



REPUBBLICA ITALIANA
LA
CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giuseppe Roberto Mario Zola	Consigliere
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario (relatore)

nell'adunanza in camera di consiglio del 26 luglio 2012

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 del 16 giugno 2000, n. 14, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite del 3 luglio 2003, n. 2 e del 17 dicembre 2004, n. 1;

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 nota prot. 10083 in data 16 luglio 2012, con cui il sindaco del comune di Rivolta d'Adda (CR) ha richiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista la deliberazione n. 1/PAR/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del sindaco del comune di Rivolta d'Adda;

Udito il relatore dott. Andrea Luberti;

PREMESSO CHE

Il sindaco del comune menzionato in epigrafe ha formulato alla Sezione una richiesta di parere concernente la legittimità di un'operazione, che nell'intenzione dell'istante dovrebbe essere configurata nei termini di presso descritti: i) l'ente comunale costituirebbe, direttamente e senza gara, in favore di una locale fondazione (già IPAB, trasformata ai sensi dell'articolo 10 della legge 8 novembre 2000, n. 328 e della legge regionale 13 febbraio 2003, n. 1) un diritto di superficie trentennale su un'area di proprietà comunale; ii) detta area sarebbe utilizzata al fine di costruire e gestire una scuola; iii) unitamente all'area, al fine di garantire l'equilibrio finanziario dell'operazione, sarebbe inoltre trasferito, in piena proprietà, un complesso di spazi destinati all'edilizia residenziale sociale; iv) l'ente gestore incamererebbe inoltre dall'utenza le relative tariffe.

Il comune evidenzia che, alla stregua dello Statuto della fondazione, la stessa non ha scopo di lucro; svolge la sua attività anche al fine di integrare l'offerta formativa propria del comune; presenta un organo direttivo (il consiglio di amministrazione) integralmente nominato dal sindaco; nel caso di scioglimento, il patrimonio dell'ente fondazionale sarebbe devoluto al comune.

Il comune inoltre precisa che intenderebbe comunque vincolare la fondazione, per il caso di affidamento di appalti, al rispetto delle norme in materia di contratti pubblici.

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA

Il primo punto da esaminare concerne l'ammissibilità della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normativa sopra indicata.

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, si osserva che il sindaco è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 del t.u.e.l. Pertanto, la richiesta di parere è soggettivamente ammissibile poiché promanante dall'organo legittimato a proporla.

AMMISSIBILITA' OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo di ammissibilità del quesito, occorre rammentare che la richiesta di parere è formulata ai sensi dell'articolo 7, comma 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante *"Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3"*.

La disposizione contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 131/2003 deve essere raccordata con il precedente comma 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 comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma che, lungi dal conferire alle Sezioni regionali di controllo un generale ruolo di consulenza, la limitano alla sola contabilità pubblica. Preliminare all'ulteriore procedibilità del parere è quindi la ricomprensione del parere tra quelli attribuibili per materia alle Sezioni regionali di controllo.

Le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenute con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, comma 31 del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno al riguardo precisato che detto concetto non si estende sino a ricomprendere la totalità dell'azione amministrativa che presenti riflessi di natura finanziaria, ma deve intendersi limitato al *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici"*, sia pure *"in una visione dinamica dell'accezione che sposta l'angolo visuale dal tradizionale contesto della gestione del bilancio a quello inerente ai relativi equilibri"*.

Con specifico riferimento alla richiesta analizzata dalla presente pronuncia, la stessa risulta in linea di principio oggettivamente ammissibile in quanto relativa a materia, quella della contrattualistica pubblica e delle cessioni di compensi pubblicistici, storicamente attratta nell'ambito della contabilità di stato in quanto fonte di atti di spesa.

