

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. Gianluca Braghò	Primo referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott. Laura De Rentiis	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario (relatore)
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario

nella camera di consiglio del 20 novembre 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 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 del 5 novembre 2012 con la quale il Sindaco del Comune di Rovato (BS) ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla sopra indicata richiesta;

Udito il relatore, dott. Donato Centrone

Premesso che

Il Sindaco del Comune di Rovato (BS), con nota del 5 novembre 2012, ha formulato alla Sezione una richiesta di parere, relativa all'interpretazione dell'art. 3, comma 15 ter, del d.lgs. n.163/2006 e, in particolare di procedere, in virtù della norma indicata, alla partecipazione in una società mista pubblico-privato.

Il Sindaco premette che il progressivo depauperamento delle risorse pubbliche ed i vincoli del patto di stabilità limitano fortemente la capacità degli enti ad effettuare investimenti. Da questa considerazione emerge l'opportunità di utilizzare gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione per far convergere l'interesse pubblico all'esecuzione di un'opera pubblica e/o all'esercizio di un servizio pubblico con l'interesse del privato all'esercizio di un'attività di impresa. Fa in particolare riferimento ai noti strumenti del Project financing di lavori (152 e ss. del d.lgs. 163/2006), del Project financing di servizi (art. 278 DPR 207/2010), ma anche al più ampio strumento del Partenariato pubblico privato ex art.3, comma 15 ter, del d.lgs. n.163/2006, fra cui sono annoverate anche le società a partecipazione mista pubblico-privata.

La disposizione, recentemente ripresa dall'art. 44, comma 1, lettera b) della legge n. 27 del 2012, sembra contemplare espressamente la possibilità della costituzione di società miste per il perseguimento dell'interesse pubblico alla realizzazione di un'opera e/o all'erogazione di un servizio.

Premesso che la legge 244/2007 dispone il divieto di costituzione e di mantenimento di partecipazioni societarie non strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali e che l'art.14, comma 32 del d.l. n. 78/2010, convertito con legge n. 122/2010 prescrive un limite numerico al possesso di società partecipate in funzione della densità demografica, il Comune chiede se permane la facoltà di costituzione di società miste nell'ambito di procedure di partenariato pubblico privato ai sensi del suddetto art.3, comma 15 ter, del d.lgs. n.163/2006.

In merito all'ammissibilità della richiesta

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 Rovato, la Sezione osserva quanto segue.

Il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se la richiesta proveniente dal Comune rientri nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7, comma 8, 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 ed 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 dell'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 (si rinvia, per tutte, alla Delibera della Sezione del 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 per l'attivazione di questa particolare forma di collaborazione, è ormai consolidato l'orientamento che vede, nel caso del Comune, il Sindaco quale organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere, in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Il presente presupposto soggettivo sussiste nel quesito richiesto dal comune di Rovato con nota del 5 novembre 2012.

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare che la disposizione contenuta nel comma 8 dell'art. 7 della legge 131 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, 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, comma 31 del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno delineato una nozione 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 del 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 di interferenza, in concreto, con competenze di altri organi giurisdizionali.

Tanto premesso, la richiesta di parere del Comune di Rovato può ritenersi ammissibile sotto il profilo oggettivo attenendo alla materia della "contabilità pubblica", in particolare ai limiti normativi (art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010 e art. 13 del d.l. n. 223/2006) posti alle partecipazioni societarie degli enti pubblici, all'interno di testi legislativi esplicitamente contenenti "misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria" e di "razionalizzazione della spesa pubblica".

Esame nel merito

In via preliminare la Sezione precisa che la decisione di procedere al mantenimento delle partecipazioni societarie, alla definizione del relativo oggetto sociale ed alle modalità di assunzione e retribuzione dei dipendenti, attiene al merito dell'azione amministrativa e rientra nella esclusiva discrezionalità e responsabilità dell'ente che, tuttavia, potrà orientare la sua decisione in base alle conclusioni contenute nel presente parere.

