

REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL VENETO

Nell'adunanza del 10 novembre 2010 composta da:

Diana CALACIURA TRAINA           Presidente f.f.

Aldo CARLESCHI                    Consigliere

Riccardo PATUMI                   Referendario

Giampiero PIZZICONI              Referendario

Tiziano TESSARO                  Referendario relatore

VISTO l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;

VISTO il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

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

VISTO il Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti con il quale è stata istituita in ogni Regione ad autonomia ordinaria una Sezione regionale di controllo, deliberato dalle Sezioni Riunite in data 16 giugno 2000, modificato con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004, e da ultimo con deliberazione del Consiglio di Presidenza n. 229 del 19 giugno 2008;

VISTA la legge 5 giugno 2003, n. 131 recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge cost.

18 ottobre 2001, n. 3", ed in particolare, l'art. 7, comma 8°;

VISTI gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva approvati dalla Sezione delle Autonomie nell'adunanza del 27 aprile 2004, come modificati e integrati dalla delibera n.9/SEZAUT/2009/INPR del 3 luglio 2009;

VISTA la richiesta di parere inoltrata dal Sindaco del Comune di Massanzago (PD) n. 9020 prot. del 13 ottobre 2010 pervenuta in data 19/10/2010 ed acquisita al prot 8154 CdC;

VISTA l'ordinanza del Presidente di questa Sezione di controllo n.129/2010 di convocazione della Sezione per l'odierna seduta;

UDITO il magistrato relatore, dott. Tiziano Tessaro

#### FATTO

Il Comune di Massanzago (PD) con la nota sopra citata provoca l'espressione, *ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, del parere di questa Corte in merito alla procedura da seguire al fine di rispettare l'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 che recante disposizioni in merito alla tutela della concorrenza e del mercato, stabilisce che le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società*

*aventi per oggetto di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente ( o indirettamente) partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.(....)*

*Il comma 29 dispone che entro 36 mesi dall'entrata in vigore della succitata legge 244/2007, le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.lgs. 165/2001, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27. (....)*

Con la nota succitata ,il Comune chiede in particolare *se anche per il valore della partecipazione detenuta da questo Comune, pari a n. 83 azioni del valore nominale di € 6,00.= per un valore quota di € 498,00.= con una percentuale dello 0.002% di proprietà con una Società debba essere rispettata la procedura ad evidenza pubblica,sottolineando altresì come detta procedura sia chiaramente antieconomica.*

## DIRITTO

1.La richiesta del Comune di Massanzago (PD) è stata formulata ai sensi dell'art.7, comma 8, della legge 131/2003 per cui occorre, in via preliminare, valutare la sussistenza dei presupposti di legittimazione.

Con deliberazione del 27 aprile 2004 la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti ha adottato gli indirizzi ed i criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva affermando che, ai fini dell'ammissibilità della richiesta, accanto alle condizioni soggettive devono sussistere delle condizioni oggettive e, in particolare, l'attinenza con la materia della contabilità pubblica (in base al citato art. 7, comma 8, della legge 131/2003) ed il carattere generale e astratto della questione sottostante il quesito.

Dal punto di vista soggettivo la richiesta è sicuramente ammissibile in quanto proviene dall'organo politico di vertice e rappresentante legale dell'Ente ai sensi dell'art. 50, comma 2 del TUEL.

Circa la sussistenza del presupposto oggettivo, non v'è dubbio che la richiesta in questione ha diretta attinenza alla materia della contabilità pubblica in quanto riguarda il bilancio dell'Ente ed i vincoli per l'attività finanziaria che derivano allo stesso, anche alla luce della delibera 5/AUT/2006 del 10 marzo 2006, che riconnette l'ambito oggettivo della stessa alla normativa e ai relativi atti applicativi che disciplinano, in generale, l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, compresi, in particolare, la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria -

contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli.

Quindi, la richiesta di parere in esame risulta ammissibile anche sotto il profilo oggettivo.

2. Nel merito, occorre tuttavia precisare preliminarmente che questa Corte ritiene di potersi unicamente esprimere su una parte del quesito, in particolare richiamando i principi generali che vengono in considerazione nella fattispecie prospettata, ai quali gli organi dell'Ente, al fine di assumere le determinazioni di loro competenza, nell'ambito della loro discrezionalità, possono riferirsi. Ciò, in quanto, la scelta delle modalità pratiche ed operative rientra nell'alveo delle opzioni concretamente riservate all'amministrazione comunale.

