



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

composta dai magistrati:

dott.ssa Simonetta Rosa	Presidente
dott. Gianluca Braghò	Consigliere
dott. Donato Centrone	Primo Referendario
dott. Andrea Luberti	Primo Referendario
dott. Paolo Bertozzi	Primo Referendario
dott. Cristian Pettinari	Referendario
dott. Giovanni Guida	Referendario
dott.ssa Sara Raffaella Molinaro	Referendario

nell'adunanza pubblica del 13 aprile 2016

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;

vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

visto l'art. 3, commi 27-29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244;

visto l'art. 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147;

visto l'art. 1, commi 611 e 612, della legge 23 dicembre 2014, n. 190;

Udito il relatore, dott. Donato Centrone

PREMESSO IN FATTO

In data 17 aprile 2015, il Comune di Pantigliate (Mi) ha trasmesso il Piano di razionalizzazione delle società partecipate, prescritto dall'art. 1, commi 611 e 612, della legge n. 190 del 2014.

Successivamente, in data 8 febbraio 2016, l'Ente ha inviato la deliberazione di Consiglio comunale n. 42 del 21 novembre 2015, avente ad oggetto *"Modalità di gestione della nuova farmacia comunale: acquisizione di una quota del capitale sociale di Far.com. s.r.l. e contestuale affidamento, in favore di quest'ultima, della gestione della farmacia comunale, approvazione statuto e schema di contratto di servizio Far.com. s.r.l."*.

Dall'esame della documentazione trasmessa, risulta che il Comune di Pantigliate non ha previsto nel proprio piano di razionalizzazione delle società partecipate la suddetta operazione di acquisizione di quote della società Far.Com. srl.

Inoltre, dalla citata delibera di Consiglio n. 42/2015 non emergono le modalità (statutarie o patti parasociali) attraverso le quali, in presenza di una società partecipata da più enti locali (di cui il Comune di Pantigliate acquisisce una quota pari al 2,45% del capitale sociale), viene esercitato il c.d. controllo analogo congiunto, legittimante un affidamento diretto.

Tanto premesso, visto il combinato disposto dell'art. 1, comma 612, della legge n. 190 del 2014 e dell'art. 3, comma 28, della legge n. 244 del 2007, il magistrato istruttore ha chiesto al Presidente della Sezione regionale del controllo di deferire la questione all'esame collegiale.

All'adunanza pubblica del 13 aprile 2016, sono intervenuti, in rappresentanza del Comune di Pantigliate, il Sindaco ed il Vicesindaco.

CONSIDERATO IN DIRITTO

I. Il quadro normativo di riferimento

L'art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007 ha disposto 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"*.

Il successivo comma 28 ha specificato che *"l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera"*

motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27. La delibera di cui al presente comma è trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti”.

In particolare, il comma 29 ha prescritto che entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della legge le amministrazioni, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del precedente comma 27.

Tale ultimo precetto normativo risulta poi integrato dall'art. 1, comma 569, della legge n. 147 del 2013, che, nella formulazione attualmente vigente, prevede che il termine sopra indicato è prorogato di dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge in discorso, *“decorsi i quali la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa ad ogni effetto; entro dodici mesi successivi alla cessazione la società liquida in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, del codice civile”.*

Da ultimo, l'art. 1, comma 611, della legge di stabilità per il 2015, n. 190 del 2014, ha previsto, fermo restando quanto previsto dagli illustrati articoli 3, commi da 27 a 29, della legge n. 244 del 2007 e 1, comma 569, della legge n. 147 del 2013, che le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1° gennaio 2015, avviino un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015, anche tenendo conto di predeterminati criteri (in seguito specificati).

Il successivo comma 612 ha poi disposto che i presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, i presidenti delle province, i sindaci e gli altri organi di vertice delle amministrazioni di cui al comma 611, in relazione ai rispettivi ambiti di competenza, definiscano e approvino, entro il 31 marzo 2015, un piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, le modalità e i tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire.

Tale piano, corredato di un'apposita relazione tecnica, va trasmesso alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicato sul sito internet dell'amministrazione interessata (secondo le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33).

Entro il 31 marzo 2016, infine, gli organi ora indicati devono predisporre una relazione sui risultati conseguiti, da trasmettere nuovamente alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti (e pubblicare nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata).

Con tali disposizioni, il legislatore ha intestato alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti una specifica funzione, da un lato, di verifica della conformità della costituzione o dell'adesione ad una società al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico socio

(art. 3, comma 28, della legge n. 244 del 2007) e, più di recente, di esame dei processi di contenimento delle società partecipate, sia in fase di predisposizione del piano di razionalizzazione che di verifica dei risultati conseguiti (art. 1, comma 612, legge n. 190 del 2014). La verifica affidata alla Corte dei conti, come sottolineato dalla scrivente Sezione nelle pronunce di valutazione dell'inerenza della partecipazione societaria posseduta o acquisita alle finalità istituzionali dell'ente (cfr., per citarne solo alcune, le deliberazioni n. 263, 365 e 485 del 2011 e n. 44, 78, 82 del 2012) non si traduce in un'attività invasiva dell'autonomia delle amministrazioni ma è diretta, nell'interesse del singolo ente e della comunità amministrata, a rappresentare agli organi di governo le irregolarità o anomalie riscontrate, in modo che gli stessi possano responsabilmente indirizzare gli organi gestionali, promuovendo eventualmente misure correttive nell'interesse dello stesso ente amministrato e della comunità di riferimento.

II. Gli orientamenti generali della Sezione sulla normativa di razionalizzazione delle partecipazioni societarie

II.a) Gli obblighi posti dall'art. 3, commi 27 e seguenti, della legge n. 244 del 2007

Il fenomeno delle esternalizzazioni e della gestione di funzioni e servizi mediante società partecipate è stato affrontato da questa Sezione in varie pronunce (già a partire dalle deliberazioni n. 10/2008/PRSE, n. 23/2008/PAR, n. 270/2008/PRSE), in specifici referti sulla gestione, adottati ai sensi dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994 (deliberazione n. 34/2013/COMP), nonché nelle relazioni allegate al giudizio di parifica del rendiconto della Regione Lombardia.

Nelle citate delibere, in particolare, sono stati delineati i principi alla base della scelta organizzativa, rimessa ai competenti organi delle amministrazioni pubbliche, di costituire società di capitali o mantenerne quote di partecipazione, alla luce del quadro normativo nazionale e comunitario di riferimento. Infatti, la possibilità di ricorrere allo strumento societario è stato correlato, dalla legge, ai fini dell'ente pubblico ed all'inerenza allo svolgimento di attività di competenza dell'ente medesimo (come da principio desumibile dall'art. 97 della Carta costituzionale), anche per evitare che lo schema societario sia il veicolo per eludere normative di finanza pubblica o le procedure che devono presiedere l'attività contrattuale delle amministrazioni o l'assunzione di personale (peraltro, oggetto, di progressiva attrazione alla disciplina pubblicistica, cfr. art. 4, commi 7 e 8, del decreto-legge n. 95 del 2012, convertito dalla legge n. 135 del 2012; art. 3-bis, comma 6, decreto-legge n. 138 del 2011, convertito dalla legge n. 148 del 2011; art. 18, commi 1, 2 e 2-bis del decreto-legge n. 118 del 2008, convertito dalla legge n. 122 del 2008).

