



Corte dei Conti
Sezione regionale di controllo per la Basilicata
Potenza

Deliberazione n. 12/2012/PAR

Parere n. 5/2012

La Sezione regionale di controllo per la Basilicata così composta:

Presidente di Sezione	dr. Ciro Valentino	Presidente
Consigliere	dr. Rocco Lotito	Componente
Primo Referendario	dr. Giuseppe Teti	Componente-relatore
Referendario	dr. Donato Luciano	Componente

nella Camera di consiglio del 22 marzo 2012;

VISTO l'art. 100 della Costituzione;

VISTO il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni ed integrazioni;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20 e successive modificazioni;

VISTA la legge 11 novembre 2000, n. 340, ed in particolare l'art. 27;

VISTO l'art. 7 della legge 5 giugno 2003, n. 131, ed in particolare il comma 8;

VISTA la deliberazione n. 14/2000 in data 16 giugno 2000 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, con la quale è stato deliberato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, e successive modificazioni ed integrazioni;

VISTI gli indirizzi ed i criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva approvati dalla Sezione delle Autonomie nell'adunanza del 27 aprile 2004 e le successive modifiche ed integrazioni approvate con deliberazione n. 9/SEZAUT/2009/INPR nell'adunanza del 4 giugno 2009;

VISTO l'art. 17, comma 31, del decreto legge n. 78/2009 (convertito in legge 102/2009);

VISTA la delibera n. 54/CONTR/10 delle Sezioni Riunite in sede di controllo, depositata il 17 novembre 2010;

VISTA la richiesta inoltrata dal Sindaco del Comune di Pescopagano (PZ) con nota prot. n. 4392 del 21 luglio 2011 pervenuta in data 27 luglio 2011;

VISTA l'ordinanza del Presidente di questa Sezione regionale di controllo n. 39/2012 del 22 marzo 2012, con la quale è stata deferita la questione all'esame collegiale della Sezione per l'odierna seduta e con la quale è stato anche nominato il relatore nella persona del dott. Giuseppe Teti;

UDITA nella camera di consiglio la relazione svolta dal nominato relatore;

in fatto

Il Sindaco del Comune di Pescopagano ha manifestato l'interesse a realizzare, insieme all'EIPLI (Ente per lo sviluppo della irrigazione e della trasformazione fondiaria in Puglia e Lucania), quando ancora l'Ente non era stato posto in liquidazione (art. 21, commi 10 e 11, d.l. n. 201/2011, conv. con L. n. 214/2011), una società a capitale misto, alla quale possano partecipare soggetti pubblici (enti locali e non) e soggetti privati (finanziari e industriali). Detta società, nell'ottica di perseguire la razionalizzazione dell'uso dell'energia allo scopo di un corretto impiego delle risorse naturali, avrebbe per oggetto (in estrema sintesi): la produzione e la commercializzazione di energia elettrica e termica da fonti rinnovabili; le connesse attività di studio, ricerca, produzione, trasporto e vendita di energia; la costruzione e/o la gestione delle relative reti nel comune di Pescopagano o nelle aree ove potrà svolgersi l'attività economica e imprenditoriale della Società.

Nel dettaglio, l'attività del costituendo sodalizio sarebbe diretta: da un lato, a progettare, realizzare, gestire e mantenere impianti per la produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica e termica da fonti rinnovabili. In questo contesto il Comune si propone di favorire l'utilizzazione di tali risorse energetiche nell'edilizia residenziale pubblica.

D'altro canto, la Società svolgerebbe attività di sperimentazione e di ricerca, sia in proprio che per conto di soggetti terzi, allo scopo di garantire la massima efficienza nello sfruttamento delle condizioni

ottimali di approvvigionamento energetico nell'ambito del territorio comunale.

In attesa di dar corso all'iniziativa si è richiesto a questa Sezione regionale di controllo un parere circa l'evoluzione e lo stato attuale della normativa in materia di società costituite dagli Enti locali, onde verificare la fattibilità della iniziativa stessa.

Considerato in diritto

1. Sull'ammissibilità della richiesta

1.1 - La richiesta di parere, proveniente dal Sindaco del Comune, è senz'altro ammissibile sotto il profilo soggettivo, secondo quanto dispone l'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003.

1.2 - Sotto il profilo oggettivo, il quesito posto dal Comune di Pescopagano può ritenersi ammissibile con le precisazioni di cui appresso.

