



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. Giancarlo Astegiano	Primo Referendario
dott. Gianluca Braghò	Referendario
dott. Massimo Valero	Referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario (relatore)
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario

nelle camere di consiglio del 15 – 23 febbraio e del 3 marzo 2011

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 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 la nota n. 2645 del 26.01.2011 (prot. c.c. n. 854 del 27.01.2011) con la quale il Sindaco del Comune di Melzo (MI) ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per deliberare sulla richiesta proveniente dal Sindaco del Comune di Melzo (MI);

Udito il relatore, Alessandro Napoli;

PREMESSO CHE

Con nota n. 2645 del 26.01.2011 (prot. c.c. n. 854 del 27.01.2011) il Sindaco del Comune di Melzo (MI) formula a questa Sezione un quesito in ordine al divieto di costituzione di società pubbliche ed alla liquidazione di quelle già esistenti *ex art.* 14 d.l. n. 78/2010, nonché alle modalità di affidamento diretto della gestione di un impianto natatorio in favore di una società interamente partecipata dall'ente locale.

Con deliberazione n. 71 del 22 dicembre 2008 il Consiglio Comunale di Melzo (MI) ha provveduto ad effettuare la ricognizione delle proprie partecipazioni societarie per verificare la sussistenza dei presupposti di legge *ex art.* 3 commi 28 e 29 della l. n. 244/2007, deliberando il mantenimento di tutte le partecipazioni in essere allo scopo di continuare ad assicurare il perseguimento delle finalità istituzionali e la gestione dei servizi di interesse generale. Tra le società elencate è ricompresa la "Promosport Martesana srl", controllata al 100% dall'ente locale, che svolge attività di gestione di impianti sportivi comunali. Tale delibera è stata trasmessa alla Sezione con nota n. 18990 del 7 ottobre 2009 (prot. c.c. 13072 del 14 ottobre 2009).

Premesso ciò, l'organo rappresentativo dell'ente chiede se il Comune possa affidare alla suddetta società, direttamente e quindi senza gara, la gestione della piscina comunale, atteso che l'attuale contratto di appalto scadrà nel maggio 2011. Inoltre fa presente, da un lato, che la società "Promosport Martesana srl" non è attualmente attrezzata per la gestione della piscina, ragion per cui l'Amministrazione è intenzionata a procedere alla scelta

con gara di un socio privato che ne renderebbe possibile l'effettiva gestione; dall'altro, senza la gestione della piscina nessun operatore privato sarebbe interessato a partecipare alla gara.

In punto di fatto, la Civica Amministrazione osserva altresì quanto segue.

In data 30 giugno 2008 il Consiglio comunale ha approvato la costituzione della sopracitata società di capitali per la gestione di alcuni impianti sportivi comunali, interamente partecipata, approvandone lo statuto. Successivamente, sono stati approvati lo schema di affidamento ed il piano finanziario 2009-2011 con stipula del contratto di servizio, avente ad oggetto la gestione degli impianti esistenti e la costruzione di nuovi impianti ed addizioni presso un Centro sportivo. Gli impianti affidati sono campi da calcio, da tennis, pista di atletica, spogliatoi, stadio, area ristoro ed aree destinate a verde.

In relazione al successivo obbligo di dismissioni ex art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, il Sindaco precisa che il Comune di Melzo (MI) ha una popolazione di 18.513 abitanti al 31.12.2010 e che la società, come detto costituita nel 2008, non ha mai presentato un bilancio in utile.

In punto di diritto, l'Amministrazione richiama, diffusamente, la giurisprudenza costituzionale, comunitaria, contabile ed amministrativa in materia di servizi pubblici, ritenendo possibile – nel caso di specie - affidare in via diretta la gestione della piscina comunale *sub specie* di servizio pubblico privo di rilevanza economica. A questo proposito acquisterebbe rilievo l'art. 5 comma 2 della Legge della Regione Lombardia 14 dicembre 2006 n. 27, ai sensi del quale *"gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dell'incarico di gestione di impianti sportivi senza rilevanza economica ad associazioni, fondazioni, aziende speciali, anche consortili, e società a capitale interamente pubblico da loro costituite"*.

In conclusione, l'Amministrazione - nel rispetto dello statuto sociale – ipotizza il seguente *iter*:

a) affidamento alla società "Promosport Martesana s.r.l." della gestione della piscina comunale, dopo la scadenza del vigente contratto di appalto; l'affidamento presuppone l'elaborazione da parte dell'Amministrazione, congiuntamente con la società, di un aggiornamento del piano finanziario, rideterminando la durata degli ammortamenti, con un'espressa autorizzazione a realizzare nuove strutture al fine di consentire alla società di realizzare/ammodernare gli impianti esistenti;

b) gara per la scelta di un socio privato mediante procedura ad evidenza

pubblica ai sensi degli articoli 37 e 88 del d.lgs. n. 163/2006, con il criterio dell'aggiudicazione dell'offerta in aumento rispetto al prezzo a base d'asta.