Conseguentemente, la scelta di esercitare una funzione o erogare un servizio pubblico (qual è l'istruzione e la ricerca universitaria) mediante lo strumento societario è elettivamente demandata all'organo di governo dell'università, che deve effettuare le opportune verifiche di

compatibilità e di inerenza alle finalità istituzionali prima di decidere la costituzione di nuove società ovvero la sorte delle partecipazioni già possedute.

L'art. 3, commi da 27 a 33, della legge finanziaria n. 244 del 2007 ha, infatti, posto una disciplina vincolistica, di tipo formale e sostanziale, alla costituzione di società e al mantenimento delle partecipazioni, a tenore della quale, accertata l'esistenza di requisiti ostativi, le pubbliche amministrazioni devono cedere a terzi, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le società o le partecipazioni vietate (in origine entro il termine del 31 dicembre 2010).

Circa i presupposti necessari al mantenimento delle partecipazioni, la Sezione, nella deliberazione n. 124/2011/PAR (confermata da successive pronunce), ha precisato che se l'attività riguarda la produzione di beni e servizi "non inerenti" (ossia non strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali) la partecipazione è interdetta, con conseguente obbligo di alienazione a terzi secondo procedure di evidenza pubblica. Laddove, invece, si tratti di società aventi quale oggetto sociale la produzione di servizi di interesse generale o funzioni di committenza ai sensi del d.lgs. n. 163 del 2006 (eccezioni normativamente previste), la partecipazione è consentita *ex lege*, purché nell'ambito dei livelli di competenza dell'ente.

Pertanto, la più volte citata valutazione di stretta inerenza delle attività di produzione di beni o servizi da parte delle società pubbliche con il perseguimento delle finalità istituzionali delle amministrazioni socie è stata limitata, nella sostanza, alle c.d. "*società strumentali*" (che erogano attività rivolta agli stessi enti azionisti, con funzione di supporto alle amministrazioni; si rinvia, per tutte, a Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282 e sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, oltre che, per esempio, alle Deliberazioni della Sezione n. 147/2012/PAR e n. 531/2012/PAR).

La trasmissione delle delibere ricognitive delle partecipazioni alle competenti Sezioni regionali della Corte dei conti (precetto presente anche nel comma 612 della legge n. 190 del 2014) deve, pertanto, ritenersi strumentale al loro esame e ad un eventuale pronuncia. In proposito, il controllo della Corte dei conti è ascrivibile alla categoria del riesame di legalità e regolarità, dovendosi assumere a parametro i limiti normativi di settore e, in particolare, da un lato, quelli delineati dall'art. 3, commi da 27 a 33, della legge n. 244 del 2007 (come integrati dall'art. 1, comma 569, della legge n. 147 del 2013) e, dall'altro, quelli prescritti dal comma 611 della legge n. 190 del 2014 per i piani di razionalizzazione.

E' da rimarcare che, sebbene né l'art. 3, comma 28, della legge n. 244 del 2007, né l'art. 1, comma 612, della legge n. 190 del 2014, prevedano un termine esplicito per l'adempimento in questione, si ritiene che le citate disposizioni contengano un precetto necessariamente funzionalizzato, ossia mirato al tempestivo controllo magistratuale, al fine di evidenziare agli enti le irregolarità ed anomalie eventualmente riscontrate (come già sottolineato dalla Sezione, solo per citarne alcune, nelle deliberazioni n. 488, 503, 519 e 520 del 2011). In ossequio a tali

prescrizioni normative, gli enti sono tenuti a trasmettere senza ritardo le singole delibere ricognitive delle partecipazioni o gli atti di approvazione dei piani di razionalizzazione alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti.

La Sezione, nelle deliberazioni n. 975/2009/PRSE, n. 830/2010/PRSE e n. 520/2011/PRSE, ha evidenziato come l'amministrazione pubblica, in sede di costituzione o partecipazione ad una società, deve prestare particolare attenzione al suo oggetto sociale, al fine di evitare l'assunzione di rischi in attività puramente imprenditoriali o non conformi alla propria missione istituzionale.

Il Collegio ha rammentato, inoltre, come le delibere di assunzione o mantenimento di partecipazioni devono comunque tenere conto (e, conseguentemente, dare atto nelle motivazioni) della situazione economica e patrimoniale delle società, in ossequio al principio di legalità finanziaria che conforma l'azione amministrativa. E' chiaro, infatti, che la scelta di assumere o mantenere partecipazioni presuppone, in capo all'ente pubblico, una prodromica valutazione di efficacia ed economicità, corollario del principio di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Costituzione), oggi rafforzato, nella prospettiva della sana gestione finanziaria, dall'introduzione dell'obbligo dell'equilibrio di bilancio per tutte le amministrazioni pubbliche (cfr. gli artt. 81, 97 e 119 Costituzione come novellati dalla legge n. 1 del 2012).

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 sistematicamente negativi (cfr., per esempio, deliberazione n. 263/2011/PRSE), principio rafforzato dall'introduzione dei divieti di finanziamento posti dall'art. 6, comma 19, del decreto-legge n. 78 del 2010, convertito dalla legge n. 122 del 2010, che, precludendo alle amministrazioni pubbliche il sovvenzionamento di società in perdita strutturale (si rinvia, per esempio, alle deliberazioni n. 19/2012/PAR e n. 220/2012/PAR), impone, a monte, una valutazione di convenienza economica al mantenimento della partecipazione.

Infine, è stata sottolineata la necessità di un'adeguata motivazione (art. 1 legge n. 241 del 1990). Il precetto è chiaramente esposto anche nell'art. 3, comma 28, della legge n. 244 del 2007. Pertanto, la Sezione ha avuto modo di precisare come la delibera di ricognizione delle società partecipate deve contenere adeguata motivazione, non essendo rispettose di tale parametro quelle contenenti mere ripetizioni del dato legale, attesa la natura apodittica di siffatte pseudo-motivazioni. Al contrario, può ritenersi assolto l'obbligo della motivazione anche nel caso in cui quest'ultima sia sintetica, purché capace di disvelare l'*iter* logico e procedimentale atto ad inquadrare la fattispecie nell'ipotesi astratta considerata dalla legge (cfr., solo per citarne alcune, le deliberazioni della Sezione n. 975/2009, n. 830/2010 e 831/2010).

II.b) Le novità introdotte dall'art. 1, comma 569, della legge n. 147 del 2013

L'art. 1, comma 569, della legge n. 147 del 2013 (legge di stabilità per il 2014), ha previsto che *"il termine di trentasei mesi fissato dal comma 29 dell'articolo 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, è prorogato di dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, decorsi i quali la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa ad ogni effetto; entro dodici mesi successivi alla cessazione la società liquida in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, del codice civile"* (il comma risulta modificato, in punto di termine di proroga, dall' art. 2, comma 1, lett. b), del decreto-legge 6 marzo 2014, n. 16, convertito dalla legge 2 maggio 2014, n. 68).

La norma permette la cessazione degli effetti della partecipazione ritenuta (anche implicitamente) non inerente in caso di assenza di acquirenti, producendo per legge l'inefficacia del rapporto sociale di partecipazione dell'ente pubblico, ed il conseguente diritto di ottenere, nei dodici mesi successivi, la liquidazione del valore della quota di proprietà (secondo criteri di valorizzazione predeterminati, aventi fonte nell'art. 2437-ter, secondo comma, del codice civile).

