di cui all'art. 23-*bis*, comma 3 D.L. 112/08) che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato e che legittimano pertanto il ricorso allo strumento della società *in house* con ogni probabilità sono rinvenibili, quasi esclusivamente, nei comuni di piccole dimensioni demografiche

P.Q.M.

nei termini e nei limiti di cui in motivazione è il parere della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Regione Puglia.

Copia della presente sarà trasmessa a cura del Direttore della Segreteria all'Amministrazione che ne ha fatto richiesta.

Così deliberato in Bari, nella Camera di Consiglio del 27 ottobre 2010.

Il Relatore
f.to Marco Di Marco

Il Presidente
f.to Vittorio Lomazzi

Depositata in segreteria il 11/11/2010
Il Direttore della Segreteria
f.to C. Doronzo