Da ultimo, il Comune precisa che la realizzazione di opere, prevista dallo statuto della società, appare possibile nei limiti previsti dal piano finanziario anche in forma diretta da parte della società medesima; quest'ultima, nella circostanza, agirebbe quale amministrazione aggiudicatrice ex art. 3 commi 25 e 26 del d.lgs. n. 163/2006, ovvero quale impresa pubblica ai sensi del successivo comma 28.

OSSERVA CHE

La richiesta di parere in esame è intesa ad avvalersi della facoltà prevista dalla norma contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, la quale dispone che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possono chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti "*pareri in materia di contabilità pubblica*".

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge n. 131 del 2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

In relazione allo specifico quesito formulato dal Sindaco del Comune di Melzo (MI), la Sezione evidenzia quanto segue.

AMMISSIBILITA'

Il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se la richiesta proveniente dal Sindaco del Comune di Melzo (MI) rientri nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7 comma ottavo, della legge 6 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 funzione di cui al comma ottavo dell'art. 7 della legge n. 131/2003 si connota

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, nelle tematiche in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che appartengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno (per tutte: 11 febbraio 2009, n. 36).

Infatti, deve essere messo in luce che il parere della Sezione attiene a profili di carattere generale anche se, ovviamente, la richiesta proveniente dall'ente pubblico è motivata, generalmente, dalla necessità di assumere specifiche decisioni in relazione ad una particolare situazione. L'esame e l'analisi svolta nel parere è limitata ad individuare l'interpretazione di disposizioni di legge e di principi generali dell'ordinamento in relazione alla materia prospettata dal richiedente, spettando, ovviamente, a quest'ultimo la decisione in ordine alle modalità applicative in relazione alla situazione che ha originato la domanda.

Con specifico riferimento all'ambito di legittimazione soggettiva ed oggettiva degli enti in relazione all'attivazione di queste particolari forme di collaborazione, è ormai consolidato l'orientamento che vede nel caso del Comune, il Sindaco o, nel caso di atti di normazione, il Consiglio comunale quale organo che può proporre la richiesta.

Inoltre, è acquisito ed incontestato che non essendo ancora insediato in Lombardia il Consiglio delle autonomie, previsto dall'art. 123 della Costituzione e dallo Statuto della Regione Lombardia, i Comuni e le Province possano, nel frattempo, chiedere direttamente i pareri alla Sezione regionale.

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare che la disposizione contenuta nel co. 8, dell'art. 7 della legge 131 deve essere raccordata con il precedente co. 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il co. 8 prevede

forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma rese esplicite in particolare con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

Appare conseguentemente chiaro che le Sezioni regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore degli enti locali, ma che anzi le attribuzioni consultive si connotano sulle funzioni sostanziali di controllo collaborativo ad esse conferite dalla legislazione positiva.

Al riguardo, le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenendo con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, co. 31 del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno delineato una nozione unitaria di contabilità pubblica incentrata sul *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici"* da intendersi in senso dinamico anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Delibera n. 54, in data 17 novembre 2010).

Il limite della funzione consultiva come sopra delineato fa escludere qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale ed amministrativa che ricade nella esclusiva competenza dell'autorità che la svolge o che la funzione consultiva possa interferire in concreto con competenze di altri organi giurisdizionali.

Dalle sopraesposte considerazioni consegue che la nozione di contabilità pubblica va conformandosi all'evolversi dell'ordinamento, seguendo anche i nuovi principi di organizzazione dell'amministrazione, con effetti differenziati, per quanto riguarda le funzioni della Corte dei conti, secondo l'ambito di attività.

Con specifico riferimento alla richiesta oggetto della presente pronuncia la Sezione osserva che la stessa, astraendo dalla specificità dei procedimenti amministrativi che la determinano, è ammissibile in termini di enunciazione di principio del quadro normativo ed esegetico, sia per quanto concerne le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici sia in relazione ai criteri per la conservazione/dismissione delle partecipazioni societarie. Resta fermo che l'esame della delibera n. 71/2008 adottata dal Consiglio Comunale di Melzo (MI) è estraneo alla presente sede consultiva, essendo da ricondursi nell'alveo del controllo ex art. 3 L. n. 244/2007 come già precisato dalla Sezione in analogo fattispecie (delibera n. 70 del

04.02.2010).