L'introduzione della disposizione permette al socio pubblico di dismettere le quota societarie di minoranza anche contro il volere degli altri soci. Infatti, come noto, al fine di procedere allo scioglimento della società occorre possedere la maggioranza delle azioni o delle quote (cfr. artt. 2484 cod. civ.). Inoltre, sempre il codice civile prevede dei limiti al recesso del socio dalle società di capitali (cfr. artt. 2347 e 2473 cod. civ.), i cui presupposti concreti (elencati dalla legge, ed ampliabili dallo statuto) potrebbero non permettere al socio pubblico di recedere da una società anche se ritenuta, in base alla norma di finanza pubblica del 2007, richiamata dalla legge di stabilità per il 2015, non inerente al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

La ridetta disposizione è stata, tuttavia, precisata, e, in parte, limitata, con l'art. 8-bis del decreto-legge n. 78 del 2015, introdotto in sede di conversione dalla legge n. 125 del 2015, che ha inserito nella legge n. 147 del 2013 un nuovo comma 569-bis, che recita quanto segue: *"Le disposizioni di cui al comma 569, relativamente alla cessazione della partecipazione societaria non alienata entro il termine ivi indicato, si interpretano nel senso che esse non si applicano agli enti che, ai sensi dell'articolo 1, commi 611 e 612, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, abbiano mantenuto la propria partecipazione, mediante approvazione di apposito piano operativo di razionalizzazione, in società ed altri organismi aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche solo limitatamente ad alcune attività o rami d'impresa, e che la competenza relativa all'approvazione del provvedimento di cessazione della partecipazione societaria appartiene, in ogni caso, all'assemblea dei soci. Qualunque delibera degli organi amministrativi e di controllo interni alle società oggetto di partecipazione che si ponga in contrasto con le determinazioni assunte e contenute nel piano operativo di razionalizzazione è nulla ed inefficace"*.

II.c) La conformità ai parametri dell'art. 1, comma 611, della legge n. 190 del 2014

Il percorso di razionalizzazione, imposto dalla legge di stabilità per il 2015, deve tener conto, in base alla lettera della disposizione normativa, dei seguenti criteri operativi:

- a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione;
- b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni;
- d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;
- e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni

Occorre quindi individuare il contenuto minimo che ogni piano di razionalizzazione deve contenere per non restare limitato ad una mera logica di adempimento, ipotesi non coerente con l'obiettivo di conseguire la riduzione delle partecipazioni detenute entro il 31 dicembre 2015.

L'orizzonte temporale è annuale (31 marzo 2015 per l'adozione del piano, 31 marzo 2016 per la relazione sui risultati conseguiti), con l'evidente precisazione che in tale lasso temporale sarà necessario aver avviato le azioni necessarie, restando la concreta realizzazione legata a molteplici fattori.

Vanno esaminati separatamente i criteri guida cui deve ispirarsi l'azione di razionalizzazione.

Il primo di questi (comma 611, lett. a) prevede l'eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione. La disposizione non costituisce una novità, anzi riprende l'esaminata disciplina posta dall'articolo 3, commi 27-28, della legge n. 244 del 2007 (infatti, espressamente richiamata) in tema di partecipazioni c.d. non essenziali.

La sensibile differenza è che, mentre la norma precedente restava limitata alle partecipazioni dirette, l'attuale disciplina coinvolge sia le partecipazioni dirette che quelle indirette.

Inoltre, con la nuova norma il legislatore va oltre, imponendo la dismissione di quelle società che, pur coerenti con i fini istituzionali dell'Ente, non sono indispensabili al loro perseguimento. Tale predicato, legato alle partecipazioni coerenti con i fini istituzionali dell'ente, va individuato sotto il profilo della indispensabilità dello strumento societario rispetto

ad altre differenti forme organizzative o alla scelta di fondo tra internalizzazione ed esternalizzazione.

Il secondo criterio indicato dal legislatore prevede la *"soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti"*. In presenza di società in cui si verifica il presupposto normativo appare evidente che, con elevata probabilità, si tratta di società non efficiente, posto che il rapporto tra costi di amministrazione e costi di gestione non risulta equilibrato. Va comunque osservato che il dato del numero degli amministratori potrebbe anche non essere decisivo, ad esempio in assenza di compenso (se l'ottica normativa è quella di razionalizzazione la spesa) o di amministratori a cui siano attribuiti anche compiti operativi analoghi a quelli svolti dai dipendenti (per evitare l'assunzione di personale).

Il piano di razionalizzazione, pertanto, deve indicare il numero di amministratori e di dipendenti della società (e, per completezza di analisi, il costo dell'organo amministrativo e quello della forza lavoro impiegata). Inoltre, qualora tale numero non risulti in linea con la previsione normativa, fornire le eventuali giustificazioni che consentano di non procedere alla soppressione o alienazione della società partecipata (o al recesso).

Il terzo criterio indicato dal comma 611 prevede l'eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni.

Tale indicazione mira colpire la proliferazione di organismi strumentali. Il confronto, pertanto, deve essere effettuato non solo con le altre partecipazioni societarie, ma anche con consorzi, aziende speciali, istituzioni o altri organismi strumentali dell'ente pubblico socio. In virtù del principio normativo, che impone l'eliminazione delle società "doppione", è necessario che il piano di razionalizzazione fornisca le dovute informazioni su tutte le funzioni esternalizzate dall'ente pubblico e sulle ragioni dell'eventuale mantenimento.

Il quarto criterio del comma 611 dispone l'aggregazione delle società eroganti servizi pubblici locali di rilevanza economica. La previsione in esame va letta assieme al precedente comma 609, che modifica l'articolo 3-bis del decreto legge n. 138 del 2011, convertito dalla legge n. 148 del 2011, in tema di ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali. Quest'ultimo prevede che, a tutela della concorrenza e dell'ambiente, lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica debba avvenire in ambiti territoriali ottimali, stabiliti dalla Regione, e sotto la supervisione di un'autorità d'ambito (c.d. ATO), a cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente (con termine al 1 marzo 2015).

Appare evidente come occorra conciliare tale previsione con la disciplina degli ambiti territoriali ottimali, verificando, per ciascun settore e ambito territoriale, quali soggetti siano operanti e la conformità di tale scelta all'esposto articolo 3-bis (i livelli ottimali di aggregazione sono quantomeno provinciali, salvo eccezioni legate a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio).

Il piano di razionalizzazione, pertanto, dovrà comunicare, per le società di gestione dei servizi pubblici locali, l'ambito territoriale ottimale, l'ente di governo, le modalità di affidamento del servizio ed il rispetto degli obblighi di legge sul punto (si ricorda, ad esempio, che l'articolo 34, comma 20, del decreto-legge n. 179 del 2012, convertito dalla legge n. 221 del 2012).

L'ultimo criterio offerto dal comma 611, imponendo il contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni, costituisce la direttiva che deve ispirare l'intervento dell'ente pubblico. L'obiettivo finale del processo di razionalizzazione, infatti, è quello di semplificare il sistema rendendolo più efficiente. Il piano, pertanto, deve esporre un'analisi dei costi di funzionamento del soggetto societario e delle azioni di contenimento suggerite. Non è sufficiente prevedere l'avvio di un'attività di *spending review*, occorrendo invece un'analisi comparativa delle differenti opzioni percorribili attraverso l'applicazione di metodologie e criteri economico-finanziari volti alla minimizzazione dei costi di funzionamento. Naturalmente, presupposto necessario è costituito dal rispetto di eventuali norme di coordinamento della finanza pubblica (per esempio, commi 4 e 5 dell'articolo 4 del decreto-legge n. 95 del 2012, convertito dalla legge n. 135 del 2012).