Dandosi come qui riportati i criteri generali di ammissibilità dei quesiti volti a sollecitare l'attività consultiva intestata alle Sezioni regionali della Corte dei conti, già più volte indicati da questa Sezione (cfr. deliberazioni nn. 4, 5 e 21 del 2011), la richiesta di parere in esame può ritenersi ammissibile in quanto: i) rientra nella materia della "contabilità pubblica", come da ultimo definita con Delibera 54/CONTR/10 delle Sezioni Riunite in sede di controllo, in epigrafe richiamata; ii) non interferisce con altre funzioni intestate alla Corte dei conti o ad altre magistrature; iii) non riguarda attività amministrative già esaurite;

La necessaria distinzione tra le modalità che circoscrivono l'attività consultiva intestata alle Sezioni Regionali di controllo della Corte dei conti e la sfera gestionale rimessa alla esclusiva potestà degli amministratori porta ad escludere che con la richiesta di parere possa sollecitarsi la valutazione, anche se preventiva, di casi o atti gestionali specifici, che determinerebbe un'ingerenza della Corte dei conti nella concreta attività gestionale dell'Ente.

L'istanza in esame, avanzata dal Comune di Pescopagano può, invece, considerarsi ammissibile in quanto sollecita, in termini generali e astratti, la richiesta di elementi di valutazione per l'interpretazione delle vigenti norme in materia, dalle quali l'Ente richiedente può trarre indicazioni

nell'ambito della sua autonomia, fermo restando che la scelta concreta di quale sia la disciplina applicabile e di quali effetti comporti ricade unicamente Amministrazione interessata.

2. nel merito

2.1 - Nel panorama legislativo degli ultimi anni si sono susseguite fasi in cui il ricorso allo strumento societario da parte degli enti locali ha avuto soluzioni altalenanti che qui non è il caso di esaminare nella loro evoluzione.

L'ambito consultivo entro il quale opera questa Sezione impone, infatti, che il tema sia circoscritto alle disposizioni che, nell'attualità, hanno posto più stringenti limiti alla possibilità degli enti locali di partecipare a compagini societarie, a loro facenti interamente capo, ovvero in concorso con terzi.

Per lo più sono interventi dettati dalla necessità di tutelare la concorrenza e l'accesso ai mercati da parte degli operatori privati, evitando che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. In questo contesto si collocano, principalmente, le norme contenute nell'art. 13 del d.l. 223/2006 e nell'art. 3, commi 27-29, L. n. 296/2006, mentre la disposizione contenuta nell'art. 14, comma 32, d.l. n. 78/2010, appartiene alle misure di coordinamento della finanza pubblica, volte al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica.

L'art. 13 impone alle società a capitale interamente pubblico e misto, costituite dalle amministrazioni locali e regionali per la produzione di beni o servizi strumentali all'attività di tali enti ovvero, nei casi consentiti, per lo svolgimento di funzioni amministrative, di operare esclusivamente con gli enti costituenti e affidanti, vietandosi di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati. La giurisprudenza amministrativa (C.Stato, 1.4.2011, n. 2012) ha espressamente ritenuto che questa disposizione ha carattere eccezionale e deve essere interpretata in stretta aderenza al dato letterale e senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi ivi previsti. Il carattere eccezionale della norma impone di considerare il divieto di operare per altri soggetti pubblici e privati valevole solo nei confronti delle società, costituite o partecipate

dagli EE.LL. o regionali, aventi natura strumentale (C. Stato, 5.3.2010, n. 1282).

L'art. 3, comma 27, L. n. 244/2007 stabilisce che, 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.

Giova osservare che l'aver assentito lo svolgimento in forma societaria delle sole attività "strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali" non vale ad escludere, a priori, la possibilità che detta attività rientri tra quelle appetibili dal mercato o che sia svolta con fini di lucro. Con essa, piuttosto, si impone un rapporto di rigorosa necessità con i fini istituzionali che l'ente locale si propone di perseguire (di "*stretta strumentalità del negozio societario rispetto ai fini istituzionali*" dell'Ente", parla il Consiglio di Stato, in Ad. Pl., n. 10/2011 cit.).

