Corte dei Conti – Sezione di controllo per la Lombardia – parere 27 novembre 2012 n. 506

La costituzione di una società mista è ammissibile in base ai vincoli sulla popolazione e sulla stretta aderenza alle finalità istituzionali dell'ente

di Simonetta Fabris*

1. Il quadro giuridico

Secondo l'art. 14, c. 32 del d.l. 78/2010:

"Fermo quanto previsto dall'articolo 3, commi 27, 28 e 29, della legge n. 244/2007, i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società."

Le società già costituite alla data di entrata in vigore del decreto vanno messe in liquidazione, ovvero ne devono essere cedute le partecipazioni entro il 30 settembre 2013.

La previsione non si applica ai Comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite abbiano, al 30 settembre 2013, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi ovvero non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale dovute a perdite di bilancio o per cui il Comune sia gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime.

Gli obblighi suddetti non si applicano inoltre alle società, con partecipazione paritaria o 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 mentre le altre società detenute vanno messe il liquidazione entro il 31 dicembre 2011.

Il fine della norma è chiaramente quello di contenere i costi e salvaguardare la concorrenza imponendo agli enti minori di non farsi carico di partecipazioni troppo onerose e potenzialmente pericolose per le loro finanze.

"La dimensione demografica diviene, pertanto, il vincolo di legge per parametrare la sostenibilità delle partecipazioni societarie"[1] mentre "*il rapporto tra ente costitutore e organismo societario per essere efficiente deve essere valutato in un ambito territoriale più esteso, quale è quello degli enti di maggiore dimensioni o imponendo adeguate aggregazioni"*.

Emerge quindi una tendenza alla valorizzazione dell'istituto delle società pluricomunali, le quali consentirebbero agli enti locali di coniugare l'opportunità di continuare ad utilizzare lo strumento dell'affidamento diretto del servizio con la gestione congiunta del servizio pubblico locale.[2]

---

* Simonetta Fabris, dottore in scienze politiche, con master in Integrazione europea e specializzazioni in Innovazione e Appalti nella pubblica amministrazione. Attualmente referente per la Regione del Veneto del Programma di cooperazione transfrontaliera IPA Adriatico.

[1] Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, delibera n. 830/2010.

[2] Così Carmen Vitale in "Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici", pag. 21.

Per quanto riguarda l'obbligo di dismissione delle partecipazioni azionarie delle società già costituite, la Corte dei Conti sez. Lombardia nella delibere 830 e 982 del 2010 ha già avuto modo di chiarire che "*l'andamento della società non deve essere strutturalmente in perdita*". In casi estremi *"una società che, sin dalla data di costituzione, non ha mai concretamente operato non può, per definizione, considerarsi essenziale per l'ente locale o organismo strumentale dedito alla produzione di beni e servizi necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente"*. Inoltre una società partecipata e mantenuta nella latenza operativa contraddice i criteri di efficienza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, costituendo solo un costo.

L'art. 3, c. 27 della legge 244/2007 stabilisce che:

"Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001, 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".
Diversamente *"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'art. 3, c. 25, del d.lgs. n. 163/2006, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, del d. lgs n. 165/2001, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza".*

Dalla prescrizione è facilmente desumibile l'atteggiamento negativo del legislatore verso l'ipotesi di costituzione e/o mantenimento da parte delle p.a. di società esercenti attività commerciali a scopo di lucro. Il fine è arginare la loro proliferazione riconducendone l'utilizzo nell'alveo delle reali necessità istituzionali dell' ente per evitare fenomeni elusivi al rischio d'impresa con conseguenti lesioni della concorrenza in rapporto ai privati operatori economici.
In particolare l'art. 3, c. 27 della legge 244/2007 definisce un principio di carattere generale, immanente nell'ordinamento anche prima della sua positivizzazione come corollario del principio di legalità ex art. 97 Cost. Tale principio impone che le attività amministrative in forma privatistica siano esercitate mediante società che operino con carattere di strumentalità per il perseguimento di scopi tipici dell'Amministrazione.
In proposito la Corte dei Conti Lombardia ha già precedentemente chiarito[3] che, nel caso di produzione di beni e servizi, *"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".*

Qualora si tratti invece di società che producono servizi di "interesse generale" (intesi come servizi pubblici di competenza comunale) la norma ammette sempre la costituzione e la

[3] Si veda la delibera n. 70/2010.

partecipazione, avendo il legislatore già operato a monte la connessione delle finalità istituzionali a tali società. Ciò vale anche per le società miste costituite a tale scopo.