La richiesta del Comune può, in altri termini, essere considerata ammissibile nella misura in cui non concerne questioni specifiche, non potendo la Sezione esprimersi sulla eventuale richiesta di indicazioni puntuali sulla procedura da seguire. In tal caso l'espressione del parere non è consentita per non incorrere nel coinvolgimento diretto di questa Sezione nell'amministrazione attiva di competenza dell'Ente interessato, in quanto implicherebbe in estrema sintesi, una serie di istruzioni finalizzate, nell'ipotesi sottoposta all'esame della Sezione, a supportare specifici comportamenti amministrativi e gestionali:

attività che travalica l'ambito più pertinentemente consultivo attribuito alle Sezioni di controllo della Corte dei conti e che, in ogni caso, confligge con il carattere di generalità ed astrattezza sottolineato dalla richiamate deliberazioni 24 aprile 2004 e n. 5/AUT/2006 del 10 aprile 2006 della Sezione delle Autonomie della stessa Corte, la quale presuppone la non riconducibilità dei pareri richiesti ad ipotesi concrete, per evitare di incorrere addirittura, in un controllo di legittimità successivo non consentito dalla legge.

E quindi, prescindendo dalle modalità concrete, da ascrivere alle scelte di merito dell'Amministrazione, si rende il parere per la parte residua di interesse generale concernente le condizioni con cui il Comune può procedere alla vendita delle azioni in suo possesso: di talché la richiesta di parere in esame risulta parzialmente ammissibile sotto il profilo oggettivo, con le precisazioni sopra indicate.

3. Su un piano generale, l'obbligo di seguire le procedure concorsuali pubbliche discende direttamente dalle norme e dai principi desumibili dalla normativa vigente che impongono, per ogni attività contrattuale della P.A., il principio dell'evidenza pubblica, immanente nell'ordinamento. Come è noto, infatti, l'art. 27 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che "L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture,

esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto".

Con tale norma si sancisce, quindi, anche a livello legislativo, il principio, già elaborato dalla giurisprudenza, in virtù del quale l'affidamento dei contratti esclusi dall'applicazione del Codice non esime le Amministrazioni dal rispetto delle regole a tutela della concorrenza e del buon andamento della P.A., dato che, a prescindere dalla direttive 2004/18 e 2004/17, devono comunque ritenersi applicabili i principi del Trattato in materia di tutela della concorrenza.

Le esigenze di tutela della concorrenza di cui all'art. 81 del Trattato Ce sono sviluppate altresì dalla comunicazione della Commissione europea del 12.4.2000 ( Gazzetta ufficiale n. C 121 del 29/04/2000) la quale sottolinea come *"benché il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici, né delle concessioni, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta delle norme del Trattato che presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, ossia: - le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, paragrafo 1, ex articolo 6, paragrafo 1); - le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 - ex 30 - e*

*seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43 - ex 52 - e seguenti), alla libera prestazione di servizi (articoli 49 - ex 59 - e seguenti) nonché le eccezioni a tali norme previste agli articoli 30, 45 e 46 (ex articoli 36, 55 e 56);- le disposizioni dell'articolo 86 (ex 90) del Trattato".*

La circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per le politiche Comunitarie n. 945 dell'1.3.2002 ha a sua volta precisato che *"a prescindere dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del Trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte. Si tratta in particolare dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte europea che si è posta all'avanguardia nella loro elaborazione".* Segnatamente *"il principio di trasparenza, strettamente legato a quello di non discriminazione poiché garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione. Secondo le indicazioni della Commissione europea (cfr. il punto 3.1.2 della Comunicazione interpretativa) tali forme di pubblicità dovranno contenere le*

*informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario. Spetterà poi in particolare ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi amministrative." A sua volta, "il principio di parità di trattamento implica che le amministrazioni concedenti pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura, debbano poi garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga rispettando le regole e i requisiti inizialmente stabiliti (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94 Bus Wallons, punto 54): l'obbligo di trasparenza a cui sono tenute le amministrazioni consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, cit., considerato n. 62)".*

La giurisprudenza amministrativa nazionale, a sua volta, ha riconosciuto ai principi desumibili dal Trattato in materia di concorrenza *"una portata generale che può adattarsi ad ogni fattispecie che sia estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti"* (Cons. Stato n. 934/2002). Ciò, in ossequio ai principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa ed ai principi comunitari di trasparenza e di libera concorrenza.