Infine, va rammentato che nei casi in cui l'ente pubblico decide di procedere alla soppressione di una società ovvero al recesso dalla stessa, alla dismissione della partecipazione o alla fusione, è doveroso che il piano fornisca concreti elementi circa la tempistica, ed i presumibili effetti, delle azioni poste in essere o da intraprendere (posto che i risultati conseguiti vanno relazionati entro il 31 marzo del 2016).

La relazione tecnica, allegata al piano, deve fornire un quadro analitico per ciascuna società, fornendo tutti i dati tecnici necessari per comprendere il percorso motivazionale esposto nel piano di razionalizzazione. Diversamente opinando, infatti, una scelta di mantenimento o di dismissione non potrà ritenersi ponderata.

Alla chiusura del processo di razionalizzazione, è previsto che, entro il 31 marzo 2016, i legali rappresentanti degli enti sopra evidenziati predispongano una relazione sui risultati conseguiti, anch'essa da trasmettere alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti e da pubblicare nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata.

III. La valutazione della Sezione sul piano di razionalizzazione delle partecipazioni societarie approvato dal Comune di Pantigliate

Il Comune di Pantigliate (con popolazione di 5.844 abitanti), con nota del 17 aprile 2015, ha inviato il prescritto piano di razionalizzazione delle società partecipate, firmato dal Sindaco e approvato dalla Giunta comunale con delibera n. 25 dell'8 aprile 2015.

Il predetto piano, dopo aver illustrato il quadro delle partecipazioni possedute (limitato ad una quota dello 0,66% in CAP Holding spa, gerente il servizio integrato delle acque, ed una

dell'1,33% in CEM Ambiente spa, gerente il servizio di igiene urbana) ed i principali dati di bilancio, espone le azioni di razionalizzazione programmate e la determinazione di mantenimento alla luce dei parametri indicati dall'art. 1, comma 611, della legge di stabilità n. 190 del 2014.

In particolare, il piano evidenzia le ipotesi di dismissione o liquidazione delle società partecipate da CAP Holding spa (Rocca Brivio Sforza srl e TASM Romania srl), il cui percorso di smaltimento delle partecipazioni non necessarie risulta avviato dal 2012, e le riduzioni dei costi di funzionamento proposte dalla medesima società nel Comitato strategico del 10 febbraio 2015 (riduzione degli oneri del CdA per il 48,7%, della dirigenza per il 10%, del collegio sindacale per il 67,1% e dell'Organismo di vigilanza per l'8%).

Per quanto riguarda CEM Ambiente spa, il piano ricorda il progetto di fusione con la società Brianza Energia Ambiente spa (alla fase delle valutazioni preliminari) e che, nelle società partecipate di secondo livello (CEM Servizi srl e Fondazione Idra), i soggetti che detengono le cariche sociali non percepiscono emolumenti (elemento che, per inciso, costituisce solo uno dei parametri che il legislatore richiama ai fini del processo di razionalizzazione).

Sulle richiamate azioni, la Sezione esprimerà le proprie valutazioni a valle della ricezione della relazione sui risultati conseguiti.

Come accennato nelle premesse, in data 8 febbraio 2016, il Comune di Pantigliate ha poi inviato, in aderenza all'art. 3, comma 28, della legge n. 244 del 2007, la deliberazione di Consiglio n. 42 del 21 novembre 2015, avente ad oggetto "*Modalità di gestione della nuova farmacia comunale: acquisizione di una quota del capitale sociale di Far.com. s.r.l. e contestuale affidamento, in favore di quest'ultima, della gestione della farmacia comunale, approvazione statuto e schema di contratto di servizio Far.com. s.r.l.*".

Nelle premesse il provvedimento ricorda come, con nota della Regione Lombardia del 1° luglio 2014, era stata comunicata al Comune la presa d'atto dell'istituzione di una nuova sede farmaceutica e l'invito a deliberare circa l'eventuale esercizio del diritto di prelazione, adempimento poi effettuato con deliberazione di Consiglio n. 31 del 31 luglio 2014.

Il dispositivo della deliberazione n. 42/2015, sulla base di quanto esposto nella parte motiva (in cui esclude, fra gli altri, l'eventuale interferenza con la normativa di razionalizzazione delle partecipazioni societarie posta dalla legge di stabilità per il 2015), delibera l'acquisizione di una partecipazione, pari al 2,45% nella società Far.Com. srl, ad un valore di euro 4,31 per quota, per complessivi 13.740. Su tale base, determina di affidare alla società la gestione della farmacia comunale, approvando il contratto di servizio.

Il Comune, dopo la convocazione in adunanza pubblica, ha inviato, in data 12 aprile 2016, specifica memoria, nella quale ha precisato che, rispetto alle azioni esposte nel piano di razionalizzazione delle partecipazioni societarie, la decisione di acquisire la partecipazione nella società Far.com. srl, è maturata nel corso del 2015, successivamente alla predisposizione del piano, al fine di individuare una soluzione organizzativa sostenibile per la gestione della

farmacia comunale, di cui l'Ente aveva deciso di esercitare il diritto di prelazione con deliberazione di Consiglio n. 31 del 31 luglio 2014. La memoria riferisce che prima della deliberazione n. 42/2015, che ha approvato l'acquisizione delle quote in Far.com. srl, sono stati verificati gli adempimenti previsti in caso di assunzione di nuove partecipazioni (in particolare, dai commi 27 e 28 dell'art. 3 della legge n. 244 del 2007), mentre non si è ritenuto di procedere ad un aggiornamento del piano di razionalizzazione, in quanto non era stata ancora maturata un'esperienza gestionale diretta della società, tale da poter formulare concreti indirizzi di razionalizzazione.

La memoria segnala, tuttavia, che, nella relazione sui risultati ottenuti, prevista dal medesimo comma 612 dell'art. 1 della legge n. 190 del 2014, è stata rendicontata l'operazione che ha portato all'acquisizione delle quote societarie.

La memoria puntualizza, altresì, come la scelta di acquisire una partecipazione in altra società, al fine di affidare la gestione della farmacia comunale secondo il modello dell'*in house providing*, è stata preceduta da una fase istruttoria in cui sono state valutate le alternative concretamente sostenibili. In quella sede è stata esclusa la gestione in economia per l'impossibilità di rispettare i vincoli di finanza pubblica, nonché il ricorso alla costituzione *ex novo* di un organismo partecipato (secondo le forme consentite dalla legge n. 475 del 1968), in considerazione dei costi amministrativi di attivazione e conduzione. Pertanto, le concrete possibilità di procedere al tempestivo avvio della gestione della farmacia comunale erano state circoscritte all'individuazione di una società già operante nel settore oppure all'affidamento in concessione. Quest'ultima soluzione, prosegue la memoria, per quanto la recente giurisprudenza amministrativa l'abbia ammessa, non è stata ritenuta adeguata rispetto alle finalità sociali che l'Amministrazione intendeva perseguire. Invece il ricorso alla società Far.com. srl, organismo partecipato interamente da altri comuni limitrofi, ed affidatario della gestione di n. 11 farmacie, è apparsa la soluzione in grado di garantire un apprezzabile presidio diretto del servizio, unitamente alla capacità di perseguire obiettivi di economicità ed efficienza (abbattimento costi amministrativi generali, ottimizzazione degli acquisti, efficace allocazione del personale, etc.).