Appare opportuno premettere che la risposta al Comune istante, avente una popolazione di circa 19.000 abitanti, presuppone l'analisi degli artt. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, convertito con legge n. 122/2010 e 3, commi 27 e seguenti, della LF n. 244/2007, più volte oggetto di analisi da parte della Sezione.

La norma citata per prima prevede che "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 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 presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2011 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite".

La latitudine precettiva della disposizione è stata già affrontata dalla Sezione in precedenti pareri (solo per citarne alcuni nelle delibere n. 830/2010, n. 124/2011, n. 156/2011, n. 358/2011, n. 7/2012 e n. 147/2012).

E' stato evidenziato come, in seguito all'avvento dell'art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, convertito nella legge n. 122/2010, il legislatore ha adottato un atteggiamento maggiormente restrittivo circa il mantenimento di partecipazioni azionarie da parte degli enti locali.

Mentre con l'art. 3 comma 27 della legge n. 244/2007 era stato posto in capo alle amministrazioni pubbliche l'obbligo di valutare la conformità delle partecipazioni possedute ai propri scopi istituzionali (precetto di carattere permanente, insito nel principio di legalità dell'azione amministrativa e tuttora esistente), restrizioni più rigorose, in particolare per la capacità negoziale di Comuni e Province, sono state introdotte dal d.l. n. 78/2010.

La necessità di raggiungere la finalità di contenimento dei costi e di salvaguardia della concorrenza hanno indotto il legislatore a predeterminare rigidamente i margini di autonomia degli enti locali medio piccoli, optando per un vero e proprio ridimensionamento *ope legis*.

Il legislatore ha cioè compiuto una decisa virata verso la dismissione delle partecipazioni sociali detenute dai Comuni demograficamente minori. E ciò non solo per potenziare la concorrenza e agevolare l'entrata di operatori privati nel mercato dei servizi pubblici locali, 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, pertanto, il vincolo di legge per parametrare la sostenibilità delle partecipazioni societarie.

In sede consultiva la Sezione ha anche più volte esaminato l'estensione dell'art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010 ed il rapporto con il precedente art. 3 comma 27 della legge n. 244/2007, evidenziando le potenziali letture contrastanti (per le motivazioni si rinvia al testo delle delibere n. 861 e 912/2010), concludendo nel senso che sia la lettera che la *ratio* della disposizione più recente inducono a ritenere che quest'ultima non ha inteso abrogare la precedente normativa, di carattere generale, contenuta nell'art. 3 comma 27 ma, al contrario, mantenere entrambe le discipline prevedendo che, da una lettura coordinata, risulti la regola di comportamento che deve essere seguita dai Comuni.

Le due prescrizioni operano, infatti, su piani diversi: l'art. 3 comma 27 si riferisce alla finalità ed agli scopi che l'amministrazione può raggiungere con la partecipazione societaria, l'art. 14 comma 32 limita la capacità degli enti sul piano numerico ed operativo, prevedendo che, in ogni caso, nessun Comune sotto i 50.000 abitanti possa detenere un numero di partecipazioni superiore a quello previsto dalla legge.

Si tratta, in sostanza, di una valutazione con la quale il legislatore ha ritenuto rilevanti non solo gli scopi perseguiti (già oggetto d'attenzione da parte dell'art. 3 comma 27 della LF n. 244/2007), 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 territoriale più esteso, quale è quello degli enti di maggiori dimensioni o imponendo adeguate aggregazioni.

In questi ultimi casi, proprio in considerazione della precisata circostanza, i Comuni possono più agevolmente dar vita a società dotate di una capacità operativa più significativa, valorizzando le economie di scala ed evitando il fenomeno della costituzione di società che non dispongono di risorse sufficienti per operare in modo soddisfacente ed autonomo. A suffragio di quanto esposto depone anche la possibilità, per gli enti di minori dimensioni, di associarsi per dar vita ad aggregazioni societarie maggiormente funzionali (sempreché 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, nell'osservanza dei limiti numerici alle partecipazioni che ciascun ente può detenere in base alla previsione dell'art. 14 comma 32, le stesse dovranno, altresì, essere conformi ai canoni di stretta inerenza al perseguimento delle finalità istituzionali.