MERITO

In via preliminare, la Sezione rammenta che le scelte gestorie in oggetto (modalità di affidamento della piscina comunale alla società interamente partecipata dall'ente locale; compatibilità di quest'ultima con il quadro normativo in materia di dismissioni societarie) rientrano nell'esclusiva sfera di discrezionalità ed autonoma responsabilità del Comune; cionondimeno, quest'ultimo – nell'esercizio delle proprie prerogative gestionali – potrà tenere conto dei principi interpretativi sviluppati nel presente parere.

Primo profilo: l'affidamento della gestione della piscina comunale ad una società interamente partecipata dall'ente locale.

Per quanto concerne le modalità di affidamento della gestione di una piscina comunale ad una società interamente partecipata dall'ente locale, il Collegio prende atto che la Civica Amministrazione ha diffusamente richiamato nel quesito la giurisprudenza in materia di servizi pubblici, così come i parametri normativi di riferimento, che dovrà sussumere nel singolo procedimento amministrativo di affidamento.

In termini di enunciazione di principio, con specifico riferimento alla fattispecie di gestione di una piscina comunale, la Sezione rileva che - per costante giurisprudenza - gli impianti sportivi comunali per il nuoto rientrano tra i beni del patrimonio indisponibile degli enti locali; in particolare, attesa la finalizzazione al soddisfacimento dell'interesse della collettività alle discipline sportive, sono ascrivibili ai beni destinati ad un pubblico servizio. Ergo, gli stessi possono essere trasferiti nella disponibilità dei privati mediante concessione amministrativa, in virtù della quale il privato gestisce l'impianto natatorio percependo il corrispettivo direttamente dagli utenti e corrispondendo un canone all'Amministrazione comunale, secondo lo schema tipico della concessione di servizio pubblico (da ultimo, cfr. Consiglio di Stato, Quinta, 15/11/2010, n. 8040; Tar Emilia Romagna, I, 31/1/2011 n. 30).

La giurisprudenza ha precisato come - in astratto - "i tratti distintivi del servizio pubblico siano ravvisabili nel servizio di gestione della piscina comunale .. Difatti si tratta di un'attività oggettivamente correlata alla realizzazione di interessi pubblici essendo funzionale, per le sue

caratteristiche intrinseche, a consentire a qualunque interessato lo svolgimento di attività sportiva, strettamente connessa con la tutela della salute che l'art. 32 della Costituzione individua quale fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività ... d'altro canto è evidente che si tratta di un'attività prestata direttamente in favore degli utenti per soddisfare interessi di rilevanza generale" (Tar Lombardia, III, 13 novembre 2009, n. 5021).

Tale principio di fondo deve trovare concreta attuazione nella necessaria osservanza da parte del gestore di livelli minimi di servizio, per quantità e qualità, nonché nella continuità e regolarità del medesimo in favore della collettività degli utenti. La predetta verifica fattuale deve essere compiutamente assolta dall'ente locale, al fine di configurare correttamente l'affidamento in oggetto in termini di concessione di pubblico servizio.

Ad esempio, nel sopraindicato arresto giurisprudenziale del Tribunale amministrativo lombardo n. 5021/2009, si attribuisce particolare rilievo *"alla concreta disciplina del rapporto"*: il gestore è *"tenuto ad osservare precisi vincoli in ordine ai corsi di nuoto da attivare, predeterminati per fasce di età e tipologia di attività, assicurandone lo svolgimento secondo una tempistica stabilita. Inoltre, il gestore nell'erogazione del servizio è tenuto a rispettare tariffe predeterminate dal Comune e di cui è prevista la modificabilità annuale solo in relazione all'andamento degli indici Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati, sempre previo consenso dell'amministrazione. Anzi ... per la riscossione delle tariffe il gestore è obbligato ad utilizzare bollettari preventivamente vidimati dal Comune, così evidenziando come l'Amministrazione svolga anche un'attività di verifica, sia pure documentale, sulle entrate tariffarie"*.

Nell'ambito della nozione di pubblico servizio, ai fini della corretta qualificazione dell'affidamento e delle relative modalità, è necessario poi distinguere le attività a rilevanza economica da quelle prive di tale connotato, come peraltro diffusamente argomentato dallo stesso Comune di Melzo (MI) nella richiesta di parere.

I criteri interpretativi generali sul punto sono stati più volte sviluppati dalla Sezione, in particolare nella delibera n. 195/2009 cui si effettua espresso rinvio.