MERITO

Come noto, con riferimento all'attribuzione di utilità pubbliche, *sub specie* in particolare di compensi di beni immobili, l'attuale quadro normativo vede la presenza delle sole figure (in disparte il contratto di disponibilità, di recente introdotto all'art. 160 *ter* del codice degli appalti dal decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 tramite la novella di cui all'art. 44) della concessione di beni e della concessione di pubblico servizio, nella forma della concessione di costruzione e gestione. E' stata infatti espunta, in relazione alla contrarietà con il diritto

dell'Unione europea, la concessione di mera costruzione, che oggi è sottoposta, per evidenti ragioni di parità di trattamento, alla disciplina propria degli appalti.

Indipendentemente dall'ascrizione della fattispecie posta in essere dal comune all'una o all'altra categoria concettuale, non può che evidenziarsi come i dati normativi impongano, in linea di massima, che la dazione delle aree interessate, anche sotto forma di diritto di superficie, avvenga in ogni caso nel rispetto di una selezione comparativa tra i soggetti che aspirino a perseguire detta utilità pubblica.

Occorre al riguardo rilevare che, per quanto connotata dalla temporaneità, ed al conseguente ritorno, in base ai principi dell'accessione, delle opere costruite nella mano pubblica, il diritto di superficie costituisce diritto di autonoma rilevanza patrimoniale, per cui valgono appieno le considerazioni sopra profuse (c.c., artt. 952 ss.).

E' sul punto irrilevante che la complessa operazione sopra riportata sia ascrivibile, come detto, alla categoria concessoria piuttosto che a quella degli appalti (come noto, il discrimine tra le due fattispecie deve essere basato sull'assunzione, o meno, del rischio economico da parte dell'operatore privato).

Tanto si ricava, in particolare, dalle previsioni del codice degli appalti (tra cui l'art. 144 e ss. in materia di concessione correttamente richiamato dal richiedente), ma anche dalla primigenia legge di contabilità (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e reg. att.), che impongono, come detto, che l'attività negoziale delle amministrazioni sia improntata al perseguimento del pubblico interesse nell'imparzialità, il che comporta, in linea di principio, la selezione comparativa degli astanti.

In tal senso, per vero, concordano la giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr sentenza 20 maggio 2010, n. 180, e 1 luglio 2010, n. 233, in materia di concessioni demaniali) e CGE 13 settembre 2007, C-260/04 in materia di concessione di servizio.

Un secondo elemento di riflessione deve riguardare poi la natura giuridica dell'attività svolta dalla fondazione: se essa debba essere collocata, in particolare, tra i servizi contraddistinti o tra quelli privi di rilevanza economica.

La differenziazione non risulta certo indifferente se si tiene presente che la Corte costituzionale ha fondato su detto crivello argomentativo l'ascrizione *ratione materiae* alla disciplina legislativa statale ovvero a quella delle regioni o delle province autonome. Infatti, a dire della Consulta, le esigenze di tutela della concorrenza che giustificano la "*chiamata in sussidiarietà*" sono recessive laddove l'attività gerita si connota espressamente e dichiaratamente nell'alveo del libero mercato, ma piuttosto sia connotata da operatori strutturalmente in perdita.

Nel caso di specie, pare alla Sezione che l'attività gerita da parte della fondazione interessata non esuli da quelle, almeno in astratto, connotate da rilevanza economica.

Deve essere premesso che, indipendentemente dal *nomen iuris* del soggetto gestore (come noto, nel diritto dell'Unione europea il carattere fondazionale dell'ente non pregiudica

l'applicazione della normativa applicabile all'impresa) la Sezione ha avuto più volte modo di delineare i caratteri essenziali dell'attività di pubblico servizio connotato da tali connotati.

Si è nello specifico ritenuto (*cf*r in particolare parere del 15 giugno 2012, n. 278) che presenti tale natura "ogni servizio pubblico che possa generare una potenziale redditività rispetto alle risorse imprenditoriali impiegate in un effettivo mercato di riferimento. La rilevanza economica di un servizio non può tuttavia essere determinata aprioristicamente, ma solo in concreto, laddove il settore di attività sia economicamente competitivo per la capacità di generare utili e per la potenziale esplicazione dell'iniziativa economica privata nel gioco concorrenziale del mercato"(in tal senso anche Cons. St. sez. V 27 agosto 2009, n.5097, Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n.5072; TAR Lazio, sez. II, 23 agosto 2006, n.7373; Corte dei conti, Sezione Controllo Lombardia, pareri 11 maggio 2009, nn. 195 e 196).