Quanto sopra, come già evidenziato dalla Sezione (pareri n. 7/2012 e n. 147/2012), vale anche in caso di società miste, posto che, alla luce delle considerazioni sopra esposte, il complesso di norme che regolano la partecipazione societaria da parte degli enti pubblici e quelli che disciplinano le modalità di affidamento di appalti e servizi strumentali (d.lgs. n. 163/2006), nonché, con le opportune distinzioni, dei servizi pubblici locali (entrambi prevedenti ipotesi di costituzione di società miste pubblico private) operano su piani differenti (come anche concluso nei pareri della Sezione n. 959/2010 e 570/2011).

Mutando i termini, appare evidente come le norme del Codice dei contratti che, nell'ambito delle operazioni di partenariato pubblico privato, prevedono la possibilità di costituzione di "società miste pubblico-privato" vanno lette congiuntamente a quelle che hanno limitato, per i Comuni, la possibilità di costituire o partecipare organismi societari.

Di conseguenza, sotto il profilo dei rapporti con l'art. 3 comma 27 della LF n. 244/2007, la partecipazione ad una società mista assieme ad operatori privati (selezionati previa gara a c.d. "doppio oggetto") sarà ammissibile ove sia "strettamente necessario per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali", come nel caso in cui si tratti di società che producono "servizi di interesse generale" (definizione di derivazione europea che comprende i "servizi pubblici locali") nel cui caso la valutazione di conformità al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente locale è stata operata a monte dal legislatore (sempre che si tratti di servizi pubblici erogati nell'ambito delle competenze che la legge attribuisce ai Comuni, ai cui fini può farsi riferimento agli artt. 3 e 13 del TUEL e, in particolare, all'art. 14 comma 27 del d.l. n. 78/2010, come modificato dall'art. 19 comma 1 del d.l. n. 95/2012, che ha elencato le funzioni fondamentali dei Comuni, il cui esercizio è obbligatorio per l'ente titolare).

Sotto il profilo, invece, dei rapporti con l'art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, convertito con legge n. 122/2010, la possibilità prevista dal Codice dei contratti, d.lgs. n. 163/2006, di dar vita ad operazioni di partenariato pubblico privato, mediante la costituzione di società miste, non permette di ritenere superabile la norma tesa all'apposizione di divieti e limiti alla partecipazione in organismi societari. Da un lato, si è evidenziato trattarsi di norme che operano su piani differenti (si rinvia ai pareri n. 959/2010 e 570/2011 e n. 147/2012) e, dall'altro, la costituzione di società miste costituisce solo una delle ipotesi di partenariato pubblico privato (quello c.d. istituzionalizzato), non l'unica.

Infatti, accanto alle società miste, le medesime finalità di coinvolgimento dei privati nell'erogazione di servizi pubblici, e di potenziale riduzione dei conseguenti costi, possono essere perseguite mediante le altre operazioni di partenariato pubblico privato che il legislatore prevede e disciplina (quelle c.d. contrattuali), fra cui le classiche concessioni di lavori o di servizi (con la variante del project financing), il leasing immobiliare pubblico e, da ultimo, il contratto di disponibilità.

A quanto sopra esposto fa eccezione, come previsto dal medesimo art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, convertito con legge n. 122/2010, il caso in cui il Comune di Rovato (avente popolazione inferiore ai 30.000 abitanti) intenda costituire una società mista con la partecipazione paritaria, ovvero proporzionale al numero degli abitanti, di altri Comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti (circa l'estensione della predetta eccezione anche ai Comuni con popolazione compresa fra 30 e 50 mila abitanti si rinvia al parere della Sezione n. 147/2012).

In questo caso, infatti, la positiva valutazione del legislatore in termini di potenziale conseguimento di economie di scala e di migliore erogazione qualitativa dei servizi, rende possibile la costituzione di società miste deputate all'erogazione di servizi pubblici locali se partecipate, in misura paritaria o proporzionale al numero di abitanti, da più Comuni che, congiuntamente, selezionano, mediante gara a doppio oggetto, il partner privato.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione

Il Relatore
(Donato Centrone)

Il Presidente
(Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
27 novembre 2012
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)