Per completezza, il Collegio osserva come la giurisprudenza si sia già soffermata su un'ipotesi di affidamento diretto della gestione di una piscina comunale da parte di un comune in favore di una società interamente

partecipata, ai sensi della legge regionale lombarda n. 27/2006.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha osservato che, nella fattispecie sottoposta al suo esame, *"l'impianto è composto da un edificio con tre piscine ... e spazi di servizio con annesso bar, piscina all'aperto, spazio verde destinato a solarium ed aree di pertinenza .. Non può condividersi che le caratteristiche strutturali dell'impianto siano tali da privarlo, intrinsecamente, di rilevanza economica, sembrando piuttosto che l'incapacità di essere condotto in modo economicamente proficuo derivi dalla determinazione contingente di praticare tariffe di particolare favore. Ma ciò corrisponde ad una scelta gestionale che può essere successivamente modificata in modo che l'esercizio dell'impianto sia fonte di profitto.."* (C. Stato, V, dec. n. 5097/2009). In sintesi, nel caso oggetto della citata pronuncia, il criterio della "redditività potenziale" depone nel senso della qualificazione della gestione degli impianti natatori in termini di servizio pubblico a rilevanza economica, con conseguente illegittimità dell'affidamento diretto da parte dell'ente locale.

Come anticipato in premessa, spetta dunque al Comune applicare i suddetti parametri interpretativi all'esito di puntuale istruttoria sulle modalità di erogazione del servizio e sulle caratteristiche del medesimo.

Secondo profilo: i parametri normativi delle delibere di mantenimento delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali

Passando all'esame degli obblighi gravanti sul Comune di Melzo (MI) in materia di dismissioni societarie, la tematica delle partecipazioni degli enti locali nelle società di capitali è stata oggetto di numerosi interventi interpretativi della Sezione (cfr. da ultimo, la delibera n. 1051 del 13 dicembre 2010 nell'ambito del referto sulla gestione delle esternalizzazioni negli enti locali della Regione Lombardia).

Peraltro, la mutevolezza – anche assai recente - del quadro normativo di riferimento rende utile in questa sede una ricostruzione, seppur succinta, dello "stato dell'arte" in materia.

E' noto che il principio della capacità generale degli enti pubblici è stato progressivamente "intaccato" nella più recente legislazione giuscontabile, tanto che in materia di partecipazioni societarie è ormai astretto entro alvei legali rigorosamente predefiniti.

Le ragioni poste alla base di tale vero e proprio "*revirement*" normativo sono state più volte evidenziate in termini di tutela della concorrenza e del mercato, argine all'abuso di forme privatistiche da parte degli enti pubblici,

sovente presenti in settori estranei alla loro "mission", possibile elusione degli obiettivi di stabilità interna nonché limite alla tendenza di taluni organismi partecipati a non operare secondo criteri di economicità. L'effetto ultimo dei suddetti interventi legislativi è quello di contenere i costi delle società costituite o partecipate da enti pubblici, tra cui i Comuni¹.

In primo luogo, come noto, la normativa di riferimento è contenuta nell'art. 3 commi 27 e ss. della l. n. 244/2007 (legge finanziaria 2008), ai sensi del quale le pubbliche amministrazioni 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, nonché assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Resta sempre ammessa, invece, 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 lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3 comma 25 del Codice dei contratti pubblici e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte degli enti in questione, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza².

La valenza sistematica di tale preclusione è stata evidenziata in senso rafforzativo da recente giurisprudenza, che ne ha asserito la vigenza anche nell'assetto *ante* l. n. 244/2007, quale corollario del principio di legalità ex art. 97 Cost. nella materia dei servizi pubblici (Cons. Stato, VI, ord. n. 970, 16/2/2011). Più precisamente, come detto in relazione ad una fattispecie antecedente la legge finanziaria 2008, si è dubitato – pur a fronte della generale autonomia negoziale degli enti pubblici – della legittimità della scelta di una P.A. di costituire una società avente ad oggetto l'erogazione di servizi contendibili sul mercato non rientranti tra le proprie finalità istituzionali. Infatti, salve le previsioni speciali, il principio di legalità impone che le attività amministrative in forma privatistica siano esercitate mediante società che operino con genuino carattere di strumentalità per il perseguimento di scopi tipici dell'Amministrazione (cfr. la citata Cons. Stato, VI, ord. n. 970, 16/2/2011, che - peraltro - ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria).

In ogni caso si presuppone da parte dell'Amministrazione la previa individuazione degli interessi da soddisfare e dei servizi pubblici da erogare in

¹ Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, del. n. 187/2009.

² La Corte Costituzionale ha rigettato le censure rivolte dalla Regione Veneto nei confronti della norma, relative ad una pretesa ingerenza della legge statale nella materia della organizzazione e del funzionamento delle Regioni. L'argomento dirimente è consistito nel ricondurre la norma nella materia della tutela della concorrenza (Corte Cost., sent. n. 148/2009).

forma esternalizzata³, la verifica puntuale dei vantaggi e dei costi dell'affidamento degli interventi ad una società partecipata, in termini di efficienza e di efficacia dell'attività e di economicità della gestione, oltre che la considerazione delle ricadute nel lungo periodo sulla comunità locale e sull'organizzazione complessiva e della conseguente responsabilità dello stesso Ente⁴. Ovviamente, la scelta dello strumento societario non deve comportare momenti elusivi delle norme dettate in materia di finanza pubblica e di attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni⁵.