I confini che definiscono l'area delle "finalità istituzionali" non sono particolarmente definiti. L'attuale art. 114 Cost. porta a riconoscere i comuni tra gli enti autonomi, anche politicamente, orientati a fini generali, con la conseguenza che il perseguimento dei loro fini istituzionali non sembra più coincidere con l'esercizio delle sole funzioni fondamentali assegnate dallo Stato (Cass., V, 23.1.2008, n. 1411: è errato identificare il concetto di "finalità istituzionali" che sono proprie dell'ente locale e che ne costituiscono la ragion d'essere dello stesso,

con quello di “servizio pubblico”, che può essere svolto anche per il tramite di altri soggetti di natura privata, quali le aziende municipalizzate o altri enti o società che forniscono energia elettrica). Indubbiamente l'esercizio delle funzioni fondamentali e dei servizi che l'ordinamento statale attribuisce loro per garantire un livello essenziale e uniforme di prestazioni sono e restano momenti ineliminabili nel perseguimento dei “fini istituzionali” dell'Ente. A questo proposito l'art. 2, comma 4, let. b) della legge n. 131/2003, nel conferire delega al Governo per l'emanazione di specifici decreti legislativi, definisce “fondamentali” quelle funzioni essenziali e imprescindibili per il funzionamento dell'ente e per il *“soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento”*. Non di meno il riconoscimento di funzioni proprie accanto a quelle conferite con legge statale o regionale (art. 118 Cost.) porta a ritenere che l'ente locale abbia la possibilità di declinare ulteriormente e autonomamente lo spettro di funzioni o di servizi attraverso i quali realizzare le finalità “istituzionali”; resta fermo che, in questo spazio più ampio, gli enti locali devono mantenersi interpreti dei bisogni primari delle comunità di riferimento, tenuto conto, in via prioritaria, per Comuni e Province, anche delle funzioni storicamente svolte.

A rafforzare questo ambito di autonoma valutazione soccorre il comma 28 dello stesso articolo 3, che attribuisce all'organo dell'Ente, e non a soggetti ad esso estranei, il potere di autorizzare l'assunzione della partecipazione societaria se ne ha verificato la compatibilità con il suo fine istituzionale. Gli indici di queste finalità vanno cercati, in primo luogo, nello Statuto dell'Ente e, secondariamente, nelle linee programmatiche che definiscono gli impegni sui quali si misura l'attività di governo dell'ente ex art. 42, comma 3, TUEL, ed ancora negli atti programmatori di bilancio, annuali e pluriennali (C. conti, sez. controllo Veneto, delib. 5/2009/PAR). Ne consegue che la sussistenza delle condizioni e dei presupposti che consentono l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali deve essere verificata dall'organo consiliare che appare essere quello competente ad autorizzarla con delibera motivata. La delibera, di cui al citato comma, è trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti.

Entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della legge n. 296/2006 le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, avrebbero dovuto cedere a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27.

Da ultimo, occorre considerare il comma 32 dell'art. 14 del d.l. n. 78/2010 secondo il quale, fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2012 (termine prorogato di ulteriori 9 mesi dall'art. 29, comma 11 bis, d.l. n. 216/2011) i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite:

- a) abbiano, al 31 dicembre 2012, 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.

La disposizione di cui al citato comma 32 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.

2.2 - Per rimanere all'esame dei temi introdotti dal parere in argomento è necessario affrontare il problema del rapporto tra queste diverse norme. Secondo una prima lettura, si potrebbe ritenere che il citato comma 32 dell'art. 14, nel vietare ai comuni, la cui popolazione sia inferiore a 30.000 abitanti, la costituzione di società, abbia inteso far salve quelle

società che abbiano per oggetto la produzione di beni e servizi strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. In altre parole, si potrebbe ritenere che la costituzione di società per l'erogazione di beni e servizi è sempre ammessa solo se l'oggetto loro è coerente con la stretta necessità di assolvere ai fini istituzionali dell'ente. In tal senso potrebbe addursi l'argomento letterale rappresentato dall'*incipit* dello stesso comma 32 (*"fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244"*, che, appunto, tale possibilità ammettono). Ancora, potrebbe sostenersi che la procedura ricognitiva per la gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, fissata dall'art. 4, comma 1, del d.l. n. 138/2011, necessariamente vale per tutti gli enti locali, quale che sia la loro popolazione (*"Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità"*). Conseguentemente, laddove il servizio non avesse un mercato appetibile, gli enti potrebbero rimanere privi di un operatore privato disposto a renderli, ovvero li potrebbe erogare ma a prezzi non concorrenziali e, d'altra parte, la limitazione posta dal comma 32 dell'art. 14, renderebbe problematica la strutturazione di un servizio diretto da parte dell'ente locale. A evitare una siffatta situazione potrebbe soccorrere, secondo un ulteriore argomento, il disposto del comma 13 del medesimo art. 4 d.l. n. 138/2011 (nel testo vigente), secondo il quale *"In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione*