In linea di massima, deve infatti essere rilevato come, almeno in astratto, la gestione di attività didattiche, in base a semplici massime di esperienza, ben possa essere realizzata in modo tale da consentire l'autofinanziamento.

Nel caso di specie, poi, per espressa indicazione del postulante, sono menzionate tariffe da corrispondere a carico degli utenti, onde può ragionevolmente escludersi che la struttura *de qua* possa avere carattere meramente erogativo.

Peraltro, si accenna al dato che, laddove tale carattere sussistesse, verrebbe meno la stessa razionalità intrinseca dell'operazione, in quanto, come noto, la concessione di costruzione e gestione presuppone per l'appunto la *bankability* dell'attività svolta (c.d. opere "calde " o "tiepide"), risultando in caso contrario l'utilità pubblicistica concessa *inutiliter data*, in quanto (al fine di consentire l'utile prosecuzione del servizio) l'amministrazione sarebbe comunque tenuta ad erogare ulteriori provvidenze.

Si sottolinea che, in ogni caso, anche un ipotetico carattere meramente sociale ed erogativo delle funzione didattica svolta dall'ente conferitario non avrebbe obliterato l'obbligo di una competizione concorrenziale, quantomeno allo stato embrionale.

In realtà, a ben vedere, la Corte ha escluso la possibilità che lo Stato detti, con normativa primaria di propria derivazione, specifiche regole di disciplina invasive dell'attività degli enti locali senza che, nel caso di specie, assuma rilievo quella necessità di tutela della concorrenza che, in altre pronunzie, è stata invece ritenuta legittimare l'emanazione di norme di dettaglio in un settore "trasversale" quale la disciplina degli appalti (*cf*r sentenza del 23 novembre 2007, n. 401; 17 giugno 2010, n. 221 e 21 giugno 2010, n. 232).

Ciò non comporta, tuttavia, che anche nei confronti delle autonomie locali non valgano appieno quantomeno i principi di pregnanza europea e costituzionale.

Da ultimo, deve opinarsi sulla possibilità che la fondazione, *in pectore* destinataria della sopra riferita attribuzione patrimoniale, possa essere configurata come un soggetto *in house*, con conseguente insussistenza della stessa dualità di soggetti e, quindi, dell'obbligo di selezione concorsuale.

E' ormai notissima la parabola giurisprudenziale della Corte di giustizia europea sull'*in house providing*, che ha portato ad escludere la dualità soggettiva rispetto all'amministrazione laddove l'ente: i) sia a partecipazione totalitariamente pubblicistica; ii) svolga la parte più importante della propria attività in favore dell'amministrazione; iii) subisca da detta amministrazione un "controllo analogo" rispetto a quello esercitato sugli organi della stessa, in altre parole si presenti come un mero strumento della medesima.

Nel caso della fondazione in esame, non sembrano però che detti caratteri sussistano. A tacere, infatti, che nella struttura fondazionale, connotata come noto dal carattere prettamente patrimoniale, la circostanza della partecipazione pubblica totalitaria risulterebbe di difficile individuazione, in quanto a seguito dell'atto di fondazione il patrimonio del conferente assume soggettività distinta; nella fattispecie scrutinata non sembrano sussistere quantomeno i requisiti attinenti al controllo analogo, se si considera che dalla prospettazione del comune istante non è dato desumere alcun elemento che possa assimilare il regime del controllo sulla fondazione a quello proprio degli organi del comune.

E' evidente, al riguardo, che né il mero potere di nomina né la devoluzione del patrimonio surrogano i requisiti anzi descritti, e per contro rafforzano l'apparenza di dualità soggettiva tra comune e fondazione.

P. Q. M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'Estensore
(dott. Andrea Luberti)

Il Presidente
(dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
il 30 luglio 2012
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)