L'ente locale è, dunque, tenuto ad effettuare una ricognizione di tutte le proprie partecipazioni societarie, detenute o che intenda detenere attraverso la costituzione di una nuova società, al fine di vagliare caso per caso l'attività societaria individuata nello statuto.

Nel dettaglio, i criteri di valutazione sono i seguenti:

1. se l'attività riguarda la produzione di beni e di servizi c.d. "non inerenti", ossia non strettamente necessari al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, la partecipazione è interdetta, con conseguente alienazione a terzi secondo procedure di evidenza pubblica;
2. laddove, però, si tratti di servizi di interesse generale o di committenza, la partecipazione è comunque consentita *ex lege*, purché nell'ambito dei livelli di competenza dell'ente locale.

Secondo un consolidato orientamento⁶, la categoria dei servizi di interesse generale coincide *tout court* con quella dei servizi pubblici locali; *ergo*, la più volte citata valutazione di stretta inerenza delle attività di produzione di beni o servizi della società con il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente è limitata alle c.d. "società strumentali". Perentoria sul punto è la posizione assunta dal Giudice amministrativo, secondo cui l'art. 3 comma 27 della legge n. 244/2007 "*si riferisce, per giurisprudenza costante, alle c.d. società strumentali, ossia che svolgono attività amministrativa per conto dell'ente territoriale, ma per dettato normativo espresso non si applica alle società che svolgono servizi pubblici*"⁷.

La Sezione, preso atto che "*in tale ambito sembrano ricadere gran*

³ Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, del. n. 70/2010: "prima di dar corso alla costituzione della società l'ente deve verificare, in concreto, gli scopi che intende perseguire con l'organismo societario in relazione alle sue attività istituzionali e solo in caso di riscontro positivo potrà procedere".

⁴ Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, del. n. 548/2009.

⁵ Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, del. n. 187/2009.

⁶ Consiglio di Stato, sez. V, n. 3767/2009.

⁷ Consiglio di Stato, sez. V, n. 5214/2010.

*parte dei servizi pubblici locali*⁸, ha valorizzato⁹, in particolare, un approccio di matrice comunitaria, atteso che la definizione di servizio di interesse generale manca a livello nazionale, mentre utili spunti si rinvengono proprio nell'ordinamento dell'Unione Europea. Infatti, in sede definitoria, la Commissione UE¹⁰ precisa che la suddetta nozione è derivata nella prassi comunitaria dall'espressione "*servizi di interesse economico generale*" (SIEG) di cui rappresenta un ampliamento, riguardando sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.

Tale approccio trova conferme nella recente giurisprudenza costituzionale. Il Giudice delle Leggi ha, infatti, precisato che "*la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno contenuto omologo (...) Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette cioè a realizzare anche fini sociali) nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni*"¹¹.

Alla luce di tale quadro normativo ed esegetico, la Sezione osserva che nelle singole delibere ex l. n. 244/2007 si impone una puntuale illustrazione dei presupposti di fatto e del conseguente *iter* logico seguito dall'Amministrazione.

In altri termini, quest'ultima deve enucleare in modo specifico in base a quali elementi di fatto, acquisiti in sede istruttoria, sia giunta alle proprie conclusioni, chiarendo altresì nel dettaglio quale percorso logico – argomentativo abbia seguito.

Sul punto, è inequivoco l'art. 3 della l. n. 241/1990 secondo cui "*la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione alle risultanze dell'istruttoria*".

Tale principio generale è specificamente rafforzato nella fattispecie in oggetto dall'art. 3 comma 28 legge n. 244/2007, ai sensi del quale "*l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento di quelle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27*".

⁸ Cfr. Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, Relazione sulle esternalizzazioni dei servizi pubblici nella Regione Lombardia, del. n. 270/2008.

⁹ Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, del. n. 195/2009 e da ultimo del. n. 912/2010. Cfr. altresì Corte dei Conti, sez. Autonomie, del. n. 14/2010.

¹⁰ Libro Verde sui servizi di interesse generale adottato dalla Commissione Europea nel 2003 (Com/2003/0270 def.) e ripreso nel 2004 (Com/2004/0374 def.).

¹¹ Corte Cost., sent. n. 325/2010.

Non sarebbero – dunque - in alcun modo rispettose di tali parametri normativi delibere contenenti mere ripetizioni del dato legale, attesa la natura apodittica e perplessa di siffatta “pseudo-motivazione”.