Per quanto riguarda invece i servizi di committenza o di centrali di committenza, il riferimento è il modello offerto dalla Consip spa ovvero dal MePA quali strumenti di garanzia per la concorrenza negli acquisti sopra e sotto soglia comunitaria, visti con favore dal legislatore.

2. L'attinenza dell'attività delle società che producono beni e servizi agli scopi istituzionali dell'ente e la costituzione di società che producono servizi di interesse generale

La definizione dell'attinenza dell'attività della società agli scopi istituzionali spetta all'ente locale, di volta in volta, in relazione al quadro giuridico di riferimento.

In proposito potranno costituire finalità istituzionali quelle riconducibili alla definizione posta dalla legge la Loggia 131/03, ove si considerano *"funzioni fondamentali"* quelle essenziali, sia per il funzionamento di Comuni, Province e Città metropolitane, sia per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento. Ancora, potranno esserlo, le funzioni amm.ve poste in capo al Comune dal d.Lgs n. 267/00 (popolazione ed territorio, con particolare riferimento ai settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico…), dallo Statuto dell'ente e dalle linee programmatiche di mandato.

Diverse pronunce hanno analizzato l'ammissibilità della costituzione di una società in riferimento alle finalità perseguite.

Secondo la Corte dei Conti Lombardia, 15 settembre 2010, n. 861, sussistono notevoli dubbi in ordine alla possibilità che gli enti territoriali possano procedere alla costituzione di una società di capitali che abbia quale oggetto sociale "la progettazione, lo sviluppo e la realizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile quali impianti eolici, biomasse, fotovoltaici, pannelli solari, […] nonché la commercializzazione dell'energia elettrica prodotta da tali impianti […] anche se uno degli scopi è quello di abbattere l'inquinamento atmosferico".

Ancora, secondo il T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 17 maggio 2010, n. 1898, "il servizio di pulizia degli uffici e dei presidi ospedalieri non può essere considerato "strettamente necessario" al perseguimento delle finalità istituzionali dell'azienda sanitaria locale. La pulizia quotidiana dei locali è infatti strumentale al buon andamento di qualsivoglia ente o ufficio pubblico, nell'interesse di coloro che ivi lavorano e degli utenti che vi si recano, ai quali viene garantito il mantenimento di un ambiente salubre. […] Il loro affidamento costituisce un appalto di servizi ed è soggetto alle regole del d.lgs. 163/2006 e alle direttive comunitarie in materia di appalti, improntate alla tutela della concorrenza ed alla massima apertura dei mercati. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 3, c. 27, della legge n. 244 del 2007, è illegittima la costituzione da parte di un'Azienda sanitaria locale di una società interamente pubblica a cui è stata affidato, senza esperimento di gara, lo svolgimento del

servizio di pulizia ed ausiliariato presso le strutture ed i presidi di zona, che resta in tal modo sottratto al mercato per gli anni a venire".

In base al disposto dell' art. 42 del Tuel la valutazione in ordine alla compatibilità delle attività della costituenda società (o per il mantenimento delle quote nella medesima) al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente spetterà all'organo di indirizzo politico ovvero il Consiglio Comunale. Esso dovrà verificare, caso per caso, la corrispondenza dell'attività compresa nell'oggetto sociale della società alle attività riconosciute di competenza dell'ente al fine di evincere la stretta necessità della società al perseguimento dei fini istituzionali, ovvero la sussistenza di servizi espressamente consentiti dalla legge.
In particolare la motivazione dovrà evidenziare la convenienza alla costituzione o al mantenimento della società rispetto a moduli gestionali alternativi alla luce di esigenze tecniche come le caratteristiche strutturali dei servizi erogati o da erogare, o economiche.

Risulterà importante chiarire il percorso logico e argomentativo[4] seguito, essendo insufficiente il riferimento al dato legale[5].

Si ricorda che la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 3, c. 27, legge 244/2007. Con la sentenza 148/2009 il supremo consesso ha chiarito che le disposizioni in parola *"definiscono il proprio ambito di applicazione esclusivamente in relazione all'oggetto sociale delle società e mirano a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una p.a.) ed attività di impresa di enti pubblici al fine di evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto p.a."*

In tal senso anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 3 giugno 2011 per cui "*sembra che il logico corollario sia rappresentato dal generale divieto per tali Istituzioni di istituire società di capitali con scopo meramente lucrativo"*.

Come già detto, la costituzione di società che producono servizi di interesse generale, di committenza o di centrali di committenza è invece sempre ammessa.