La memoria richiama poi i passaggi ritenuti più significativi dello statuto della società Far.com. srl, di cui appare opportuno richiamare, in quanto funzionali alla legittimità di un affidamento diretto (non oggetto, comunque, di specifica valutazione in questa sede), l'art. 8 (che prescrive che le quote sociali sono trasferibili soltanto in favore di enti pubblici locali, loro consorzi o altre società a capitale interamente pubblico, e che il socio che intenda trasferire la propria quota ad altro soggetto deve darne preventiva comunicazione scritta, specificando prezzo e modalità di pagamento), l'art. 11 (in base al quale gli enti soci esercitano sulla stessa un controllo analogo a quello esercitato sui servizi di diretta competenza), l'art. 12 (in base al quale, i rappresentanti degli organi esecutivi dei soci, nonché i responsabili dei servizi finanziari, possono chiedere in ogni momento un aggiornamento circa l'andamento della

gestione della società; lo stesso articolo prevede che alcuni atti fondamentali della gestione siano trasmessi agli enti locali soci entro dieci giorni dall'assunzione, ai fini della loro approvazione), l'art. 13 (in forza del quale il controllo economico di gestione è svolto con le modalità stabilite dall'organo amministrativo ed ha il compito di sottoporre a costante verifica le attività aziendali, fornendo aggiornamenti periodici, al fine di assicurare la realizzazione degli obiettivi previsti in fase di programmazione. L'esito del controllo di gestione sui servizi affidati dagli enti locali soci va recapitato, con periodicità almeno annuale, ai fini dell'elaborazione di eventuali indirizzi sulla gestione da parte dei comuni soci).

La memoria riporta, altresì, estratto della bozza del contratto di servizio. In particolare, l'art. 2 espone i servizi affidati alla società (oltre alla gestione del servizio farmaceutico, anche attività connesse o ulteriori, quali quelle di informazione sanitaria nei confronti dei cittadini e altre funzionali all'adempimento degli obblighi previsti dall'ASL di riferimento o dal Ministero della salute), l'art. 5 disciplina il diritto di recesso dal contratto da parte dell'ente locale (in qualsiasi tempo, osservando un termine di preavviso di almeno mesi 6 e comunicando la propria intenzione entro il 30 giugno, al fine di interrompere il servizio al 31 dicembre dello stesso anno; la norma prevede, altresì, un indennizzo a favore delle società, modulato in rapporto al decorso del tempo, che, per inciso, appare economicamente impegnativo per il Comune, rischiando di minarne la libertà di scelta), l'art. 13 prevede le modalità di controllo dei servizi da parte del Comune (indagini conoscitive finalizzate a verificare l'efficacia e l'efficienza del servizio; effettuazione in qualunque momento di visite ed ispezioni; sondaggi finalizzati a verificare il grado di soddisfazione dell'utenza del servizio, etc.), l'art. 15 espone i report periodici che la società deve fornire ed i relativi tempi (in particolare, entro il 31 agosto ed il 31 ottobre uno economico-patrimoniale infra periodale, aggiornato rispettivamente al 30 giugno ed al 30 settembre dello stesso anno), l'art. 16 precisa i rapporti informativi tra Comune e società (entro il 30 settembre, linee guida e indirizzi aggiornati per la gestione del servizio nell'esercizio successivo, sulla cui base gli amministratori della società predispongono il budget di gestione, da comunicare ai comuni soci entro il 30 novembre).

La memoria si conclude ricordando come l'Amministrazione stia monitorando sia l'evoluzione del quadro normativo relativo alle società partecipate ed ai servizi pubblici locali (decreti attuativi degli artt. 18 e 19 della legge n. 124 del 2015) che le novità introdotte dal nuovo codice dei contratti (medio tempore approvato con decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50), al fine di verificarne l'impatto sulle partecipazioni detenute e sui contratti di servizio in essere ed adottare, tempestivamente, gli eventuali interventi correttivi.

Dopo la convocazione del Comune di Pantigliate in adunanza pubblica, la Sezione, in data 8 aprile 2016, ha ricevuto una segnalazione, a firma di due consiglieri comunali (Lidia Maria Rozzoni e Fabio Pricca), nella quale viene evidenziato come, dopo l'attività istruttoria condotta, il segretario comunale e tutte le posizioni organizzative in servizio presso l'Ente hanno depositato una relazione (acquisita al protocollo comunale in data 24 marzo 2016, con n.

2046) in cui vengono sollevate una serie criticità rispetto alla delibera oggetto di esame in questa sede. La segnalazione evidenzia, altresì, la ricezione da parte del Comune, sempre in data 24 marzo 2016, di una comunicazione di sollecito alla stipula del contratto di servizio da parte della società Far.com srl.

Nella richiamata relazione a firma del segretario comunale e dei funzionari incaricati di posizione organizzativa, viene rilevato, in primo luogo, che non risulterebbe agli atti la nomina del responsabile del procedimento dell'operazione (che, invero, costituendo scelta rimessa alla discrezionalità politica del Consiglio comunale, come confermato dall'art. 42 del d.lgs. n. 267 del 2000, potrebbe anche intervenire a valle per la gestione degli adempimenti esecutivi).

Inoltre, l'adozione della deliberazione di Consiglio n. 42/2015 sarebbe stata adottata dopo la variazione generale di assestamento, senza che nella medesima fosse prevista una variazione di bilancio tale da consentire la gestione contabile della operazione. In quella sede non sarebbe stata esplicitata, altresì, la necessità di esborsi monetari. La segnalazione non specifica se, in seguito, l'onere di euro 13.740, attestato nella deliberazione n. 42/2015, sia stato impegnato e pagato nel rispetto delle regole di contabilità previste per gli enti locali (verifica che sarà condotta dalla Sezione in sede di analisi del questionario sul rendiconto 2015, da trasmettere ai sensi dell'art. 148-bis del d.lgs. n. 267 del 2000).

La segnalazione evidenzia, ancora, come il Comune non abbia provveduto, nell'immediatezza della assunzione della delibera, all'invio dell'atto alla Corte dei conti, come prescritto dall'art. 3, comma 28, della legge n. 244 del 2007. L'adempimento è stato assolto dal segretario comunale reggente (in servizio dal 1° dicembre 2015) in data 5 febbraio 2016.

Come già precisato, in effetti, la deliberazione di Consiglio n. 42/2015 risulta inviata alla Sezione oltre due mesi dopo la relativa adozione. Lo stesso corpo motivazionale ed il dispositivo non fanno riferimento all'adempimento, pur richiamando il riferimento normativo (3, comma 28, della legge n. 244 del 2007) al fine di legittimare l'acquisizione di una quota societaria. Appare opportuno richiamare l'attenzione degli organi politici ed amministrativi del Comune (in particolare, segretario comunale e revisore dei conti) a prestare attenzione all'inoltro tempestivo alla Sezione di tutti gli atti che la legge impone, pena le eventuali responsabilità (anche da comportamento omissivo) disciplinari, amministrativo-contabili ed, eventualmente, penali.

Nel merito, la segnalazione espone una serie di criticità atte, a giudizio dei denunciati, a giustificare la mancata esecuzione della delibera di Consiglio n. 42/2015. In primo luogo, non sarebbe stato sottoscritto il contratto di servizio (oggetto del sollecito, da parte della società Far.com. srl, inviato al Comune in data 23 marzo 2016).