Al contrario, può ritenersi assolto l’obbligo della motivazione del provvedimento amministrativo, anche se succinta, purché capace di disvelare l’*iter* logico e procedimentale che consenta di inquadrare la fattispecie nell’ipotesi astratta considerata dalla legge (cfr. *ex plurimis* Cons. giust. amm. 20 gennaio 2003, n. 31; Cons. Stato, IV, 27.10.2009 - 18.02.2010 n. 944).

D'altronde, l'assoluta centralità di un effettivo rispetto dell'obbligo motivazionale dei provvedimenti amministrativi è stata recentemente evidenziata, seppur in diverso contesto, dalla Corte Costituzionale (sentenza 5 novembre 2010 n. 310). Il Giudice delle Leggi ha stigmatizzato il fatto che, laddove manchi la motivazione, *“restano esclusi i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa, pure affermati dall'articolo 1 comma 1 della legge n. 241/1990, ai quali va riconosciuto il valore di principi generali, diretti ad attuare ... i canoni costituzionali di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione (articolo 97 primo comma Cost.) E resta, altresì, vanificata l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa, anch'essa intrinseca ai principi di buon andamento e di imparzialità, esigenza che si realizza proprio attraverso la motivazione in quanto strumento volto ad esternare le ragioni ed il procedimento logico seguito dall'autorità amministrativa”*.

Restrizioni ancora più rigorose alla capacità negoziale di Comuni e Province sono state introdotte dal d.l. n. 78/2010 convertito nella l. n. 30 luglio 2010 n. 122.

La necessità di raggiungere le finalità di contenimento dei costi (anche in un’ottica antielusiva) nonché di salvaguardia della concorrenza hanno indotto il Legislatore a predeterminare rigidamente i margini di autonomia per gli enti locali medio - piccoli, di fatto optando per un vero e proprio ridimensionamento *ope legis*.

Tale aspetto teleologico è stato messo in luce dalla Sezione¹²: si è, infatti, evidenziato che, a prescindere dalla perentorietà o meno del termine di scadenza indicato nella legge, il legislatore ha compiuto una decisa “virata” in favore delle dismissioni delle partecipazioni locali per i Comuni demograficamente minori. E ciò non solo per potenziare la concorrenza e per agevolare l’entrata di operatori privati nel mercato dei servizi pubblici locali

¹² Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, del. n. 830/2010.

gestiti in forma societaria, ma anche per limitare la capacità amministrativa dei Comuni più piccoli impossibilitati a sostenere con il proprio bilancio gli oneri di gestione di una o più società partecipate. La dimensione demografica diviene un vincolo di legge per parametrare la sostenibilità di partecipazioni societarie.

Orbene, l'art. 14 comma 32 statuisce che i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società; entro il 31 dicembre 2011 (termine prorogato al 31 dicembre 2013, *amplius* infra¹³) tali enti mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni.

Inoltre, 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 (termine prorogato al 31 dicembre 2013, *amplius* infra¹⁴) essi mettono in liquidazione le altre società già costituite.

Sono escluse le 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.

Infine, viene fatto espressamente salvo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della l. 24 dicembre 2007, n. 244.

Con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni 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, sono determinate le modalità attuative nonché ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione.

In sede consultiva la Sezione ha già esaminato l'estensione dell'art. 14 comma 32 l. n. 122/2010¹⁵, evidenziando come potrebbe essere oggetto di letture contrastanti, destinate ad incidere profondamente sulla portata del medesimo.

Secondo una prima prospettazione, la norma in questione limiterebbe ma non vieterebbe la possibilità per gli enti locali, anche con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, di costituire società di capitali e di detenere partecipazioni azionarie.

¹³ Il rinvio è disposto dall'art. 2 comma 43 del "decreto mille proroghe 2011", modificato dalla legge di conversione 26 febbraio 2011 n. 10 come nel prosieguo indicato.

¹⁴ Il rinvio è disposto dall'art. 2 comma 43 del "decreto mille proroghe 2011", modificato dalla legge di conversione 26 febbraio 2011 n. 10 come nel prosieguo indicato.

¹⁵ Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, del. n. 861/2010 e n. 912/2010.

Infatti, attesa la clausola di salvezza dell'art. 3, co. 27 della l. n. 244 del 2007 per cui è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società, queste ultime potrebbero ancora essere costituite dagli enti locali: il nuovo divieto opererebbe, dunque, solo in relazione a partecipazioni di natura diversa.

Al contrario, in base ad una lettura letterale e restrittiva della norma i Comuni e le Province con meno di 30.000 abitanti non possono detenere più alcuna nuova partecipazione azionaria e debbono dismettere, sia pure nei tempi indicati, quelle che possiedono attualmente.