Va ricordato che la nozione di servizi di interesse generale è di derivazione comunitaria. Con essi si intendono i servizi, sia mercato che di non mercato, che le autorità pubbliche degli Stati membri considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.
Tra questi si ricomprendono quindi i servizi offerti dalle grandi industrie di rete quali l'energia, i servizi postali, i trasporti e le telecomunicazioni, nonché la sanità, l'istruzione e i servizi sociali e qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico, anche locale.

---

[4] Si veda il parere della Corte Conti Lombardia n. 124/2011.

[5] Tra le altre anche Consiglio di Giustizia amministrativa, 20 gennaio 2003, n. 31 e Consiglio di Stato, sez. IV, 27 ottobre 2009 e 18 febbraio 2010 n. 944.

In proposito la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 325 del 17 novembre 2010, ha affermato che "*la nozione comunitaria di SIEG ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno "contenuto omologo", come riconosciuto anche dalla sentenza n. 272/2004* ". Così anche la Corte dei Conti, Sez. Contr. Lombardia, 14 marzo 2011, n. 124 per cui: "*secondo un consolidato orientamento, la categoria dei servizi di interesse generale coincide tout court con quella dei servizi pubblici loca*li".

3. L'interpretazione del caso in esame offerta dalla Corte dei Conti, sez. contr. Lombardia

Le 2 norme fin qui analizzate sono state inizialmente viste come contrastanti in alcuni punti.
In particolare l'inciso "fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 244/2007" (posto all'interno dell'art 14 c. 32 del d.l. 78/2010) secondo cui "è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società" ha destato diverse perplessità.

Secondo parte della dottrina, la norma sembrava limitare ma non vietare la possibilità per gli enti locali, anche con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, di costituire le sopra citate società o di detenerne le partecipazioni. Il divieto posto dal d.l. 78/2010 sarebbe operato solo in relazione a partecipazioni di natura diversa.

Secondo altra dottrina invece, l'art. 14 c. 32, d.l. 78/2010, andava interpretato letteralmente: i Comuni con meno di 30.000 abitanti non potevano detenere più alcuna nuova partecipazione azionaria e dovevano necessariamente dismettere, nei tempi previsti, quelle possedute.

Le due tesi sono state tuttavia superate attraverso una lettura coordinata delle disposizioni. Così ha fatto più volte anche la Corte dei Conti sez. controllo Lombardia[6].

Su tutti, si cita il parere n. 959 del 18 ottobre 2010 secondo cui: *"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 costituire società ma debbono associarsi con altri enti.*
Il legislatore non ha inteso abrogare la precedente normativa di carattere generale contenuta nell'art. 3, co. 27, legge 244/2007 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".
In particolare è stato precisato che *"le due norme operano su piani diversi: l'art. 3, c. 27 sulle finalità e scopi che l'ente può raggiungere con la partecipazione societaria e l'art. 14, c. 32 sul piano numerico ed operativo".*

In sostanza l'ente locale deriverà la disciplina applicabile dal coordinamento delle due disposizioni.

---

[6] Si vedano i pareri nn. 861, 912 del 2010.

In particolare per la costituzione o il mantenimento di una partecipazione ad una società, dovranno essere tenuti in considerazione sia i limiti numerici[7] (su popolazione e numero partecipazioni), sia la richiesta di "stretta aderenza" delle partecipazioni da assumere alle finalità istituzionali dell'ente.

In conclusione la Corte dei Conti afferma che anche le norme del Codice dei Contratti che prevedono la possibilità di costituzione di società miste vanno lette tenendo in considerazione i soprastanti limiti imposti dal legislatore.

Nel caso in esame il Comune di Rovato potrà procedere alla costituzione di una società mista:

- dopo aver verificato la correlazione alle proprie finalità istituzionali della società (per la produzione di beni o servizi) ovvero procedere direttamente se trattasi di società preposta alla produzione di servizi di interesse generale;
- con la partecipazione paritaria o proporzionale al numero degli abitanti di altri Comuni partecipanti, la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti;
- con la selezione congiunta del socio privato da parte dei vari Comuni mediante gara a doppio oggetto.

Tale procedura permetterebbe al Comune di superare i limiti numerici previsti dalla legge in relazione alla popolazione necessaria per costituire o partecipare ad una società.
Così facendo il criterio dimensionale richiesto dal legislatore sarebbe accolto, garantendo al contempo una gestione più efficiente in base a modelli di economia di scala e una migliore erogazione qualitativa dei servizi.

[7] Per completezza, si osserva che le predette restrizioni quantitative, parametrate sulle soglie demografiche, non trovano applicazione nella fattispecie dell'azienda speciale (Sez. Lombardia del. n. 952/2010, condivisa da Sez. Toscana del. n. 186/2011).