Inoltre, non sarebbe stato ancora approvato il progetto di ristrutturazione dell'immobile di proprietà comunale, individuato come sede della istituenda farmacia comunale. Sotto quest'ultimo profilo, va evidenziato, tuttavia, come, in base alla deliberazione di Consiglio n. 42/2015, la ristrutturazione dell'immobile in discorso risulta affidata alla società Far.com. srl

(che è onerata, altresì), come previsto dalla medesima deliberazione, all'osservanza delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione previste dal codice dei contratti pubblici). Si tratta di attività progettuale ed esecutiva che la società Far.com. deve espletare dopo la stipula del contratto di servizio (trattandosi di lavoro appaltato da un soggetto terzo, anche se afferente alla gestione di un bene comunale, non risulta obbligatorio l'inserimento nel programma triennale dei lavori pubblici, non fungendo il Comune né da stazione appaltante né da finanziatore dell'operazione).

Circa i profili di criticità relativi all'acquisizione di partecipazioni societarie, la segnalazione richiama, in particolare, l'art. 13 del d.lgs. n. 267 del 2000, in base al quale *"spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze"*.

Il richiamo, tuttavia, non pare aggiungere elementi per la valutazione dell'opzione, da parte del Comune di Pantigliate, di acquisire una quota di una società partecipata da altri comuni al fine di gestire la farmacia comunale, posto che, come noto, gli art. 3 e 13 costituiscono il quadro normativo all'interno del quale gli enti devono individuare quali funzioni e attività esercitare a favore della propria cittadinanza, alcune fondamentali, altre rimesse alla loro discrezionalità, purché rivolte alla popolazione ed al territorio e non espressamente attribuite dalla legge ad altri soggetti. In proposito, il servizio farmaceutico, in base alla normativa nazionale e regionale, costituisce sicuramente attività che, anche se non fondamentale (essendo alternativa alla gestione da parte di privati), i comuni possono espletare. Di conseguenza, per quanto riguarda il modello della gestione mediante società partecipata non appare necessario indagare se trattasi di *"servizio pubblico locale"*, ipotesi in cui la costituzione ed il mantenimento di una società sono legittimate *ex lege* (purché nell'ambito dei servizi di competenza, cfr. art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007) o, piuttosto, di un servizio *"erogato in nome e per conto del servizio sanitario nazionale"* (come qualificato in alcune pronunce della magistratura amministrativa o dell'ANAC, scrutinanti il diverso, anche se interferente, profilo della legittimità della procedura di affidamento). Anche nel secondo caso, infatti, non può dubitarsi, alla luce della normativa nazionale e regionale, che si tratti, comunque, di attività strettamente inerente all'esercizio delle funzioni istituzionali di un comune (permettendo di superare il vaglio del limite qualitativo posto dall'art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007).

In forza di quanto esposto, non pare pertinente, altresì, il richiamo alla deliberazione dell'ex AVCP (oggi, ANAC) n. 15 del 23 aprile 2014, posto che quest'ultima, prendendo posizione adesiva ai recenti arresti della magistratura amministrativa (cfr. TAR Lombardia, sez. di Brescia, sentenza n. 951/2013), ha confermato la legittimità della gestione di una farmacia

comunale mediante concessione a terzi privati, opzione espressamente non prevista dall'art. 9 della legge 475 del 1968 (e che aveva, per inciso, fondato l'interpretazione negativa, aderente al tenore letterale della norma, seguita anche dalla scrivente Sezione regionale di controllo, cfr., per esempio, deliberazioni n. 46/2012/PAR e n. 446/2012/PAR).

La citata deliberazione ex AVCP, invece, non nega la possibilità di gestione del servizio, da parte di un Comune, mediante società, interamente o parzialmente, partecipata, né soprattutto, per quanto interessa in questa sede, interviene (né potrebbe, *ratione temporis*) sul rapporto fra la generale legittimazione alla ridetta modalità di gestione (cfr. art. 9 legge n. 468 del 1975, nonché gli orientamenti della magistratura contabile, per tutti SRC Lombardia deliberazione n. 489/2011) e la disciplina di razionalizzazione degli organismi societari, posta dall'art. 1, commi 611 e seguenti, della legge n. 190 del 2014.

Sotto quest'ultimo profilo, la segnalazione del segretario e dei funzionari apicali del Comune richiama la deliberazione della scrivente Sezione regionale di controllo n. 17/2016/VSG, le cui motivazioni e conclusioni sono state sintetizzate anche nel paragrafo "II.c" della presente deliberazione. In particolare, la segnalazione sottolinea la necessità di procedere ad analisi comparative finalizzate a raffrontare le diverse opzioni praticabili in modo tale da evidenziare il modulo organizzativo che consenta la gestione più efficiente dell'attività. Invece, nella documentazione agli atti non risulta essere stata svolta tale verifica propedeutica al momento della scelta di aderire alla società Far.Com. srl. Il rilievo in discorso, su cui si incentra il deferimento in adunanza collegiale, afferente alla legittimità di una nuova acquisizione societaria in presenza dello specifico obbligo di riduzione posto dall'art. 1, comma 611, della legge n. 190 del 2014, è oggetto di più ampia trattazione in seguito.

La segnalazione in argomento osserva, inoltre, come dall'esame della documentazione non emergono le modalità disciplinanti l'esercizio del c.d. controllo analogo congiunto, presupposto necessario per l'affidamento *in house* di un servizio pubblico. In particolare, lo statuto di Far.Com srl, al Titolo IV, prevede il "*controllo analogo dei soci*", senza tuttavia declinarne le concrete modalità di esercizio. Richiama, in proposito, alcuni precedenti della magistratura amministrativa (Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 13 marzo 2014) e ordinaria (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza m. 26283 del 25 novembre 2013).

In proposito, la Sezione sottolinea come la valutazione dei presupposti del legittimo affidamento diretto del servizio alla società non costituisca l'oggetto della presente deliberazione (trattandosi, fra l'altro, di profili scrutinabili solo al momento della concreta adozione del provvedimento di affidamento, in particolare dalla magistratura amministrativa in sede di eventuale giudizio di impugnazione). Tuttavia, in linea teorica generale, può evidenziarsi come, sia nello statuto che nella bozza di contratto di servizio, siano previsti norme e clausole tese a permettere l'esercizio del c.d. controllo analogo congiunto da parte degli enti locali soci. Queste ultime, come noto, al momento della loro redazione hanno dovuto osservare i presupposti indicati dalla magistratura amministrativa, elaborati in via

esclusivamente pretoria, non essendovi fino all'emanazione delle Direttive europee n. 23, 24 e 25 del 2014, alcuna definizione normativa del c.d. affidamento *in house*, né, tantomeno, dei presupposti integranti il controllo analogo, il controllo analogo congiunto, lo svolgimento di attività prevalente, etc.

Tale lacuna, fonte di soventi contrasti interpretativi (si ricorda, di recente, il differente orientamento assunto dalla Sezione seconda del Consiglio di Stato in sede consultiva, parere n. 298/2015, rispetto dallo stesso consesso in sede giurisprudenziale, sentenza n. 2660/2015), è stata colmata dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50), sulla base dei cui precetti (elencati agli artt. 5 e 192) va effettuata, attualmente, la valutazione della sussistenza dei presupposti per il legittimo affidamento diretto, da parte di un ente locale, di un appalto o di una concessione ad una società pluripartecipata. La novità normativa impone, naturalmente, di rivedere lo statuto della società Far.Com. srl ed il contratto di servizio, al fine di accertare che siano presenti i nuovi presupposti normativi (ad una prima lettura, più ampi rispetto a quelli elaborati dalla precedente giurisprudenza nazionale e comunitaria) legittimanti l'affidamento diretto di un servizio ad una società partecipata.