In ragione di ciò, la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate :di qui l'immediata operatività dei principi, sopra esposti con riferimento alla concessione di servizi, anche agli appalti sottosoglia (circolare del Dipartimento per le Politiche comunitarie del 30.6.2002 ove si richiama l'ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, e sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, rese dalla Corte di Giustizia), e, come sembra nel caso di specie, ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti (Cons. Stato, sez. VI, sentenza 10 gennaio 2007, n. 60).

4. La Sezione non ignora peraltro che l'appartenenza alla Unione europea richiede parimenti, in virtù dell'espresso richiamo dell'art.1 della legge 241/1990, l'applicazione del principio di proporzionalità che, come tale, implica che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti. Esso si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885 ): in guisa che l'operatività di tale principio lascerebbe intendere, come prospettato dalla stessa Amministrazione nel caso di specie, che esso valga ad escludere l'applicazione delle regole di evidenza pubblica, ove queste risultassero in concreto maggiormente onerose rispetto a forme alternative di alienazione.

Senonchè, i *principi del Trattato in tema di tutela della concorrenza sono vevoli al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione, laddove viene in rilievo un'utilità contendibile sul mercato* (Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 60 del 10 gennaio 2007) :piu' specificamente va sottolineato come "*sebbene le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applichino soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto espressamente in ciascuna delle dette direttive, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore, non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario*" (Corte di giustizia ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19).

Anzi, il principio di concorrenza e i principi dell'evidenza pubblica, si applicano anche nel caso di un appalto gratuito (Consiglio di Stato sentenza n. 60/2006 cit.) e in ogni caso ove esso *offre comunque un'utilità contendibile sul mercato* (Consiglio di Stato sentenza n. 168/2005) ,come nel caso di specie di cui tra l'altro si conosce solo il valore nominale delle azioni ma non il valore reale. Del resto, la stessa Autorita' di vigilanza sui

contratti pubblici sottolinea al riguardo che *qualsiasi attività economica in grado di suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese deve, se oggetto di domanda pubblica, incontrare l'offerta privata nella sede del procedimento di evidenza pubblica*(Deliberazione AVCP n. 84 del 07/10/2009 ).

Piu in generale ,l'obbligo della gara (sia pure in misura più o meno elastica a seconda della rilevanza che la fattispecie assume per la concorrenza) viene in rilievo quante volte, non solo con contratti "onerosi" (nei quali l'amministrazione versa un corrispettivo in cambio di una prestazione), ma anche con contratti "altruistici" o "gratuiti" (Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 60 del 10 gennaio 2007),e ,come nel caso di cui trattasi, di contratti attivi, la P.A. conferisca o possa conferire ad un soggetto operante nel mercato un'opportunità di guadagno e, quindi, la possibilità di una iniziativa economica che possa determinare un vantaggio competitivo (Corte Giustizia,sentenza gia' citata 7 dicembre, 2000, in C-324/98, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, punto 60).

5.Alla luce di tali premesse , pertanto, l'Amministrazione nella sua autonoma discrezionalità dovrà valutare se, in base agli elementi di cui solo la stessa può avere piena conoscenza, ricorrano i presupposti per la applicazione delle regole di evidenza pubblica che sono sicuramente vevoli, alla stregua dei

principi comunitari, per tutte le attività contrattuali della P.A. pur se non soggette a disciplina puntuale di stampo nazionale o di derivazione europea, compresi quelli di scarso valore, laddove questi concernano una utilità indubbiamente contendibile sul mercato, come sembra *prima facie* nel caso di specie

PQM

La Sezione regionale di controllo per il Veneto, dichiarata la parziale inammissibilità dello stesso, rende il parere nei termini sopra indicati.

Copia del parere sarà trasmessa, a cura del Direttore della Segreteria, al Sindaco del comune di Massanzago (PD).

Così deliberato in Venezia, nella Camera di Consiglio del 10 novembre 2010.

Il Relatore

Il Presidente f.f.

f.to Dott. Tiziano Tessaro

f.to Cons. Diana Calaciura Traina

Depositato in Segreteria il 15/11/2010

IL DIRETTORE DI SEGRETARIA

f.to (Dott.ssa Raffaella Brandolese)