*cosiddetta "in house". Sempre traendo spunto dal testo dell'art. 4 del d.l. da ultimo citato, comma 2, potrebbe sostenersi che la tutela della concorrenza e del mercato è comunque garantita dalla articolata motivazione che deve sostenere la delibera quadro adottata dall'ente locale ai sensi del comma 1, deputata a illustrare l'istruttoria compiuta ed a evidenziare, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio. Un controllo assai penetrante sulla citata delibera è esercitato, comma 3, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, alla quale la delibera deve essere inviata. Detta Autorità, dopo l'aggiunta dell'art. 21 *bis* alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, disposta dall'art. 35 del d.l. n. 201/2011, "è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. L'Autorità, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni.*

2.3 – Un'altra possibile interpretazione è stata fatta propria dalla Sezione regionale di controllo dell'Emilia Romagna con la deliberazione del 13.2.2012, parere n. 9. Tale pronunciamento rappresenta il più recente arresto della giurisprudenza consultiva elaborata, sul punto, dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti.

In sostanza, uniformandosi anche a precedenti orientamenti di altre sezioni regionali, è stato ritenuto che la difficoltà interpretativa rappresentata dalle diverse disposizioni susseguitesì nel tempo è stata superata nel senso che le due disposizioni operano su piani diversi. *"L'articolo 3, comma 27, opera sul piano delle finalità che l'ente può raggiungere mediante lo strumento societario; l'articolo 14, comma 32,*

sul piano numerico, essendo stati fissati dei tetti correlati alla densità demografica dell'ente (Sez. Lombardia nn. 861/2010/PAR, 952/2010/PAR, 959/2010/PAR; Sez. Liguria 166/2010/PAR; Sez. Emilia-Romagna nn. 4/2011/PAR, 30/2011/PAR, Sez. Puglia, 12/2011/PAR; Friuli Venezia-Giulia 245/2011/PAR).

Ne deriva, pertanto, che a prescindere dal tipo di attività svolta - salvo eventuali disposizioni normative speciali che impongano l'esercizio obbligatorio della funzione in forma societaria, secondo il modello delle società cd. di "diritto singolare" - i Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono costituire nuove società se non associandosi con altri enti; i Comuni con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti possono detenere una sola partecipazione (cfr. in tal senso Sez. Lombardia, deliberazione 124/2011/PAR)."

Pertanto, "la costituzione e/o la partecipazione in società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica da parte dei Comuni a densità demografica ridotta (con popolazione sino a 30.000 abitanti) deve ritenersi parimenti non consentita - salvo le deroghe previste ex lege (art. 14, comma 32, terzo e quarto periodo) - in considerazione della circostanza che lo strumento societario non costituisce una modalità obbligatoria e necessaria per lo svolgimento dei predetti servizi, ma, viceversa, rappresenta soltanto un modello organizzativo da utilizzare in alternativa con altre opzioni.

La costituzione di nuove società e/o il mantenimento di partecipazioni da parte di Comuni di medie dimensioni (con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti) dovrà avvenire nel rispetto dei limiti quantitativi (una società) previsti dall'articolo 14, comma 32, d.l. cit."

Quello testé rappresentato è l'orientamento maggioritario seguito dalle sezioni regionali che si sono già pronunciate sul punto, al quale anche questa Sezione intende uniformarsi.

P.Q.M.

Nelle sopra esposte considerazioni è il parere reso dalla Corte dei conti - Sezione regionale di controllo per la Basilicata in relazione alla richiesta formulata dal Sindaco del comune di Pescopagano (PZ) con la nota in epigrafe citata;

DISPONE

che copia della presente deliberazione sia trasmessa, a cura della segreteria della Sezione, all'Amministrazione richiedente, al Presidente della Corte dei conti ed al Presidente del Coordinamento delle Sezioni regionali di controllo della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti. Così deciso in Potenza, nella Camera di consiglio del 22.3.2012.

IL PRESIDENTE DELLA SEZIONE
F.to Dott. Ciro Valentino

I MAGISTRATI

F.to Dott. Rocco LOTITO

F.to Dott. Giuseppe TETI - redattore

F.to Dott. Donato LUCIANO

Depositata in Segreteria il 22 marzo 2012
IL FUNZIONARIO
PREPOSTO AI SERVIZI DI SUPPORTO
F.to dott. Giovanni CAPPIELLO