A sostegno di questa seconda posizione è stato richiamato il tenore letterale della disposizione in base al quale *"i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società"*, fatta salva la partecipazione di più enti con popolazione complessiva superiore ai 30.000 abitanti (espressamente prevista).

Sia l'una che l'altra prospettazione sollevano perplessità perché sembrano trascurare, la prima, la finalità che ha animato il legislatore in questi anni di addivenire ad una progressiva limitazione dell'utilizzo dello strumento societario e, la seconda, la possibilità che lo stesso legislatore preveda - in alcuni casi - lo svolgimento obbligatorio di servizi od attività di pertinenza degli enti locali per il tramite di società di capitali.

Inoltre, la prima posizione interpretativa segnalata sopra appare contraddittoria: se l'inciso *"fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 ..."* significasse che il nuovo divieto non si applica alle società che si possono costituire in base alla disposizione contenuta nella legge finanziaria per il 2008, saremmo in presenza di una disposizione priva di contenuto. Infatti già l'art. 3, co. 27 ha imposto la limitazione dell'uso dello strumento societario correlandolo alle finalità dell'ente; nella sostanza, l'art. 14 co. 32 risulterebbe privo di rilievo, poiché i Comuni con popolazione inferiore ai 50.000 abitanti potrebbero continuare a costituire e detenere partecipazioni societarie purché riconoscano la finalità disciplinata dall'art. 3, co. 27.

Al contrario, il legislatore ha voluto precisare che, nei casi nei quali gli enti possono detenere partecipazioni azionarie in base all'art. 3, co. 27, i Comuni con meno di 30.000 abitanti da soli non possono comunque costituire società, ma debbono associarsi con altri enti; i Comuni con popolazione compresa fra i 30.000 e i 50.000 abitanti possono detenere una sola

partecipazione; ed infine non sono indicati limiti numerici per i Comuni con popolazione superiore ai 50.000 abitanti.

Pure la seconda prospettazione presenta criticità, anche se di minor rilievo. Nella sostanza essa coglie il significato della norma che è quello di limitare la partecipazione azionaria degli enti locali, ma non tiene conto, come accennato sopra, di eventuali previsioni speciali.

Ed è proprio partendo da questa seconda posizione, in larga massima condivisibile, che può raggiungersi un risultato ermeneutico rispettoso sia della lettera che della *ratio* dell'art. 14, co. 32.

Quest'ultimo non ha inteso abrogare la precedente normativa di carattere generale contenuta nell'art. 3, co. 27, ma, al contrario, ha inteso mantenere entrambe le discipline prevedendo che - da una loro lettura coordinata - risulti la "*regola aurea*" che deve essere seguita dai Comuni.

Le due prescrizioni operano su piani diversi: l'art. 3, co. 27 su quello della finalità e degli scopi che l'ente può raggiungere con la partecipazione societaria; l'art. 14, co. 32 sul piano numerico ed operativo, con la previsione che, in ogni caso, nessun ente potrà detenere un numero di partecipazioni superiore a quello previsto *ex lege*. Si tratta, in sostanza, di una valutazione con la quale il legislatore ha ritenuto importanti non solo gli scopi perseguiti dagli enti locali (già disciplinati nell'art. 3, co. 27), ma anche le modalità di svolgimento dell'attività, ritenendo che il rapporto fra ente costituente e organismo societario per essere efficiente debba avvenire in un ambito più esteso ed articolato, quale è quello degli enti di maggiori dimensioni. Questi ultimi, proprio in considerazione della suddetta circostanza, da un lato, possono più agevolmente stabilire modalità di indirizzo e controllo dell'attività societaria e, dall'altro, dar vita a società dotate di una "massa critica operativa" più significativa. Si valorizzano le economie di scala, evitando il fenomeno della polverizzazione di società che non dispongono di risorse sufficienti per operare in modo soddisfacente ed autonomo all'esterno dell'ente costituente. A suffragio di questa circostanza opera la possibilità per gli enti di minori dimensioni di associarsi per dar vita ad aggregazioni societarie (sempreché – come detto - la popolazione interessata complessiva sia superiore ai 30.000 abitanti).

In sintesi, l'inciso "*fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244*" comporta che - nei limiti numerici delle partecipazioni che ciascun ente può detenere in base alla previsione

contenuta nell'art. 14, co. 32 - le stesse dovranno, altresì, essere conformi ai canoni previsti dall'art. 3, co. 27 della legge finanziaria per il 2008.