Analoga esigenza si impone alla luce dell'imminente entrata in vigore del c.d. decreto sulle società partecipate, oggetto della delega di cui all'art. 18 della legge n. 125 del 2015. Il testo approvato in prima lettura dal Consiglio dei ministri, infatti, introduce un meccanismo di controllo sulla legittimità di un affidamento diretto a società partecipata non solo nella fase genetica (posto che il provvedimento, anche se illegittimo, ove non impugnato entro un termine predeterminato, si consolida), ma anche in quella successiva dell'esecuzione del contratto, prevedendo che l'eventuale venir meno dei presupposti sulla base del quale il controllo analogo era esercitato (proprietà capitale sociale, clausole statutarie, etc.) o la prevalenza dell'attività era stata valutata (affidamento di un nuovo appalto da parte di) costituisca una grave irregolarità legittimante la denuncia al tribunale ordinario ex art. 2409 del codice civile.

La segnalazione del segretario comunale e dei funzionari apicali riferisce, altresì, che il contratto di servizio non riporta la quantificazione del canone annuo da riconoscere al Comune per l'affidamento della gestione del servizio di farmacia, rendendo, a parere dei denunciati, improcedibile la registrazione dell'operazione nei documenti contabili dell'ente, a discapito del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio. E' presente, invece, prosegue la segnalazione, l'espressa previsione dell'onere in capo al Comune di compensare il disavanzo qualora la gestione del servizio non consegua l'equilibrio economico.

La Sezione osserva che il contratto di servizio, allegato alla deliberazione di Consiglio n. 42/2015, prevede, all'art. 14, che la società versi al Comune un canone annuo, la cui concreta determinazione è rimessa (come spesso avviene in questo tipo di regolamentazioni) all'andamento economico della società. Si tratta, pertanto, di un'entrata non determinata, ma

determinabile in base a parametri oggettivi. Sulla base di questi ultimi può essere iscritta nel bilancio comunale dell'esercizio, effettuando le valutazioni di attendibilità proprie di ogni entrata di un ente locale (con eventuali variazioni nel corso dell'esercizio).

La segnalazione ricorda poi che, in base alla delibera di Consiglio comunale n. 42/2015, la società Far.Com. srl si è impegnata alla completa ristrutturazione dei locali, di proprietà del Comune, in cui è ubicata la sede farmaceutica (con fornitura anche degli arredi). A tal fine, una nota della società, allegata alla citata deliberazione n. 42/2015, trasmette il cronoprogramma ed il preventivo, palesando una spesa complessiva, a proprio carico, pari a euro 470.000, con ammortamento a conto economico dei relativi costi in dodici anni (euro 40.000 circa annui). L'operazione prospettata, a parere dei segnalanti, si configura come una "*concessione di lavori pubblici*", che, in base alle disposizioni *pro tempore* vigenti (artt. 142 e seguenti del d.lgs. n. 163 del 2006), andrebbe affidata previa gara pubblica.

La Sezione evidenzia che l'operazione concordata fra Comune e società Far.Com. srl, in base a quanto riferito ed alla documentazione esaminata, non configura una concessione di lavori. Questa fattispecie contrattuale era definita dall'art. 3, comma 11, del d.lgs. n. 163 del 2006 come un contratto a titolo oneroso, avente ad oggetto l'esecuzione (ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione o la progettazione definitiva, esecutiva e l'esecuzione) di lavori pubblici o di pubblica utilità, nonché la loro gestione funzionale ed economica. Tale contratto presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ma il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo (analoga la definizione contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. uu) del recente decreto legislativo n. 50 del 2016). La fattispecie negoziale prospettata nella deliberazione di Consiglio n. 42/2015 non integra un affidamento di lavori il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire l'opera (o in tale diritto accompagnato da un prezzo), posto che l'oggetto principale del contratto consiste nell'attribuzione del diritto di gestire il servizio farmaceutico, concretante una concessione di servizi (regolata, fino all'avvento del d.lgs. n. 50 del 2016, salva la presenza di normative speciali, dai soli principi in materia di contratti pubblici, cfr. art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006), affidabile direttamente ad un soggetto partecipato in presenza dei presupposti previsti per il c.d. "*in house*" (recentemente oggetto di specifica normazione, sia da parte delle Direttive UE n. 23, 24 e 25 del 2014 che del d.lgs. n. 50 del 2016, cfr. artt. 5 e 192). All'interno della principale pattuizione negoziale, quella di concessione di un servizio (che attrae alla propria disciplina anche gli eventuali contratti accessori, cfr. art. 14 d.lgs. n. 163 del 2016 e, attualmente, l'art. 28 del d.lgs. n. 50 del 2016), la società si impegna, quale prestazione secondaria, a ristrutturare l'immobile di proprietà del Comune ove è ubicata la farmacia. L'operazione non concreta l'affidamento diretto di un appalto di lavori ad un soggetto partecipato, che, peraltro, non avrebbe i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi per poter essere qualificato da una società di attestazione e, di conseguenza, eseguire lavori pubblici (cfr. art. 40 del d.lgs. n. 163 del 2006 e, attualmente, art. 84 del d.lgs. n. 50 del

2016), ma la mera attribuzione della disponibilità dei locali strumentali all'esecuzione della concessione di servizi, con impegno da parte del soggetto affidante a ristrutturarli a proprie spese. Il conseguente affidamento a terzi, da parte di Far.Com. srl, tuttavia, essendo effettuato da un soggetto interamente partecipato da pubbliche amministrazioni e attributario diretto di una concessione di servizi, deve essere preceduto dall'espletamento di gara pubblica ed affidato a operatori economici qualificati (in aderenza alle procedure ed ai requisiti imposti dal d.lgs. n. 163 del 2006 e, attualmente, dal d.lgs. n. 50 del 2016), in virtù dell'espressa previsione posta dall'art. 32, comma 1, lett. c) ed f) del d.lgs. n. 163 del 2006, i cui contenuti precettivi sono confluiti nell'art. 1, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016 (medesimo il principio emergente dall'art. 3-bis, comma 6, del decreto-legge n. 138 del 2011, convertito dalla legge n. 148 del 2011).

In relazione all'oggetto principale del deferimento, la Sezione sottolinea che la delibera di acquisizione di una partecipazione societaria, anche se minoritaria, adottata pochi mesi dopo l'approvazione di un piano di razionalizzazione (all'interno dell'orizzonte, annuale, di esecuzione di quest'ultimo), si pone in contrasto con le azioni previste dal medesimo piano. La legge di stabilità per il 2015, come sopra esposto, impone un percorso di razionalizzazione, che, basato su predeterminati criteri, deve comunque conseguire il risultato della riduzione entro il 31 dicembre del 2015. All'interno di un quadro normativo progressivamente teso a diminuire la presenza delle amministrazioni pubbliche e, in particolare, degli enti locali, in società di diritto privato non appare congruo, dopo aver approvato un percorso di razionalizzazione, decidere, pochi mesi dopo, di acquisire un nuovo soggetto societario.

Sotto questo profilo, le motivazioni addotte, pur apprezzabili sotto il profilo economico-gestionale (in particolare, per l'affidamento del servizio ad un soggetto già esistente, partecipato da vari enti locali, che dovrebbe permettere di conseguire anche economie di scale), non sembrano presentare quel carattere di imprevedibilità tale da necessitare la decisione di modificare la modalità di gestione di un servizio precedentemente reso in economia. Quest'ultima decisione rimane frutto della discrezionale volontà dell'amministrazione, date le molteplici possibilità che il legislatore offre ai comuni per la gestione del servizio farmaceutico.

L'art. 9 della legge 2 aprile 1968 n. 475, come modificato dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991 n. 362, prevede, infatti, che le farmacie di cui sono titolari i comuni possano essere gestite in varie forme: a) in economia; b) a mezzo di azienda speciale; c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari; d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità.

Inoltre, come evidenziato in recenti pronunce della Sezione (cfr. deliberazioni n. 25 e 26 del 2016), la magistratura amministrativa (cfr. per esempio, TAR Sicilia, sezione di Catania, sentenza n. 1356/2010; TAR Emilia Romagna, sezione di Parma, sentenza n. 72/2011) ha

ammesso anche la possibilità di affidamento in concessione a soggetti privati, previo esperimento di procedura ad evidenza pubblica. Più prudente, sul punto, l'interpretazione della scrivente Sezione regionale di controllo (si rinvia, per esempio, alle deliberazioni n. 46/2012/PAR e n. 446/2012/PAR), che, alla luce dell'analisi della normativa di settore, aveva ritenuto non conforme una scissione sostanziale fra la titolarità del servizio (in capo al comune) e la gestione di quest'ultimo (in capo ad un privato). Tuttavia, anche la scrivente Sezione già da tempo aveva evidenziato il carattere non tassativo dei modelli di gestione delle farmacie comunali elencati nell'art. 9 della legge n. 475 del 1968 (si rinvia alle deliberazioni n. 70/2011/PAR, n. 489/2011/PAR e n. 26/2013/PAR), ritenendo ammissibile, per esempio, la gestione a mezzo convenzione con altro comune (ex art. 30 TUEL), oltre alla forma del consorzio (espressamente prevista dalla legge speciale).

Per inciso, l'evoluzione interpretativa successiva sembra far propendere per l'ammissibilità della gestione di una farmacia comunale a mezzo di concessione a terzi. In tale direzione la citata deliberazione dell'ex AVCP, oggi ANAC, n. 15 del 23 aprile 2014 (richiamante, fra l'altro, alcuni passaggi motivazionali della deliberazione della scrivente Sezione n. 489/2011/PAR) ha affermato che *"un approccio interpretativo comunitariamente orientato renda preferibile la soluzione secondo cui i comuni possono, a seguito di procedura ad evidenza pubblica, affidare la gestione delle farmacie comunali in concessione a terzi, in applicazione dell'art. 30 del Codice dei contratti"*. Allo stesso modo, la sentenza n. 5587 del 13 novembre 2014 del Consiglio di Stato ha statuito la legittimità dell'affidamento della gestione di una farmacia comunale mediante concessione a terzi, purché *"l'esercizio della farmacia avvenga nel rispetto delle regole e dei vincoli imposti all'esercente a tutela dell'interesse pubblico"*.

La deliberazione di consiglio comunale n. 42/2015, pertanto, risulta carente non tanto sotto il profilo delle ragioni economiche alla base della scelta di mutare la modalità di gestione della farmacia, ma di quelle amministrative aventi come parametro normativo sia l'art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007 che l'art. 1, comma 611, della legge n. 190 del 2014. Il legislatore, al fine di ritenere legittima la costituzione o il mantenimento di una società partecipata, non si limita, attualmente, a prevedere che tale forma di gestione sia legittima (come l'art. 9 della legge n. 475 del 1968 rende evidente) o potenzialmente conveniente a livello economico (come palesato dagli allegati alla delibera consiliare), ma impone che la partecipazione sia strettamente necessaria ed indispensabile per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente. In altre parole, il disfavore legislativo verso il proliferare di gestione di servizi locali (o di attività strumentali) mediante società partecipate ha imposto una loro razionalizzazione, avente come obiettivo la riduzione (citato comma 611). Di conseguenza, anche se la legge non prevede un divieto di costituzione, né, tantomeno, di acquisizione di una quota di minoranza (divieto che, incidendo sulla capacità di agire degli enti pubblici, necessiterebbe di espressa previsione normativa, qual era l'abrogato art. 14, comma 32, del decreto-legge n. 78 del 2010, convertito dalla legge n. 122 del 2010), appare evidente che

l'obiettivo del contenimento, prescritto dal citato comma 611, sul quale il piano di razionalizzazione è stato formulato, rischia di essere compromesso dalla scelta di acquisire una nuova partecipazione societaria, anche se di minoranza.

A tali considerazioni vanno integrate, alla luce della concreta fattispecie in esame, con quanto previsto dalla delega in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, contenuta nella legge 7 agosto 2015, n. 124, il cui articolo 18 (riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche), prevede, alla lettera m), n. 3, quale criterio per l'esercizio da parte del Governo, l'incentivazione dei processi di aggregazione (requisito previsto, altresì, dalla lett. d) del comma 611 della legge di stabilità n. 190 del 2014).

Appare, pertanto, necessario che la predetta acquisizione, anche se non crea un nuovo soggetto giuridico (già esistente), e, come tale, risulta meno onerosa, anche dal punto di vista della finanza complessiva, rispetto alla costituzione di una società *ex novo*, sia organicamente inserita nel percorso di razionalizzazione in precedenza approvato (previo suo aggiornamento), in modo da permettere, mediante eventuali ulteriori interventi nelle partecipazioni in altre società (o in organismi strumentali), il conseguimento degli obiettivi di riduzione (in termini di oneri amministrativi e finanziari) originariamente previsti.

Questi ultimi saranno oggetto di verifica, da parte della scrivente Sezione regionale, in occasione dell'esame della relazione sui risultati conseguiti, da inviare in aderenza al comma 612 della legge n. 190 del 2014.

P.Q.M.

la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, sulla base dell'esame del piano di razionalizzazione delle società partecipate, approvato con deliberazione di Giunta comunale n. 25 dell'8 aprile 2015 e sottoscritto dal Sindaco, e della deliberazione di Consiglio comunale n. 42 del 21 novembre 2015, avente ad oggetto l'acquisizione di quote, pari al 2,45%, di una società a responsabilità limitata per la gestione di una farmacia comunale, nonché della successiva attività istruttoria

accerta

- il contrasto fra le decisioni amministrative assunte in sede di adozione del piano di razionalizzazione e la successiva delibera di acquisizione di una partecipazione, sia pure minoritaria, nella società Far.Com. srl, posseduta da altri enti locali, al fine di affidare la gestione di una farmacia comunale, in particolare alla luce dei vari moduli gestori previsti dal legislatore;
- la mancata attestazione, nel dispositivo nella deliberazione n. 42/2015, dell'invio alla scrivente Sezione regionale di controllo, adempimento in seguito effettuato in ritardo;

invita

ad aggiornare il programma di razionalizzazione in conseguenza dell'acquisizione, *medio tempore*, della ridetta partecipazione società.

Rinvia all'esame dell'apposita relazione finale la valutazione della conformità delle azioni adottate dal Comune, e dalle sue società partecipate, per dare esecuzione al programma previsto dal piano di razionalizzazione.

La presente deliberazione viene trasmessa al Sindaco, al Presidente del Consiglio comunale ed al Revisore dei conti del Comune di Pantigliate.

Il magistrato istruttore
(Donato Centrone)

Il presidente
(Simonetta Rosa)

Depositato in segreteria
11 maggio 2016
Il direttore della segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)