Ergo, a prescindere dal vaglio "finalistico" dell'attività, in ogni caso i Comuni con meno di 30.000 abitanti da soli non possono costituire società, ma debbono associarsi con altri enti; i Comuni con popolazione compresa fra i 30.000 e i 50.000 abitanti possono detenere una sola partecipazione; infine non sono soggetti a limiti numerici i Comuni con popolazione superiore ai 50.000 abitanti. Restano salve eventuali previsioni speciali di esercizio obbligatorio della funzione in forma societaria, secondo il modello delle società c.d. "di diritto singolare".

Tale ricostruzione interpretativa sviluppata dalla Sezione è stata espressamente condivisa dalla successiva giurisprudenza contabile (Sezione Liguria, del. n. 166 del 31.12.2010).

Da ultimo, la tematica è stata in parte innovata dalla legge di stabilità 2011 e, poi, dalla legge di conversione del c.d. "decreto mille-proroghe 2011".

In primo luogo, l'art. 1 comma 117 della legge 13 dicembre 2010 n. 220 (legge di stabilità 2011) ha statuito che l'obbligo di porre in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del d.l. n. 78/2010, ovvero di cederne le partecipazioni, non si applica ai Comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi.

L'art. 2 comma 43 del "decreto mille proroghe 2011" (d.l. n. 225 del 29 dicembre 2010) emendato dalla legge di conversione 26 febbraio 2011 n. 10 ha modificato la decorrenza temporale ed i presupposti delle riduzioni quantitative *ex art. 14 comma 32 l. n. 122/2010*, novellando il precitato art. 1 co. 117 della legge di stabilità 2011.

Da un lato, infatti, l'obbligo di cessione delle partecipazioni o di messa in liquidazione delle società "*contra legem*" è stato rinviato al 31 dicembre 2013.

Dall'altro, la deroga operante in favore dei Comuni inferiori ai 30.000 abitanti le cui società siano in utile nell'ultimo triennio è stata ridefinita dal Legislatore. L'obbligo di liquidazione/cessione non si applica ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite: a) abbiano, al 31 dicembre 2013, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di

procedere al ripiano delle perdite medesime.

Orbene, *rebus sic stantibus* l'interprete non può che prendere atto della maggiore ampiezza del periodo transitorio (fino al 31.12.2013) per le dismissioni *ex art.* 14 comma 32 della l. n. 122/2010 da parte dei Comuni inferiori ai 50.000 abitanti.

In concreto, ciò significa che – ad oggi - le soglie quantitative *ex l. n.* 122/2010 non costituiscono un parametro di valutazione attuale delle delibere di mantenimento delle partecipazioni societarie *ex art.* 3 comma 27 e ss l. n. 244/2007. Al contrario, resta ferma l'immediata applicabilità dei suddetti limiti quantitativi, in funzione delle soglie demografiche dell'ente locale, nel caso di assunzione di nuove partecipazioni da parte di quest'ultimo.

Il Collegio rammenta - però - che, a prescindere dall'immediata applicazione di quest'ultima normativa, le delibere consiliari di assunzione/mantenimento della partecipazione devono comunque, in via generale, tenere conto (e conseguentemente dare atto nel testo) della situazione economica e patrimoniale delle società, in ossequio al principio di legalità finanziaria che conforma l'azione amministrativa.

Infatti, come già accennato, la scelta di assunzione/mantenimento della partecipazione presuppone in capo all'ente locale (di qualsivoglia dimensione) una prodromica valutazione in termini di efficacia ed economicità, quali corollari del buon andamento dell'azione amministrativa *ex art.* 97 Cost., nell'ottica della sana gestione finanziaria.

Sul punto, la giurisprudenza della Sezione ha precisato che l'andamento della società non deve essere strutturalmente in perdita, attesa l'incompatibilità tra il ricorso allo strumento societario e risultati economici di quest'ultimo sistematicamente negativi, fermo il rispetto dei recenti divieti di finanziamento *ex art.* 6 comma 19 d.l. n. 78/2010. In via esemplificativa, giungendo a casi "estremi"¹⁶, una società che, sin dalla data di costituzione, non ha mai concretamente operato non può, per definizione, considerarsi essenziale per l'ente locale di riferimento, ovvero ritenersi organismo strumentale dedito alla produzione di beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali del comune. Una società interamente partecipata da una pubblica amministrazione locale che si mantenga in uno stato di protratta latenza operativa si traduce in una vera e propria contraddizione ai criteri di efficienza, economicità ed efficacia

¹⁶ Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, del. n. 830/2010, nonché - sul punto - del. n. 982/2010.

dell'azione amministrativa, quale mero centro di costo che non ha generato alcuna ricchezza, ma che ha prodotto solo i costi fissi di mantenimento della struttura.

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'Estensore
(Alessandro Napoli)

Il Presidente
(Nicola Mastropasqua)

Depositato in Segreteria
14 marzo 2011
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)